

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Patricia Graeff

**DERROTABILIDADE, VAGUEZA E TEXTURA ABERTA:**

Um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart

Porto Alegre  
2015

**PATRICIA GRAEFF**

**DERROTABILIDADE, VAGUEZA E TEXTURA ABERTA:**

Um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald.**

**Coorientador: Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck**

Porto Alegre  
2015

Graeff, Patricia

Derrotabilidade, Vagueza e Textura Aberta: Um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart / Patricia Graeff. -- 2015.

101 f.

Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald.

Coorientador: Alfredo Carlos Storck.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. H. L. A. Hart. 2. Textura aberta do Direito. 3. Derrotabilidade. 4. Indeterminação jurídica. 5. Formalismo jurídico e ceticismo de regras. I. MacDonald, Paulo Baptista Caruso, orient. II. Storck, Alfredo Carlos, coorient. III. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

PATRICIA GRAEFF

**DERROTABILIDADE, VAGUEZA E TEXTURA ABERTA:**

Um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Paulo Baptista Caruso MacDonald  
Coorientador: Prof. Alfredo Carlos Storck

Defesa em 22 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald  
Orientador

---

Prof. Dr. Paulo Franciso Estrella Faria

---

Prof. Dr. Ronai Pires da Rocha

---

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

## AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é fruto do aprendizado junto ao grupo de estudos *Seminário de Filosofia do Direito*. Agradeço, especialmente, ao meu orientador, Prof. Paulo B. C. MacDonald, e ao professor Alfredo Carlos Storck, Coorientador desta pesquisa, pela paciência e pelas lições precisas, imprescindíveis para que este trabalho ganhasse a forma e conteúdo atual. Aos professores Wladimir Barreto Lisboa e Mateus Baldin, que também conduziram o grupo e ajudaram a despertar meu interesse pela Filosofia do Direito.

A todos os professores do Departamento de Filosofia da UFRGS, que de maneira mais direta ou indireta colaboraram para minha formação. Neste ambiente tive meu primeiro contato com a pesquisa desenvolvida de maneira séria e rigorosa. Ao professor Balthazar Barbosa Filho (*in memoriam*), a quem guardo como figura inspiradora e grande exemplo de racionalidade, caráter, paciência e atenção, mesmo para com os alunos neófitos. Especialmente à professora Lia Levy, que generosamente acolheu-me durante a graduação em seu grupo de estudos cartesianos e de Filosofia Moderna e incentivou-me a buscar meu próprio caminho dentro da Filosofia. Deste tempo levei valiosas lições sobre a importância de uma análise textual incansável e do rigor argumentativo para que se alcance algum progresso na Filosofia.

Aos professores Noel Struchiner, da PUC/Rio, e Luis Duarte D'Almeida, da Universidade de Edimburgo/U.K., que tiveram grande importância na escolha do tema deste trabalho e a quem devo preciosas indicações bibliográficas.

Aos meus pais pelo apoio, amor incondicional, dedicação e pelo investimento em minha educação, e a Ju e a Fabi, minhas queridas irmãs, pelo incentivo.

Aos colegas e amigos do Curso de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação: Mariana Kuhn de Oliveira, Ísis Ramos, Clarissa Vido, Gabriel Vieira Bilhalva, Gustavo Coelho, Fernando Carlucci, Lara Gava, Pedro Capra, Ramiro Peres, Gabriel Goldmeier, Ana Rieger Schmidt, Mitieli Seixas, Thomaz Spolaor, Augusto Sperb Machado, Fernando Campos, Ana Rech Martins, Luíza K. Krug, Jaqueline G. de Oliveira, pela parceria e convívio estimulante.

Aos amigos maravilhosos que a vida me trouxe e que a deixam muito mais prazerosa e colorida: Jorge, Rafa, Camila K. R., Viviane, Damerson, Francisco, Paula, Luíza, Rejane, Michele, Anderson B., Anderson L., Loise, Fernanda, Camila R. e André, pela convivência e momentos de descontração, bem como pela compreensão por minhas ausências e privação de convívio durante o período de estudos mais intensos. Mais especialmente, ao Alexandre e a Fran, pelo exemplo de dedicação profissional e acadêmica, bem como pela capacidade de transmitir afeto e ensinar o seu significado.

Carinhosamente, a Diana Peruffo Clotilde Ducati, cujo apoio e escuta atenta foram imprescindíveis nos últimos anos e durante o caminho aqui trilhado.

Ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, Desembargador Federal, Tadaki Hirose, e ao Desembargador Federal Jorge Antônio Maurique, por liberarem-me das atividades profissionais para que desfrutasse de alguns meses de licença para a produção desta dissertação.

À UFRGS e à CAPES pelo incentivo em minha formação.

## **RESUMO**

A presente dissertação investiga os limites do Direito, em seus sentidos normativo e descritivo, segundo a Filosofia do Direito de Herbert Hart, com foco nos conceitos de derrotabilidade, vagueza e textura aberta. Mostra que o Direito é permeado por uma indeterminação relativa, resultante da indeterminação da linguagem ordinária e dos limites da cognição humana, temas que estão implicados no problema filosófico clássico da adequação das regras gerais a casos particulares. Objetiva mostrar que o quadro conceitual desenvolvido por Hart dá conta de explicar, adequadamente, a relação entre o Direito, a linguagem e as exceções às regras e ao raciocínio jurídico, esclarecendo a atividade judicial de aplicação do Direito. Conclui que esta indeterminação não é um problema para o positivismo jurídico hartiano, tampouco é incompatível com o ideal do Estado de Direito, dada sua concepção de poder discricionário, restrito aos casos de penumbra e constrangido pelo significado dos termos gerais, que é extraído do contexto da comunidade lingüística relevante, dos objetivos sociais do ordenamento jurídico, bem como da finalidade das regras e das consequências de sua aplicação.

## **ABSTRACT**

This dissertation investigates the limits of law, in its normative and descriptive sense, according to Herbert Hart's Philosophy of Law, focusing on his concepts of defeasibility, vagueness and open texture. It shows that law is permeated by a relative indeterminacy, due to ordinary language indeterminacy and to the limits of human cognition, issues implicated in the problem of the adequacy of general rules to particular cases. It aims to show that the conceptual framework developed by Hart is able to correctly explain the relation between law, language and the exceptions to legal rules and legal reasoning, turning light into judicial adjudication. It concludes that legal indeterminacy is not a problem to Hart's legal positivism, neither incompatible to the ideal of the Rule of Law, given his conception of discretion, restricted to penumbral cases and constrained by the meaning of general terms, extracted from the context of the relevant linguistic community, by the social aims of the legal system and by the purpose of the rules and the consequences of their application.



“What was it I said to Lambert about principles?  
I said there were no general principles, but only  
special cases; that was stuff, utter stuff!”

(Fiódor Dostoiévski, *A Raw Youth*)

‘I don’t know what you mean by ‘glory’ ’’, Alice said.  
Humpty Dumpty smiled contemptuously. “Of course you  
don’t—till I tell you. I meant ‘there’s a nice knock-down  
argument for you!’ ”

“But ‘glory’ doesn’t mean ‘a nice knock-down  
argument’”, Alice objected.

“When I use a word”, Humpty Dumpty said in rather a  
scornful tone, “it means just what I choose it to mean—  
neither more nor less”.

“The question is”, said Alice, “whether you can make  
words mean so many different things”.

“The question is”, said Humpty Dumpty, “which is to be  
master—that’s all”.

(Lewis Carroll, *Through the Looking Glass*)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>I. A DERROTABILIDADE NO DIREITO</b> .....	18
1. A derrotabilidade em Hart: uma teoria abandonada?.....	18
1.1. A teoria original .....	18
1.2. A teoria em O Conceito de Direito.....	23
1.3. Desdobramentos da tese hartiana .....	25
2. A derrotabilidade do raciocínio jurídico.....	28
2.1. O raciocínio jurídico.....	28
2.2. Teorias da derrotabilidade do raciocínio jurídico .....	30
3. A derrotabilidade das regras jurídicas .....	33
3.1. Exceções .....	34
3.2. Casos excepcionais, casos-limite, e casos difíceis .....	36
3.3. Diferentes visões acerca da relação entre regras e exceções .....	39
<b>II. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO</b> .....	45
1. A Linguagem e o Direito .....	45
2. Algumas Definições da Filosofia da Linguagem.....	46
2.1. Vagueza.....	46
2.2. Ambiguidade e Contestabilidade .....	49
2.3. Semelhança de Família.....	51
3. O conceito de textura aberta de Waismann .....	54
4. Hart e os problemas de penumbra.....	56
4.1. A indeterminação dos precedentes judiciais.....	59
4.2. A indeterminação da legislação positivada.....	61
5. Hart e Waismann falavam sobre a mesma coisa?.....	63
6. A textura aberta do Direito em Hart.....	68
<b>III. DESDOBRAMENTOS DA INDETERMINAÇÃO JURÍDICA</b> .....	72
1. Hart e o poder discricionário: entre o pesadelo e o nobre sonho .....	72
2. O valor da textura aberta do Direito.....	76
3. A Indeterminação do Direito é um problema para o positivismo jurídico? .....	79
3.1. O debate Hart v. Fuller .....	80
3.2. A derrotabilidade é um problema para o positivismo jurídico?.....	81
4. A derrotabilidade é uma propriedade essencial do Direito?.....	86
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	91
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	97

## INTRODUÇÃO

A existência do Direito, tal como o reconhecemos nos sistemas jurídicos modernos, depende, segundo afirma Herbert Hart em *The Concept of Law*, da possibilidade de comunicação dos padrões gerais de conduta que servem como instrumentos de controle social, bem como da possibilidade de reconhecer que fatos, atos e circunstâncias subsumem-se às hipóteses normativas presentes no ordenamento jurídico (HART, 2012, p. 124).

Este trabalho investiga os limites do Direito de uma perspectiva do positivismo jurídico hartiano. É necessária aqui uma qualificação. A expressão “limites” pode ser concebida em dois sentidos. Em um dos sentidos, investigar os limites do Direito consiste em determinar seu campo exclusivo, distinto de outros domínios normativos como o da moral. Assim, a pergunta pelas características essenciais do Direito e a ideia de legalidade ou critérios de validade jurídica ganham especial atenção. Este é um enfoque primariamente descritivo.

De acordo com o outro sentido possível, “limites do Direito” expressa a ideia de obstáculos que atrapalham a realização da sua função precípua, que é fornecer padrões de conduta para que os cidadãos possam planejar suas vidas de modo autônomo. Sob este aspecto, o tema adquire um viés normativo, buscando esclarecer o papel das regras jurídicas nos sistemas jurídicos modernos. Dito de outro modo, perquire-se acerca da própria existência de razões dadas pelas regras jurídicas e, no caso de existirem, quais são elas e em que medida vinculam, de fato, o comportamento dos cidadãos e servem de critério de avaliação da conduta pelos oficiais. Entre outros temas, sob este aspecto investiga-se o modo como se dá a aplicação de regras jurídicas gerais a casos particulares, as características do raciocínio jurídico e as limitações decorrentes da natureza do Direito e da linguagem, que podem afetar a capacidade do Direito de servir de instrumento de controle social. Esta dissertação tem por foco o segundo sentido, não obstante alguns aspectos do primeiro sejam abordados no Capítulo III.

As regras jurídicas que compõem o sistema jurídico são um artefato, um produto criado pela vontade humana e, portanto, sofrem diversas limitações. Há casos em que o direito não se mostra apto a fornecer respostas conclusivas de como os juízes devem julgar as demandas levadas ao Judiciário ou de como os cidadãos devem guiar suas

condutas. Este fato mina a ideia de que o direito é capaz de garantir absolutamente a certeza e segurança jurídica.

Esta constatação demanda de uma Teoria do Direito que se pretenda geral que possa ser capaz de explicar estes casos de indeterminação jurídica, que têm em sua base dois fatores: (1) a impossibilidade de previsão inerente à natureza humana dos criadores das leis, isto é, a impossibilidade de antever todas as circunstâncias especiais e relevantes que podem se revelar em um caso particular; (2) os limites inerentes à natureza da linguagem na qual se expressam as regras jurídicas<sup>1</sup>.

A generalidade e a clareza dos padrões jurídicos são, reconhecidamente, características essenciais dos sistemas jurídicos modernos. Lon Fuller, em *The Morality of Law*, as inclui entre os 08 (oito) *desiderata* que compõem a moralidade interna do direito, chegando a afirmar que “o *desideratum* da clareza representa um dos mais essenciais ingredientes da legalidade” (FULLER, 1969, p. 63). Joseph Raz inclui a clareza das leis entre os princípios derivados da ideia de estado de direito<sup>2</sup>, ressaltando que é imprescindível que as pessoas sejam capazes de descobrir o conteúdo das regras de modo a guiarem o seu comportamento, isto é, quais condutas são exigidas, permitidas ou proibidas pelo direito da sociedade na qual estão inseridas.

Embora uma reconstrução histórica não seja o foco desta investigação, cabe apontar que os temas aqui abordados têm por pano de fundo um problema filosófico clássico que é discutido pelo menos desde Platão. A ideia de que as regras jurídicas são imperfeitas e incapazes de sempre prescreverem o que é correto e bom em todos os casos e a qualquer tempo é um problema que aparece no diálogo *Político*. Ao discutir acerca da arte de governar com o jovem Sócrates que faz uma defesa das leis, o Estrangeiro de Eléia concede que um governo necessita de leis gerais dirigidas a todos os governados para pautar sua atuação, sustentando, contudo, que nada seria mais injusto do que falhar em corrigir resultados pobres decorrentes da aplicação das leis gerais.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Este modo de colocar a questão é de Hart, como restará claro ao longo da exposição.

<sup>2</sup> Joseph Raz, *The Authority of Law*, 1961, p. 214.

<sup>3</sup> “Law can never issue an injunction binding on all which really embodies what is best for each: it cannot prescribe with perfect accuracy what is good and right for each member of the community at any one time. The differences of human personality, the variety of men’s activities and the inevitable unsettlement attending all human experience make it impossible for any art whatsoever to issue unqualified rules holding good on all questions at all times” (294a-b). “The legislator who has to preside over the herd ... will lay down laws in general form for the majority, roughly meeting the cases of individuals ... under average circumstances” (295d-e).

A ideia de correção dos resultados da aplicação de uma lei com base na equidade é mais associada em nossos dias a Aristóteles, provavelmente em virtude da maior difusão da *Ética Nicomaquéia*.<sup>4</sup> No Capítulo 10 do Livro V, a equidade é considerada uma espécie de justiça que visa à correção do justo legal.<sup>5</sup>

A concepção grega de equidade foi incorporada ao Direito Romano e institucionalizada por meio da jurisdição extraordinária dos Pretores, principalmente pela influência dos escritos de Cícero (*De Legibus*), como explica Schauer<sup>6</sup>. Ideias semelhantes deram origem ao surgimento das Cortes de Equidade na Inglaterra, cujos germens datam do Século XIII. Este debate filosófico, em que está implícita a noção de excepcionalidade, teve cenário também no Medievo, com Tomás de Aquino<sup>7</sup> e encontrou diversos pensadores no seu caminho até a modernidade e idade contemporânea.

Escolhemos abordar tais questões tomando por ponto de partida teórico o pensamento de Herbert Hart e sua concepção de positivismo jurídico. A escolha justifica-se diante da indelével importância de sua obra para a Filosofia do Direito contemporânea. Como ressalta Ronald P. Loui, a obra de Hart permanece original e sua

---

<sup>4</sup> “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim um correção da justiça legal. A razão disso é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie absoluta de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal” (EN. 5.10.1137a-b).

<sup>5</sup> Contrariamente a algumas interpretações que assumem que Aristóteles estaria sugerindo que a equidade é superior à justiça legal, aproximando-se à justiça natural, sendo esta a justiça absoluta, ver Paulo MacDonald: “O texto de Aristóteles, entretanto, não fornece em nenhum momento fundamento a esta linha de interpretação. Ao contrário, não parece permitir que o juiz se exima de aplicar o justo legal – isso iria de encontro, como vimos, à própria função judicial. O que ela afasta é a aplicação da lei de acordo com seu enunciado universal, com o objetivo de proteger na solução do caso concreto o fim a que o legislador visou ao elaborá-la. Assim, o justo legal é muito antes redefinido pela equidade frente às circunstâncias excepcionais – e, desse modo, preservado – do que por ela rejeitado” (MacDonald, 2010, p. 102).

<sup>6</sup> Para uma reconstrução histórica da noção de equidade e sua sistematização ver Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (2006, Cap. I).

<sup>7</sup> “É correto e verdadeiro para todos agirem conforme à razão: E deste princípio segue-se uma conclusão adequada, que bens confiados a outrem deveriam ser restituídos a seu proprietário. Agora isto é verdade para a maioria dos casos: Mas pode acontecer em um caso particular que seria injurioso, e, portanto, irrazoável, restituir bens dados em confiança; por exemplo, se eles são solicitados para o propósito de lutar contra a aldeia de alguém. E se perceberá que este princípio falha ainda mais, na medida em que avançarmos aos detalhes, e.g., se alguém dissesse que os bens dados em confiança deveriam ser restituídos com tal e tal garantia, ou de tal ou tal modo; porque quanto maior o número de condições acrescentadas, maior o número de modos nos quais o princípio pode falhar, então não será certo restituir, tampouco não fazê-lo.” (Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, p. 94, a.4. *apud* Sartor, 2009, p. 19).

força ainda viva se revela a cada nova leitura. Algumas confusões na interpretação de sua obra geraram críticas indevidas ao autor, mas, segundo ele, “cada vez que formalizamos outro aspecto da representação e raciocínio (de Hart), aprendemos quão correto estava Hart” (LOUI, 1995, p. 30).

Hart foi responsável por promover uma renovação da disciplina de Filosofia do Direito no âmbito da *common law*, aproveitando-se dos avanços obtidos pelo florescimento da Filosofia da Linguagem em Oxford e Cambridge, impulsionada sobretudo por J. L. Austin e pelo Segundo Wittgenstein. Graças ao autor, as sementes teóricas desenvolvidas com a chamada “virada linguística” da Filosofia geraram frutos também para a Filosofia do Direito, e as questões levantadas por Hart iluminaram uma série de autores posteriores - tanto da tradição da *common law*, quanto da tradição continental romano-germânica - que têm se ocupado em criticar ou em refinar o positivismo jurídico hartiano, não configurando exagero afirmar que nenhum autor atual lhe pode ser completamente indiferente.

Cabe mencionar que o projeto do autor visou dar conta de problemas considerados insuficientemente abordados pela Filosofia do Direito, por ele classificados em 03 (três) grupos: problemas quanto à definição do direito e análise de conceitos jurídicos, problemas acerca do raciocínio jurídico e problemas concernentes à crítica do Direito (HART, 1983, p. 88-120).

Hart pretendeu construir uma teoria que não estivesse baseada no tipo tradicional de definição, por considerá-la inadequada ao exame do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade. Ao invés de perguntar pela natureza do Direito, o autor busca elucidar os principais elementos que compõem este fenômeno social pelo exame do uso convencional de expressões e de sua dependência do contexto em que é proferido o discurso. Seguindo a advertência de Bentham, Hart reconhece a importância de investigar o uso dos termos jurídicos no escopo das proposições jurídicas: “não devemos, como faz o método tradicional de definição, abstrair palavras como ‘Direito’ e ‘obrigação’, ‘Estado’, ou ‘corporação’ das frases nas quais sua função completa pode ser vista, e então perguntar de forma abstrata pelo seu *genus et differentia*” (HART, 1983, p. 31).

Dado que o Direito é um fenômeno essencialmente lingüístico, Hart toma emprestado de J. L. Austin a lição de que é útil ter “uma consciência mais aguda das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos” (AUSTIN, apud HART, 2012,

vi). O significado dos termos não pode ser apreendido de forma destacada do contexto em que usado por uma comunidade linguística.

Esta mudança de perspectiva, cabe ressaltar, não implicou em abandono ou negação da importância da análise conceitual no âmbito da Teoria do Direito por Hart, mas em um reexame sob a ótica da nova filosofia de então, que apostava em um resgate da filosofia, com vistas a solucionar problemas filosóficos criados por mal-entendidos sobre a linguagem. Segundo G. Baker, o propósito da Teoria do Direito para Hart é “o aumento da compreensão, não do conhecimento; a geração de novo insight, não a descoberta de novos fatos” (BAKER, 1977, p. 27).

A presente dissertação faz parte de um projeto de longo prazo de abordar o que considero um dos aspectos mais interessantes na Filosofia do Direito hartiana que consiste, exatamente, no seu de contato com a Filosofia da Linguagem, principalmente com a obra de Wittgenstein. Neste primeiro momento foi necessário um recorte bem mais modesto. Dessa forma, escolheu-se tratar dos conceitos de derrotabilidade (*defeasibility*), vagueza (*vagueness*) e textura aberta (*open texture*), os dois últimos diretamente relacionados à natureza da linguagem, com os quais, segundo entendo, o primeiro guarda estreitas relações. Estas propriedades inevitáveis da linguagem e das regras, que caracterizam os casos-limites e as exceções, tornam o Direito relativamente indeterminado.

Os conceitos de derrotabilidade, vagueza e textura aberta têm importância central na Teoria do Direito de Hart, pois explicam os limites normativos do Direito enquanto guia de conduta diante dos chamados casos difíceis, nos quais o aplicador da regra depara-se com casos-limite e com circunstâncias não previstas que dão causa às exceções. Estas características da linguagem e dos padrões jurídicos justificam a adoção por Hart de uma concepção acerca das decisões judiciais que se situa em uma zona intermediária entre aquelas do formalismo e do ceticismo de regras.

A presente pesquisa objetiva mostrar que o exame da relação entre o Direito, a linguagem e as exceções, tendo por foco os referidos conceitos, lança luzes na compreensão da atividade judicial de aplicação do Direito. Dito de outro modo, o aparato conceitual desenvolvido por Hart é capaz de dar conta do comportamento dos juízes e das Cortes quando deparam-se com os chamados casos difíceis.

A existência de exceções à aplicabilidade das leis positivadas e dos precedentes judiciais, decorrentes de contingências que não podem ser previstas *ex ante*, e o fato de que a linguagem ordinária é permeada por uma relativa indeterminação quanto ao

significado dos termos gerais utilizados para classificar fatos e condutas particulares, implica reconhecer que o Direito é, em certa medida, indeterminado. Em tais casos, exige-se uma escolha por parte do aplicador que não é, contudo, arbitrária.

Esta dissertação está dividida em 03 Capítulos.

No primeiro capítulo, abordo o conceito de derrotabilidade apresentado por Hart em seu ensaio inaugural, “The Ascription of Responsibility and Rights” (1949), e mostro que o conceito não foi abandonado pelo autor. A seguir, apresento alguns de seus desdobramentos na literatura jurídica superveniente. Para isso, apresento uma tipologia que divide as teorias posteriores em teorias da derrotabilidade do raciocínio jurídico e da derrotabilidade de regras. Na segunda seção, analiso as características que distinguem o raciocínio prático jurídico do raciocínio prático ordinário, com foco em teorias procedimentais acerca da derrotabilidade do raciocínio. Na terceira seção, examino a natureza das exceções e suas relações com as regras jurídicas, diferenciando exceções de casos excepcionais, casos-limite e casos difíceis e apresento algumas visões acerca da relação entre regras e exceções.

O segundo capítulo é dedicado à análise da teoria da textura aberta do Direito de Hart e tem o objetivo de expor algumas de suas teses semânticas acerca da indeterminação da linguagem e seus reflexos para o Direito. Na primeira seção, discorro acerca das relações entre o Direito e a linguagem. Na segunda, apresento alguns conceitos da Filosofia da Linguagem necessários à compreensão dos fenômenos tratados por Hart e suas consequências para a Teoria do Direito. Na terceira seção apresento uma descrição sucinta da teoria da textura aberta em Waismann para, na seção seguinte, compará-la com a noção desenvolvida por Hart quando do tratamento dado aos chamados problemas de penumbra. Concluo que há uma diferença entre elas que decorre da distinção entre os objetos de análise de um e de outro, a saber, a linguagem em geral (Waismann) e as regras jurídicas (Hart). Na quinta seção apresento uma leitura acerca da noção de textura aberta do Direito, apresentada em *O Conceito de Direito* (1961). Mostro em detalhes como o tema da derrotabilidade foi retomado em conjunto com os casos de indeterminação semântica (vagueza e textura aberta da linguagem). Concluo, assim, que a teoria apresentada na obra de 1961 é mais robusta e capaz de melhor explicar o fenômeno da indeterminação jurídica, caracterizado por aquelas situações nos quais não há uma única resposta correta.

No terceiro capítulo apresento alguns desdobramentos dos fenômenos tratados nos dois primeiros capítulos. Na primeira seção apresento a posição intermediária de



Hart acerca das decisões judiciais e abordo a sua concepção de poder discricionário. Na segunda seção, discorro acerca das vantagens da textura aberta do Direito. Na terceira, enfrento as implicações teóricas da derrotabilidade e da textura aberta para o positivismo jurídico. Na quarta seção, examino se a derrotabilidade é, de fato, uma propriedade essencial das regras jurídicas.

Com isso pretendemos ter mostrado como tais fenômenos têm importância central para a Teoria do Direito de Hart e são capazes de explicar o comportamento dos juízes e Tribunais quando proferem decisões judiciais.

## I. A DERROTABILIDADE NO DIREITO

### 1. A derrotabilidade em Hart: uma teoria abandonada?

A ideia de derrotabilidade (*defeasibility*)<sup>8</sup> é, segundo G. P. Baker, a maior contribuição de Herbert Hart para a Filosofia do Direito contemporânea, por ser “enormemente sugestiva e potencialmente frutífera” e capaz de provocar vários *insights* com aplicações em diversas áreas, principalmente na análise de termos jurídicos controversos. O reconhecimento que conceitos jurídicos são derrotáveis é, segundo Baker, um grande avanço na sua clarificação (BAKER, 1977, p. 43).

#### 1.1.A teoria original

O conceito de derrotabilidade foi introduzido por Herbert Hart na Filosofia do Direito em seu ensaio seminal, “The Ascription of Responsibility and Rights”(1948), em que o autor defende, entre outras teses, que existem características peculiares aos conceitos jurídicos, que não são captadas por definições do tipo tradicional, e que tais características podem ser melhor apreendidas pelo exame das práticas e procedimentos do Direito, do que por meio de discussões teóricas acerca desses conceitos (HART, 1948, p. 172). A principal delas é o “caráter essencialmente derrotável dos conceitos jurídicos” (HART, 1948, p. 179).

Embora não reste evidente, à primeira vista, quando se examinam as decisões judiciais, Hart observa que o veredicto extraído do composto entre fatos e regras, a partir do qual se infere uma consequência normativa, demanda um tipo de juízo distinto daquele em se afirma a verdade ou falsidade acerca dos conceitos descritivos, pois no

---

<sup>8</sup>No Direito de propriedade inglês, *defeasibility* indica a possibilidade de desfazer ou tornar nulo um instrumento jurídico. *Defeasible* tem origem em *defeasaunce* (Anglo-Francês, início Séc.XV), *desfaisance* (Francês Antigo), *desfaire* (Francês Moderno). *Defeat* tem origem em *defeter* (Anglo Francês), *desfait* (Francês Antigo), passado particípio de *desfaire* e *diffacere* (Latim Vulgar), com sentido de “desfazer”, “destruir”, “derrotar”(sentido militar de conquista). Fonte: <http://www.etymonline.com>. A dificuldade de tradução paralinguas de origem latina tem sido apontada por diversos autores que, em face da ausência de um termo melhor, têm optado, em sua maioria, por manter a referência à raiz etimológica. Assim, em obras em língua espanhola, italiana e francesa encontramos as traduções *derrotabilidad*, *defettibilità* e *défaisabilité*. Levando em conta o mesmo princípio, consideramos mais adequado traduzir ‘*defeasibility*’ por derrotabilidade, ‘*defeasible*’ por derrotável, ‘*defeat*’ por derrotar e ‘*defences*’ por defesas. Em algumas traduções em língua portuguesa no Brasil encontramos também o termo excepcionalidade e seus derivados excepcionável e exceções.

caso dos conceitos jurídicos, não se trata apenas de examinar se os fatos se enquadram em sua extensão. Dadas estas características singulares, é um erro comum supor que, ao falar em conceitos jurídicos, há algo como condições necessárias e suficientes que, uma vez presentes, tornam possível afirmar que é o caso, como se ao declarar a existência de um contrato válido, de um delito ou de uma invasão, por exemplo, bastasse ao julgador responder afirmativa ou negativamente à pergunta de se os fatos se enquadram no escopo da fórmula que define condições necessárias e suficientes desses conceitos (HART, 1948, p. 173).

Isto ocorre, em parte, pelo caráter vago de alguns conceitos jurídicos, principalmente no Direito inglês, em que não há uma formulação expressa, por exemplo, do que é um contrato, um delito, uma invasão. As definições são extraídas por referência a casos precedentes, dos quais se extrai a *ratio decidendi*. Segundo assinala Hart, a resposta à pergunta “o que é um contrato?” para não induzir em erro, deve assumir a forma de referências aos *leading cases* acerca do assunto, acrescidas do uso da palavra ‘etcetera’”, o que resulta no que ele denomina de vagueza de caráter (*vagueness of character*) dos conceitos jurídicos (HART, 1948, p. 173-4).

A principal causa, contudo, está relacionada à forma como as proposições acerca destes conceitos podem ser contrapostas pela expressão “a menos que”. A veracidade das proposições jurídicas pode ser refutada não apenas pela negação dos fatos, mas também por um tipo de alegação que consiste em afirmar que, apesar da ocorrência dos fatos que levariam normalmente à consequência jurídico-normativa prevista na regra, existem outras circunstâncias relevantes que colocam o caso em uma *linha de exceção* que tanto pode derrotar, quanto reduzir a alegação inicial (HART, 1948: 174).

A expressão derrotabilidade é introduzida quando Hart procura nominar esta característica dos conceitos jurídicos extraída da observação da prática jurídica:

Quando um estudante aprendeu que no Direito inglês há condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, (...) sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta (...). Pois estas condições, embora necessárias, não são sempre suficientes e ele ainda tem que aprender o que pode derrotar uma pretensão de que há um contrato válido, ainda que estas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que pode seguir-se à expressão “a menos que”, que deveria acompanhar a declaração destas condições. Não existe no inglês corrente uma palavra para esta característica dos conceitos jurídicos. As palavras ‘condicional’ e ‘negativa’ têm implicações erradas, mas o Direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado e alargo: esta palavra é ‘derrotável’ (*defeasible*), usada

para um tipo de interesse de propriedade que está sujeito à extinção ou derrota (*defeat*) em um número de contingências diferentes, mas permanece intacto se nenhuma de tais contingências amadurecer. Neste sentido, então, um contrato é um conceito derrotável. (HART, 1948, p.174-5).

Uma caracterização adequada do conceito de contrato depende, assim, que se leve em conta a diversidade das exceções e defesas que poderiam derrotar a alegação de que existe um contrato. Por exemplo, pode ser oposto que um dos contratantes estava sob coação, efeitos de drogas, era portador de demência, que o contrato foi feito por motivos imorais, que pretendia perverter o curso da justiça ou que seu objeto é impossível (HART, 1949, p. 176).

Consiste, pois, em um erro transpor para o Direito o modelo descritivo próprio das ciências naturais ou exatas, como o que a biologia utiliza para definir seus objetos de investigação. Um tipo de definição que associe aos conceitos a noção de condições necessárias e suficientes, é uma compreensão distorcida da natureza dos conceitos jurídicos, pois não leva em conta as características que os distinguem por comparação aos conceitos descritivos.

Ainda que se possa traduzir a definição dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias, não é possível, segundo Hart, fixar aquelas que *sempre* são suficientes (HART, 1948, p. 181). Sempre pode surgir uma condição que o derrote. O conceito de contrato é, assim, irredutivelmente derrotável (HART, 1948, p. 176).

Embora Hart tenha se referido à derrotabilidade dos conceitos jurídicos, é importante perceber que o autor concebia a noção de derrotabilidade como atrelada à dialética e ao procedimento judicial. Em diversas passagens isso fica claro: quando discorre acerca de ônus da prova, modos de refutação de alegações, julgamento de acordo com os fatos tal como apresentados nos autos, etc. Essa questão está bem declinada na seguinte passagem:

Pretensões (...) podem geralmente ser contestadas de dois modos opostos. Primeiro, por uma negação dos fatos sobre os quais estão baseadas; e, segundo, por algo bem diferente, nomeadamente uma alegação de que embora todas as circunstâncias nas quais uma pretensão poderia ter sucesso estejam presentes, ainda no caso particular, a pretensão (...) não deveria prosperar devido a outras circunstâncias estarem presentes que colocam o caso sob alguma linha conhecida de exceção, cujo efeito é tanto derrotar a pretensão (...) completamente, ou 'reduzi-la' (HART, 1948, p. 174).

Parece bastante plausível, portanto, entender que Hart concebia a ideia de que o próprio raciocínio jurídico era – de um ponto de vista procedimental - derrotável, porquanto a demonstração da existência de uma exceção poderia alterar a solução da lide em sentido contrário ao inicialmente proposto.<sup>9</sup>

É uma questão controversa aquela que indaga se Hart teria abandonado a tese da derrotabilidade, dado que decidiu não republicar este ensaio nas coletâneas de 1968 e 1983. No prefácio da coletânea “Punishment and Responsibility” (1968), o autor expressamente reconhece que algumas críticas foram consistentes, referindo-se principalmente a P. Geach e G. Pitcher.<sup>10</sup> É importante ressaltar, contudo, que tais críticas miraram a tese do atributivismo (*ascriptivism*), não havendo qualquer ataque à noção de derrotabilidade. Assim, a menos que se suponha que o colapso do atributivismo implica a insubsistência da derrotabilidade, não há elementos relevantes para concluir que Hart a tenha abandonado. Pelo contrário, há evidência textual suficiente de que não abandonou o conceito, ainda que o termo derrotabilidade não reapareça em sua obra posterior. Como será mostrado infra, Hart retomou o tema, procedendo a uma revisão da teoria com mudança do objeto acerca do qual se predica a derrotabilidade.

Segundo esta linha de princípio, entendo que a tese da derrotabilidade, ainda que relacionada ao atributivismo, é independente desta última, motivo pelo qual se torna desnecessária uma defesa desta última, o que, ademais, fugiria largamente do objetivo desta pesquisa e demandaria um extenso tratamento em ocasião própria. Dito de outro modo, as razões que lançaram dúvidas quanto à solidez do *atributivismo* não têm efeitos deletérios para a ideia de derrotabilidade.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Bartoz BrozeK, defende leitura no mesmo sentido. Segundo ele, “Hart acreditava que a derrotabilidade estava proximamente ligada à natureza do procedimento jurídico” (BROZEK, 2004, p. 14).

<sup>10</sup> Para um estudo detalhado das críticas ver: GEACH, “Ascriptivism” PITCHER, “Hart on Action”, ambos em *Philosophical Review*, n. 69, 1960. Um contraponto a tais críticas, bem como a reformistas como Mackie, Feinberg e Baker ver “Hart’s critics on defeasible concepts and ascriptivism” (1995), de Ronald P. Loui. Uma das defesas consiste em afirmar que Hart na verdade afirmou que a natureza das proposições jurídicas era *primariamente* atributiva, e não essencialmente, como admitido por alguns críticos.

<sup>11</sup> Ronald P. Loui apresenta uma explicação bastante plausível para a decisão de não republicar o *Ascription...* Hart não teria de fato renunciado sequer à tese do atributivismo, ainda que reconhecesse haver alguns problemas. Segundo Loui “Eu creio que Hart achava que havia coisas mais importantes a fazer do que debater com lógicos de mente fechada. Hart decidiu ser um filósofo do direito, um grande filósofo do direito, ao invés de uma nota de rodapé do dogma dedutivista” (LOUI, 1995, p. 29). Ele cita alguns textos hartianos posteriores, bem como “A Logician’s Fairy Tale” (1951). A meu ver, seguindo-se a linha de raciocínio de Loui, poderíamos explicar também porque Hart preferiu não retomar o termo “derrotabilidade”. Uma vez que o termo poderia ser associado indevidamente com as conclusões negativas extraídas do texto de 1949 pelos críticos, preferiu varrer o terreno e retomar o conceito em *The Concept of Law* sob outra roupagem, desta feita, com ênfase nas regras jurídicas.

Explico melhor. Vale lembrar que, neste trabalho inicial, Hart defendeu duas teses que podem ser assim resumidas: (1) existe um uso peculiar dos conceitos jurídicos que não é simplesmente descritivo, é o uso atributivo da linguagem ordinária pelo qual atribuímos direitos ou responsabilidades aos agentes que praticam uma ação; (2) o conceito de ação, assim como outros conceitos jurídicos, é irreduzivelmente derrotável. De acordo com a primeira tese, há na linguagem ordinária proposições atributivas, que se prestam para declarar direitos, reconhecer direitos reclamados por outros, transferir direitos e admitir ou fazer acusações de responsabilidade. Assim, ao proferir-se uma asserção do tipo “Ele fez isso”, ao invés de descrever a ação praticada pelo agente, está-se atribuindo a ele uma responsabilidade. Esta responsabilidade pode ser afastada diante de circunstâncias que o justifiquem. Segundo o autor, “nossa atribuição de responsabilidade não mais se justifica à luz das novas circunstâncias das quais percebemos, devemos julgar novamente: não descrever novamente” (HART, 1948, p. 183). Há uma responsabilidade *prima facie*, que pode ser derrotada. A conclusão de Hart é que a compreensão inadequada da distinção lógica entre as proposições descritivas e as proposições atributivas tem levado a uma análise inadequada e confusa do conceito de ação humana. Assim, embora a ideia de derrotabilidade esteja inserida na explicação da tese do atributivismo, ela não depende desta última.<sup>12</sup>

Mathieu Carpentier, comentando sobre a teoria da derrotabilidade tal como originalmente formulada por Hart, atenta para o fato de que Hart concebia o caráter aberto (*open-ended*) dos conceitos jurídicos e a teoria da derrotabilidade como conceitualmente distintos, e que isso é um fator importante para compreender o modo como Hart retorna ao tema em *The Concept of Law*, em que faz referência às “exceções não especificáveis de modo exaustivo de antemão” (CARPENTIER, 2013, p. 177).

A teoria original espelha, segundo Carpentier, uma concepção dialógica e procedimental da derrotabilidade do raciocínio jurídico, em que as regras parecem ter um papel secundário. O ponto é saber quais as condições que tornam a decisão justificada levando-se em conta os fatos dados no caso particular (CARPENTIER, 2013, p. 184-85).

De acordo com o autor, as seguintes formulações não são idênticas para Hart:

---

<sup>12</sup> Acerca do “Ascription”, resume MacCormick: “(...) a ideia central ali era que responsabilidade ou direitos não são aspectos descritivos dos seres humanos, mas são atribuídos a eles em contextos determinados por regras jurídicas ou por regras sociais. Assim, o caráter de tal atribuição tem de ser considerado, e ao considerá-lo se descobre que a atribuição é tanto dependente de regras quanto tem um caráter anulável. (...) Tais atribuições podem ser anuladas caso se demonstre que existe alguma circunstância excepcional, e a prática demonstra que a lista de circunstâncias excepcionais não é necessariamente uma lista fechada”. (MACCORMICK, 2010, p. 30-1).

(1) Se A e salvo se B, então C. (exceção)

(2) Se A e não-B, então C. (condição negativa)

Em (1), a ocorrência de B é condição suficiente para não-C. Em (2), não-B também é condição para C, contudo funciona negativamente. Dito de outro modo, não-B é condição necessária para C. Por exemplo, para caracterizar o crime de homicídio doloso, basta que os fatos demonstrem “X matou Y voluntariamente”. Como assinala Carpentier, “a distinção entre as exceções e as condições implica uma certa repartição do ônus da prova” (Carpentier, 2013: 187). Ao autor cabe demonstrar A (materialidade, autoria) e não pode estar presente não-B (isto é, que o ato tenha sido involuntário), pois a involuntariedade é uma condição negativa suficiente para descaracterizar o homicídio como doloso (não-C). De outro lado, ao réu cabe demonstrar que B (por exemplo, que foi um ato em legítima defesa). Isto será suficiente para não-C (exceção ao homicídio doloso).

### 1.2.A teoria em *O Conceito de Direito*

Como já exposto supra, em *The Concept of Law*(1961), Hart retoma o tema das exceções que não podem ser previstas exhaustivamente:

Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Acontece que, quando chega a hora, para cumprir a promessa teríamos de negligenciar uma pessoa gravemente doente. O fato de que isso seja aceito como razão adequada para descumpirmos a promessa certamente não significa que não existam regras estipulando o cumprimento de promessas e que tudo o que se verifica é uma certa regularidade em cumpri-las. Não se segue do fato de que tais regras tenham exceções incapazes de declaração exhaustiva, que em cada situação somos deixados a nossa discricionariedade e nunca estamos obrigados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a palavra ‘a menos que...’ ainda é uma regra (HART, 1961, p. 139).<sup>13</sup>

É possível perceber que aqui pairam as mesmas ideias apresentadas no “Ascription”, inclusive a retomada da expressão “a menos que”, que marca o caráter derrotável. Assim, é seguro afirmar que Hart não abandonou o conceito de derrotabilidade e seus pressupostos teóricos, ainda que não tenha voltado a utilizar este termo e tenha havido uma mudança do seu objeto do qual é predicado. A

---

<sup>13</sup> É interessante também notar que o exemplo da promessa é um exemplo de obrigação moral comumente retratado em estudos de filosofia moral e foi empregado por D.W. Ross ao discorrer justamente sobre obrigações *prima facie*.

derrotabilidade dos conceitos e do raciocínio jurídico foi substituída pela derrotabilidade de regras.

Há, ainda, um importante acréscimo ao argumento da derrotabilidade nesta nova formulação. Tomar uma regra como aberta a exceções não a descaracteriza enquanto regra, isto é, ela não perde seu papel de fazer uma diferença no raciocínio jurídico. Não obstante a derrotabilidade, a regra mantém sua força normativa, oficiais e cidadãos não estão totalmente livres a sua completa discricionariedade. Este ponto tem importância central para Hart marcar sua posição intermediária entre os extremos opostos do formalismo e do ceticismo de regras, tema que será abordado no Capítulo III deste trabalho.

Segundo Carpentier, o aspecto dialógico presente no “Ascription” é abandonado por uma concepção monológica da decisão judicial, voltada para a atividade do juiz (CARPENTIER, 2013, p. 183).

Ademais, a expressão “não deixa de ser uma regra” pode ser compreendida também como tendo a função de marcar a diferença entre o fenômeno da derrotabilidade e o afastamento completo do mundo jurídico ou, em termos técnicos, a revogação ou derrogação de uma regra. A derrota ou anulação da regra concerne apenas a sua aplicabilidade ao caso particular ou, dito de outro modo, afasta apenas o resultado ou efeitos jurídicos naquelas circunstâncias específicas. A regra não perde sua força normativa e continua vinculando todos os demais casos presentes e futuros, a menos que outra qualificação a derrote em um caso particular.

Esta característica da derrotabilidade foi bem assinalada por Frederick Schauer. Existe uma diferença entre modificar uma regra, porque se percebeu que ela produz resultados sub-ótimos, e apenas evitar de algum modo o resultado pobre, deixando a regra inalterada. O primeiro sentido é o que ele chama de “revisibilidade”; o segundo, de “derrotabilidade autêntica”. O autor ilustra a questão com um exemplo de uma lei que estabelece uma velocidade máxima sob pena de multa, que é afastada em um caso em que o condutor ultrapassou o limite porque levava uma vítima para um hospital. Não há modificação da regra, ela é apenas suprimida (SCHAUER, 2012, p. 81).

O autor considera que o caso próprio de derrotabilidade ocorre quando há uma formulação canônica clara da regra, mas esta é suprimida em um caso particular no momento de sua aplicação, sem com isso haver modificação de seu conteúdo. Quando não há esta formulação canônica, seja porque a regra é vaga, seja porque é uma regra da



*common law* cuja revisibilidade é assumida, a questão singular da derrotabilidade não se revela.<sup>14</sup>

### 1.3. Desdobramentos da tese hartiana

O tema da derrotabilidade retornou ao centro dos debates jurídicos nos últimos 20 (vinte) anos. Pierluigi Chiassoni chega mesmo a afirmar que a Teoria do Direito sofreu desde então uma “virada derrotabilista”, tão importante quanto a “virada interpretativista” promovida por Dworkin na década de 70 (CHIASSONI, apud CARPENTIER, 2013, p. 30)

Diversos autores consideram que a derrotabilidade está estreitamente associada à teoria das obrigações morais *prima facie*, desenvolvida por David Ross, em sua crítica ao dever absoluto kantiano.<sup>15</sup> Diante de situações de conflito entre princípios morais, pode ser o caso que uma obrigação seja suprimida.<sup>16</sup> O recebimento desta teoria na filosofia Moral deu origem à concepção de que as obrigações morais vinculam, a menos que surja alguma condição que afaste a obrigação de agir desta ou daquela maneira. Dito de outro modo, há boas razões para acreditar que se deve agir segundo determinam as obrigações, isto é, elas têm um papel no raciocínio prático, mas tais razões não são conclusivas.

Originalmente desenvolvido no âmbito da Filosofia Moral e jurídica, o conceito de derrotabilidade passou a ser objeto de investigação também da epistemologia e da

---

<sup>14</sup> Segundo o autor, a revisibilidade pode ocorrer de dois modos: pelo próprio indivíduo ou instituição que originalmente criou a regra, que executa a alteração por meio de emenda, revogação, derrogação, qualificação do ato normativo repellido; ou, como usualmente ocorre no sistema da *common law*, pelo oficial encarregado de proferir a decisão. Estes casos podem ser considerados espécies de derrotabilidade, porém não oferecem maior interesse. Este tipo de derrotabilidade é bem característica de regras com “formulação canônica”. Quando não há esta formulação canônica, seja porque a regra é vaga, seja porque é uma regra da *common law* cuja revisibilidade é entendida, a questão interessante da derrotabilidade não aparece (SCHAUER, 2012, p. 79).

<sup>15</sup> Como exposto parece claro que também Hart concebia esta relação (ver nota 13).

<sup>16</sup> “Intuições morais não são princípios cuja aplicação imediata possibilita deduzir nosso dever em circunstâncias particulares. Eles declaram (...) obrigações *prima facie*. (...) Não somos obrigados a fazer aquilo que é obrigatório *prima facie* apenas. Somos obrigados a praticar apenas aquele ato cuja obrigatoriedade *prima facie* no que diz respeito àquilo que é obrigatório *prima facie* mais prevalece sobre sua não-obrigatoriedade *prima facie* naqueles aspectos nos quais é não-obrigatório *prima facie*” (ROSS, apud SARTOR, 2009, p. 20). “Se, como quase todos os moralistas exceto Kant concordam, e como quase todos os homens simples pensam, algumas vezes é correto contar uma mentira ou quebrar uma promessa, deve ser mantido que há uma diferença entre dever *prima facie* e dever atual ou absoluto. Quando pensamos que estamos justificados a quebrar uma , e de fato moralmente obrigados a quebrar, uma promessa com vistas a aliviar a aflição de alguém, nós não deixamos de reconhecer em momento algum que há um dever *prima facie* de manter nossa promessa, e isto nos leva a sentir, não vergonha ou arrependimento de fato, mas um tipo de pesar por nos comportarmos daquele modo; reconhecemos, ainda, que é nosso dever compensar de alguma forma a promessa por ter quebrado a promessa. (ROSS, apud SEARLE, 1978, p. 81.).

lógica. No campo da teoria do conhecimento, uma crença é justificada não apenas pelas evidências que alguém possui, mas também pela suposição de que não há razões que derrotem esta crença. Além disso, ela relaciona-se com a ideia de falibilidade das hipóteses científicas, que podem sempre ser abandonadas em favor de uma hipótese melhor ou mais adequada para explicar o objeto investigado.<sup>17</sup> No âmbito da lógica, deu suporte à origem da lógica deôntica e divide os pensadores entre aqueles que afirmam que a derrotabilidade implica na aceitação de uma lógica não-monotônica e aqueles que procuram demonstrar que a lógica clássica é capaz de dar conta deste fenômeno. Assim, fala-se em derrotabilidade moral, derrotabilidade jurídica, derrotabilidade epistêmica, derrotabilidade lógica.

Na vasta literatura jurídica acerca do tema, o termo derrotabilidade é predicado de objetos distintos, resultando em uma variedade de argumentos de menor ou maior força. Fala-se em derrotabilidade de conceitos e de regras jurídicas, de formulações normativas, de proposições jurídicas e de derrotabilidade do raciocínio jurídico.<sup>18</sup> Esta ambigüidade no uso da expressão para tratar de fenômenos distintos, ainda que relacionados, é, segundo Beltrán e Ratti, responsável por várias confusões conceituais. O tratamento de uma série de questões implicadas pelo fenômeno demanda, assim, uma clarificação do escopo dos objetos aos quais ela refere (BELTRÁN e RATTI, 2012, p. 1).

Cabe mencionar, ainda, que no âmbito da Teoria do Direito, há variação não apenas quanto ao objeto de estudo. A derrotabilidade é estudada de várias perspectivas. De um ponto de vista lógico, investiga-se o papel das exceções no raciocínio prático jurídico. No âmbito da interpretação jurídica, insere-se nas questões que concernem ao estudo das lacunas e estudada quanto às implicações que concernem à indeterminação do Direito. De um ponto de vista da decisão judicial, o foco recai sobre a justificativa das premissas fáticas e normativas que amparam a conclusão adotada pelo julgador. O fenômeno da *defeasibility* é também importante para a própria concepção de Direito, tornando problemática, segundo alguns, a tese positivista da separabilidade conceitual entre o Direito e a Moral. Assim, a despeito das diferentes abordagens, a maioria dos teóricos concordam que o conceito de *defeasibility* é central para a descrição de certos aspectos dos ordenamentos jurídicos modernos.

---

<sup>17</sup> Como apresentado supra, há diferença entre derrotabilidade, em seu sentido próprio, e revisibilidade. A hipótese de abandono de uma teoria científica é, na verdade, um caso de revisibilidade.

<sup>18</sup> Este ponto é apontado também por Pierluigi Chiassoni. Segundo ele, há diferentes “significados”, geralmente ligados à derrotabilidade, e diferentes “objetos”, que são considerados derrotáveis, a saber, os conceitos, as normas e o raciocínio jurídico (CHIASSONI, 2012, p. 151).

Dentre diferentes abordagens que autores posteriores a Hart conferiram ao tema, muitos o fazem sobre o termo genérico de “derrotabilidade jurídica” sem enfrentar tais problemas diretamente. No entanto, a análise cuidadosa de seus argumentos permite dividir o tema em duas abordagens principais. Apresentamos nas próximas Seções uma tipologia proposta por Wil Waluchow, que divide o tema da derrotabilidade no Direito em dois grupos principais: “derrotabilidade do raciocínio jurídico” e a “derrotabilidade das regras jurídicas”. Carpentier aponta para distinção análoga feita por Rafael Hernandez Marin entre “derrotabilidade da conclusão” e “derrotabilidade das premissas” (CARPENTIER, 2013, p. 171).

Segundo Waluchow, embora sejam fenômenos relacionados, pois muitas vezes dizer que o raciocínio jurídico é derrotável é o mesmo que dizer que as regras jurídicas são derrotáveis, tal distinção se justifica, pois pode haver casos em que a resposta à pergunta de “como um juiz deve decidir um caso” e “o que uma regra válida requer naquele caso não são, necessariamente, a mesma coisa” (WALUCHOW, 2012, p. 255).<sup>19</sup>

Em resumo, esta divisão procura levar em conta dois tipos de problemas distintos, um deles aborda a derrotabilidade do ponto de vista da lógica e do rigor do raciocínio e outro de um ponto de vista conceitual e descritivo.

Este breve sobrevôo, sobre o vasto terreno temático em que o debate é travado, tem a função de mostrar o plano maior em que se insere o singelo retrato que pintaremos neste trabalho. Não pretendemos exaurir tais questões, algumas sequer serão abordadas. Outras serão trabalhadas em paralelo ao foco principal, com vistas a fornecer o material necessário à compreensão de algumas implicações apresentadas no Capítulo III.

Assim, cabe esclarecer, o foco deste Primeiro Capítulo, além de tecer uma adequada análise conceitual do fenômeno a partir da obra de Herbert Hart pretende, apenas, mostrar alguns de seus desdobramentos na literatura jurídica posterior.

---

<sup>19</sup> Giovanni Sartor faz distinção semelhante: “Em matéria de derrotabilidade jurídica, dois aspectos devem ser distinguidos: (1) O raciocínio inventivo e heurístico requerido para compreender a inadequação de uma regra geral dentro de um contexto particular e por que se pode enunciar a exceção ou a refutação correspondente; (2). A estrutura do raciocínio que leva em conta as exceções, as refutações e as presunções de maneira a atender as conclusões justificadas pelo conjunto de conhecimentos disponíveis”. (Sartor, 2005, p 76-77, *apud* Carpentier, 2013: 169). A acepção (1) corresponde à derrotabilidade de regras e a (2), à derrotabilidade do raciocínio.

Ao final deste trabalho, pretendemos ter mostrado que a introdução da ideia de derrotabilidade tem efeitos teóricos profundos para a Filosofia do Direito, por tornar evidente que os modos de raciocínio jurídico disponíveis aos juristas podem ser agrupados em dois principais: um modo formalista, que prega que os intérpretes se restrinjam ao sentido literal e *prima facie* dos padrões jurídicos, e um anti-formalista, que dá espaço a considerações acerca das razões e das finalidades que subjazem às regras jurídicas. Pretende-se, assim, ter avançado na compreensão do modo como o Direito opera e o que acontece, de fato, no seio das Cortes.

## 2. A derrotabilidade do raciocínio jurídico

### 2.1. O raciocínio jurídico

Raciocinar é o processo de inferir conclusões lógicas a partir de proposições e pode ser feito por meio de argumentos dedutivos ou indutivos.<sup>20</sup> O estudo da lógica tem por objetivo distinguir tipos de raciocínio correto dos incorretos. A lógica interessa à teoria da argumentação e, portanto, tem utilidade na prática jurídica.

Uma das estruturas clássicas de argumentação racional é o silogismo. Conforme define Irving Copi, “silogismo é um argumento em que uma conclusão é inferida de duas premissas” (Copi, 1978: 167).

Vejamos a seguinte formulação de um silogismo categórico de forma típica que tem por ponto de partida uma proposição universal afirmativa:

Premissa maior:	Todo A é B
Premissa menor:	C é A
Conclusão:	Então, C é B <sup>21</sup>

Neste caso, a conclusão é inferida de uma proposição universal mediada por uma premissa intermediária que é uma premissa particular. Restringir-nos-emos

---

<sup>20</sup>Segundo esclarece Irving M. Copi, um argumento dedutivo é aquele cujas premissas fornecem provas decisivas para a verdade da sua conclusão. Todo argumento dedutivo pode ser válido ou inválido. É válido se é impossível que suas premissas sejam verdadeiras sem que também seja verdadeira sua conclusão. Contrariamente, é inválido se, mesmo verdadeiras as premissas, não garante a verdade da conclusão. (COPI, 1978, p. 35).

<sup>21</sup> Como no notório exemplo, “Todo homem é mortal; Sócrates é homem; então, Sócrates é mortal.”

aqui às proposições universais afirmativas, uma vez que as regras jurídicas podem ser expressas nestes termos.

No silogismo jurídico a premissa maior é uma regra jurídica. É importante notar que as regras jurídicas podem ser expressas em proposições universais. Por exemplo, a regra constante do artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar Direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, pode ser expressa na forma de uma “universal afirmativa”: “Todo aquele que ..... e causar dano.... comete ato ilícito”.

Uma regra também pode ser expressa na forma condicional, como os teóricos costumam preferir, adotando a forma canônica kelseniana: “Se A é, então B deve ser”. Esta relação é, portanto, uma implicação material. Se praticar a conduta A, então segue-se B; “Se fatos A, então consequência B”; “Se situação/circunstância A, então B deve ser a consequência”. A premissa maior tem uma dupla função, a saber, ela é universal, assegurando a uniformidade com relação aos casos semelhantes, e também hipotética com um conseqüente normativo, isto é, ela afixa uma consequência normativa aos fatos, condições e circunstâncias descritas no antecedente.<sup>22</sup>

Regra jurídica:	Se causar dano voluntário ou culposamente a outrem, então o ato é ilícito.
Descrição (particular):	Fulano causou dano voluntário a Cicrano.
Consequência normativa:	Então, Fulano praticou ato ilícito.

É sabido que alguns autores e escolas filosóficas aspiraram elevar o raciocínio jurídico ao nível do raciocínio lógico, como se fosse possível que o raciocínio jurídico tenha o mesmo tratamento formal que o raciocínio matemático e das ciências naturais descritivas. Este tipo de formalismo já foi chamado de “vulgar” (Leiter, 2012, p. 111) ou de “old school” (STRUCHINER, 2011, p. 133). Tal postura acerca das decisões jurídicas é, na verdade, insustentável, e a noção de derrotabilidade e de indeterminação linguística estão na base desta ressalva, como restará mais claro ao longo da exposição.

Em crítica a tal concepção, Hart enfatizou, em “Positivism and the Separation of Law and Morals”, que uma decisão do tipo formalista que tomasse a lógica com

---

<sup>22</sup> Como explica Giovanni Sartor: “as normas jurídicas, ou ao menos a maior parte delas, têm uma estrutura condicional: elas subordinam um efeito jurídico a uma condição jurídica” Por efeitos jurídicos ele entende, de modo amplo, a atribuição de obrigações, permissões, direitos, poderes, status ou qualidade (cidadão, parente, cônjuge, incapaz, falência, criminoso habitual), títulos profissionais (doutor, juiz, professor) e coisas (propriedade, domínio público), etc. (SARTOR, 1995, p. 120).

exagerada importância levaria a uma decisão cega, que mal poderia ser chamada de decisão:

Mas como ao ser formalista um juiz faz uso excessivo da lógica? Está claro que a essência deste erro é dar a algum termo geral uma interpretação que seja cega aos valores sociais e consequências (ou que de algum outro modo estúpido ou talvez meramente desapreciado pelos críticos). Mas a lógica não prescreve a interpretação dos termos; e não dita uma interpretação inteligente ou estúpida de qualquer expressão. A lógica apenas diz a você hipoteticamente que se você der a um certo termo uma certa interpretação, então uma certa conclusão se segue. A lógica é silente em como classificar particulares – e este é o coração da decisão judicial.

Há aspectos procedimentais do raciocínio jurídico que envolve a aplicação de regras gerais a casos particulares, para os quais “a lógica não tem muito a dizer”.

Sobre a referida passagem do “Positivism...”, comenta Wladimir Barreto Lisboa:

O que poderia significar, entretanto, segundo Hart, que os juízes fazem um uso excessivo da lógica? A lógica não prescreve interpretação alguma, ela simplesmente não recomenda nem uma interpretação conservadora nem progressista dos termos jurídicos. Tudo o que ela diz é que, dada uma certa interpretação de certos termos jurídicos, uma determinada conclusão irá ocorrer. Mas isso é muito diferente de afirmar-se que a sentença “Sócrates é culpado por blasfemar contra os deuses” é uma conclusão lógica de uma sentença temporal de fatos do tipo “Sócrates enunciou um discurso sobre o comportamento dos deuses em 400 a.C.”. Regras jurídicas não são regras lógicas ou linguísticas, mas, fundamentalmente, regras de decisão. A lógica nada diz acerca de como devemos classificar particulares, e este é, segundo Hart, o coração da decisão judicial. (BARRETO, 2012, p. 135).

Por fim, cabe assinalar que há outras particularidades inerentes ao raciocínio analógico empregado nas decisões a partir de precedentes judiciais, características dos sistemas jurídicos da *common law*, que tornam ainda mais evidente que o uso da lógica pura e simplesmente não tem a capacidade de garantir certeza e rigor às decisões judiciais. Este assunto é abordado com mais detalhes no Capítulo II.

## 2.2. Teorias da derrotabilidade do raciocínio jurídico

Para facilitar a compreensão do que é a derrotabilidade do raciocínio, é válido apresentar a definição de Robert Koons:

“O raciocínio é derrotável quando o argumento correspondente é racionalmente constrangedor, mas não é dedutivamente válido. A verdade das premissas de um bom argumento derrotável fornece suporte para a conclusão, ainda que seja possível para as premissas serem verdadeiras e a conclusão, falsa. Em outras palavras, a relação de suporte entre premissas e conclusão é experimental, potencialmente derrotada por informação adicional. Os Filósofos têm estudado a natureza do raciocínio derrotável desde a análise de Aristóteles do raciocínio dialético nos Tópicos e Analíticos Posteriores, mas o assunto tem sido estudado com intensidade única ao longo dos últimos quarenta anos, largamente devido ao interesse que ele recebeu do movimento de inteligência artificial na ciência da computação”.<sup>23</sup>

Para compreender o que há de distintivo no raciocínio jurídico derrotável, por comparação ao ordinário, é bastante ilustrativa e didática a noção de *camadas* tomada de empréstimo por Carpentier a Henry Prakken. Um raciocínio ordinário realizado em contextos de incerteza é dito derrotável, pois o resultado das inferências é tomado por não conclusivo, apesar de “aceitável”, uma vez que pode ser bloqueado por circunstâncias adicionais. O mesmo ocorre no Direito, pois o juiz deve formar sua convicção com base nos elementos disponíveis no processo, podendo ser o caso de rever a conclusão inicial diante de um fator suplementar, por exemplo, que reste apurado que o acusado de um crime de homicídio agiu em legítima defesa.

Os fatores que tornam o raciocínio jurídico derrotável são de diversas ordens, não se limitando apenas ao aspecto lógico, uma vez que a introdução de novas informações ou premissas depende da dialética desenvolvida pelas partes, bem como de aspectos procedimentais que concernem à distribuição do ônus da prova, às presunções jurídicas e às demais regras procedimentais. Enquanto no raciocínio ordinário as inferências são tipicamente monológicas, as inferências no raciocínio jurídico são dialógicas. Assim, como afirma Carpentier, há uma camada procedimental que supõe uma camada dialética que, por sua vez, supõe uma camada lógica. (CARPENTIER, 2013, p. 187-8).

Considerando tais traços, as diferentes teorias que tratam da derrotabilidade do raciocínio jurídico podem ser divididas em “teorias inferenciais”, que buscam modelo lógico para representar a derrotabilidade do raciocínio jurídico, e “teorias dialéticas e procedimentais”, que como os nomes indicam, focam na argumentação jurídica e nas regras de procedimento.

---

<sup>23</sup> Robert Koons, “Defeasible Reasoning”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/reasoning-defeasible>.

As teorias acerca da derrotabilidade do raciocínio de tipo “inferencial” podem ser divididas em dois grandes grupos: as que consideram que a lógica monotônica clássica não é capaz de dar conta do raciocínio jurídico e adotam modelos não-monotônicos e, no lado oposto, aquelas que julgam que não é necessário o abandono da lógica monotônica, bastando desenvolver algumas de suas ferramentas. Não procederei ao exame de teorias inferenciais, pois desbordaria em grande medida do objeto deste trabalho.<sup>24</sup>

Um tipo de teoria acerca da derrotabilidade do raciocínio jurídico do tipo “procedimental” é aquela apresentada por Neil MacCormick em “Defeasibility in Law and Logic”(1995). De acordo com o autor, as condições previstas na formulação de uma dada regra para a declaração de fatos institucionais, devem ser encaradas como não mais que “condições ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes da consequência jurídica relevante”.<sup>25</sup> Fatos institucionais tais como o casamento, o encargo, os contratos, o direito de dispor em testamento, estão sujeitos a algum tipo de

---

<sup>24</sup> A constatação de que o raciocínio é derrotável é tratada na área da Inteligência Artificial como uma evidência de que sua formalização implica na adoção de uma lógica não-monotônica, pois a inserção de uma nova premissa resulta na quebra da lei de reforço do antecedente e do *modus ponens*, resultando que uma inferência, originalmente, válida, deixa de sê-lo com a introdução de uma exceção. Esta situação é comumente ilustrada pelo exemplo do pingüim Tweety, recorrente na literatura filosófica: Todas as aves voam. Se Tweety é uma ave, então Tweety voa. Se Tweety é uma ave, e Tweety é um pingüim, então Tweety voa. No caso do raciocínio jurídico e do raciocínio moral, encontram-se dificuldades semelhantes, pois, diante de novas circunstâncias que interfiram no caso particular, algumas obrigações são afastadas (obrigações *prima facie*). Por exemplo, é um dever moral devolver ao proprietário aquilo que se tomou emprestado. Isso deve ser assim, mesmo que seja um dia de chuva, mesmo que haja uma guerra, mesmo que isso faça mal ao próprio proprietário do bem tomado em empréstimo. De outro lado, há um dever de agir de modo a evitar um mal a um amigo ou a quem não está de posse de suas faculdades mentais. Se eu tomei uma arma em empréstimo devo devolvê-la a seu proprietário e, ao mesmo tempo, tenho um dever de proteger alguém que não está de posse de suas faculdades mentais. Este é o famoso exemplo de Platão no Livro I de *A República*. Nesta situação, encontro-me diante de um dilema que viola a versão deontica do princípio da não-contradição. Segundo Juliano Maranhão, as teorias que sustentam a não-monotonicidade do raciocínio jurídico derrotável consideram que a lógica clássica tem dificuldades em representar um conflito normativo ou um dilema moral. Segundo o autor, “o problema é que a versão deontica do princípio da não-contradição,  $\neg(Oa \wedge O\neg a)$ , leva à trivialização do sistema normativo. Portanto, a monotonicidade e o princípio deontico da não-contradição parecem ser obstáculos à representação de dilemas morais” (MARANHÃO, 2013, p. 56). Diante disso, a lógica deontica não-monotônica ganhou grande destaque, sobretudo nos anos 1990. Entre os mais conhecidos opositores das teorias não-monotônicas está Alchurrón, cujo modelo propõe uma revisão das premissas como modo de evitar as relações de consequência não-monotônicas (deonticas ou não), pois elas escondem uma mudança no estado epistêmico que ele considera inadmissível no Direito. Ele desenvolveu a noção de *defeasible conditionals* para mostrar a ponte entre a derrotabilidade e a revisibilidade. No entanto, seus críticos acusam que também o modelo de Alchurrón resvala em uma consequência não-monotônica, embora não o admita.

<sup>25</sup> MacCormick apresentou esta ideia primeiramente em 1973 em ‘Law as Institutional Fact’, e refere que somente mais tarde deu-se conta da semelhança com o conceito de Hart de *defeasibility*.



intervenção invalidante, podendo ser derrotados, apesar de uma aparência inicial de validade e durabilidade.<sup>26</sup>

A derrotabilidade decorre, segundo MacCormick, da pragmática do processo judicial. Por exemplo, A tem um direito D contra B, se estiverem satisfeitas as condições “c1”, “c2”, “c3” e desde que B não demonstre que a condição excepcional “e1” existe. Assim, “o ponto dessa formulação tem a ver com a pragmática dos “*pleitos de direitos*”(right-claims) e do “gozo de direitos” (*right-enjoyment*)”. Cabe a B mostrar que o caso é excepcional, demonstrando que “e1” existe. Às vezes, depende que B tome tal atitude tempestivamente, sob pena de prescrição.

O ‘direito’ (*right*) é, afinal, um objeto teórico, um fato institucional. Tais fatos existem apenas onde haja satisfação perfeita e não-derrotada de todas as condições (tanto implícitas quanto explícitas) efetivamente exigidas num dado caso. O que pode ser derrotado é a atribuição de um direito, ou a afirmação de um pleito a alguém (...), situação em que não há nenhum direito em absoluto, e não um direito derrotado. Portanto, não é o conceito que é derrotado, mas alguma afirmação das condições para a concretização do conceito em dados casos, ou alguma afirmação, atribuição ou pleito baseado num certo entendimento de tais condições (MACCORMICK, 1995, p. 102).

Assim, a formulação da norma por MacCormick identifica-se com a de Hart. Se a+b+c existe, então deve-se reconhecer que um contrato existe, salvo se X, Y ou Z existir.

Há casos em que a regra traz em sua formulação verbal casos de derrotabilidade. Contudo, frisa o autor, a derrotabilidade expressa não exaure a ideia e tampouco parece ser capaz de capturar os seus casos mais interessantes. A derrotabilidade implícita afeta todas as instâncias das instituições jurídicas. Mesmo nos casos derrotabilidade expressa, pode haver a possibilidade de derrotabilidade implícita acima ou abaixo das condições implícitas de defesa.<sup>27</sup>

### **3. A derrotabilidade das regras jurídicas**

Enquanto as teorias que abordam a derrotabilidade do raciocínio jurídico se interrogam acerca do papel que as exceções desempenham no raciocínio prático e como este é afetado por elas, as teorias que tratam da derrotabilidade das regras questionam se

---

<sup>26</sup>Segundo o autor, isso leva a impressão que os casos de inferência e implicação existente entre as condições e as consequências jurídicas é muito menos amarrado que na lógica clássica, assim, discorre o autor, tem-se falado em “lógica derrotável” (*defeasible logic*).

<sup>27</sup> O mesmo texto foi republicado como Capítulo 12 do *Rhetoric and The Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (2005).

as regras, para não perderem o seu caráter, estão ou não sujeitas a variações contextuais ou a exceções que não podem ser previstas antecipadamente (Carpentier, 2013: 171).

Dizer que regras jurídicas são, de algum modo, derrotáveis, equivale a dizer que estão sujeitas a exceções que não puderam ser antevistas. A ideia subjacente é a de que a aplicação de uma regra pode ser suprimida diante de uma circunstância específica que se revela no caso particular e implica em uma alteração cognitiva, isto é, uma reavaliação ou novo juízo acerca de um objeto, fato ou circunstância do mundo.

A compreensão deste tipo de abordagem demanda um exame da natureza das exceções e de como se relacionam com as regras as quais excepcionam.

### 3.1. Exceções

A compreensão da natureza das exceções na esfera do Direito não é uma tarefa fácil. Como aponta Mathieu Carpentier, a análise de casos jurídicos com frequência torna bastante complexo entender a diferença entre exceções às regras, entre formas de indeterminação semântica (vagueza e textura aberta), lacunas do ordenamento jurídico e as violações puras e simples do Direito (CARPENTIER, 2013, p. 15).

Quando se fala em “fazer uma exceção”, remete-se à ideia de que há uma justificativa para que uma regra não seja aplicada. Não faz sentido falar em exceção se não existir uma regra e esta não for aplicável *prima facie*. Dito de outro modo, está suposta uma concepção de Teoria do Direito na qual as regras detêm força vinculante e na qual a decisão não é simplesmente um resultado da vontade do julgador. A ocorrência de um fato ou circunstância deve ter um aspecto relevante, do contrário a exceção perde sua justificção. Se as razões para uma exceção forem arbitrrias, a diferença entre fazer uma exceção e simplesmente violar uma regra se desfaz.

Segundo Carpentier, fazer uma exceção é excluir um caso do escopo de uma regra e pode haver boas ou más-razões para isso. Uma regra, por exemplo, do tipo “todos os veículos são proibidos de entrar no parque, salvo o automóvel do meu amigo”, assim como uma que determine que “todos os veículos são proibidos no parque, salvo este *cabriolet* verde-ervilha”, criam exceções que não são razoáveis ou justificadas (CARPENTIER, 2013, p. 20).

A vantagem da introdução de uma regra é afastar a necessidade de um balanço de razões e, para isso, se busca generalizar o maior número de casos. Uma exceção a uma regra atinge a sua generalização, pois deve-se proceder a um novo balanço de

razões. Segundo o autor, “a questão é puramente conceitual: a exceção, mesmo a mais benigna, é uma ameaça para a generalização, e por consequência entra em tensão com a regra” (CARPENTIER, 2013, p. 21).

Exceções não são condições negativas. Estas últimas são espécies de qualificações da regra, isto é, são propriedades consideradas, negativamente, para a construção da generalização que forma o antecedente de uma regra, que pode tanto ter condições positivas para sua aplicação, quanto condições negativas. Entre os fatos, situações ou circunstâncias constantes do antecedente da regra, estão aqueles que devem estar presentes e os que não podem estar presentes para que seja o caso de sua aplicação *prima facie*.

Tome-se como exemplo a regra constante do artigo 884 do Código Civil Brasileiro, que dispõe acerca da obrigação de reparação em caso de enriquecimento sem causa: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido (...)”. A condição de que não exista uma justa causa é uma condição negativa que faz parte da generalização da regra, sem a qual ela não pode, desde o início, incidir. Acerca desta distinção, explica Carpentier:

(...) a razão é que a exceção, contrariamente à condição negativa, contém uma propriedade que não é aquela que forneceu uma razão à generalização e à edição da regra resultante. Pelo contrário, a exceção representa uma razão para ir de encontro à regra. Contudo, uma vez introduzida, ela poderá, de fato, se comportar como uma condição negativa e ser, por assim dizer, normalizada dentro do antecedente da regra: isso se aos traços contingentes o raciocínio jurídico que serão vistos na próxima seção (...) (CARPENTIER, 2013, p. 23).

Concepção semelhante é a de Claire Finkelstein que defende que uma qualificação que consta da própria enunciação da regra não é propriamente uma exceção. Segundo a autora, uma exceção à regra é algo que é externo a ela e a qualifica (FINKELSTEIN, 1999, p. 150).

Penso que uma concepção das exceções como externas à regra se adéqua ao espírito da derrotabilidade tal como pensada por Hart, tanto na formulação apresentada no “Ascription...”, quanto em *The Concept of Law*, uma vez que guarda o caráter de imprevisibilidade da condição ou qualificação que se revela no caso particular, bem como conceber as exceções como distintas das condições negativas (ver supra, Seção 1, e, infra, 3.2.).

Por fim, cabe remarcar uma comparação feita por Carpentier entre as regras jurídicas e as regras de um jogo. A suscetibilidade das regras jurídicas a exceções é uma característica que as distingue de outros tipos de regras como, por exemplo, as regras de um jogo. (CARPENTIER, 2013: 165). As regras de um jogo são arbitrárias, mas uma vez estabelecidas tornam-se parte do jogo, e as exceções porventura existentes são apenas aquelas previstas no próprio jogo. Se fizermos uma exceção à regra que estabelece o que é um gol no futebol, ou que estabelece o movimento de um peão no jogo de xadrez, tal prática deixará de ser futebol ou xadrez para ser algum outro jogo. No caso do Direito, apesar de derrotadas, as regras permanecem existentes e válidas e são aplicáveis *prima facie*.<sup>28</sup>

### 3.2. Casos excepcionais, casos-limite, e casos difíceis

É importante distinguir as exceções dos casos excepcionais, casos-limite e casos difíceis, de modo a melhor entender os tipos de indeterminação jurídica analisados neste trabalho.

Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, uma regra e uma exceção não se relacionam do mesmo modo que um caso normal (comum) e um caso excepcional (fora do comum). A relação entre um caso não-excetado e um caso excetado por uma regra é de geral para específico. E é justamente a especificidade da exceção que permite que ela prevaleça sobre a regra. (CARPENTIER, 2013, p. 27).

Uma exceção não é, necessariamente, um caso excepcional. Tome-se o conhecido exemplo da ambulância que necessita entrar em um parque para prestar socorro a uma vítima. Ora, certamente uma ambulância não é um caso excepcional de veículo, pelo contrário, ela parece muito bem adequar-se ao que consideramos ser um paradigma de um veículo, logo a regra que proíbe veículos no parque é aplicável *prima facie*. Contudo, é aquilo que há de específico na situação da ambulância que a torna um caso excepcionado. De outro lado, por exemplo, um ET que adentre um parque conduzindo uma carroça puxada a cavalos, certamente é um caso fora do comum, mas não configura uma exceção à regra que proíbe veículos no parque. Não há, em princípio, qualquer razão para que seja permitida sua entrada ou para que ele não sofra as consequências jurídicas, tais como multa, remoção, etc. O simples fato de que se trata

---

<sup>28</sup> Esta comparação pressupõe algumas considerações acerca do valor do Direito que ficarão mais claras ao final deste trabalho.

de um caso não previsto quando da criação da regra não justifica que seja feita uma exceção.

Segundo Carpentier, quando aplicáveis conceitualmente, as regras são, *prima facie*, aplicáveis normativamente. Uma ambulância tem todas as propriedades para se enquadrar no caso geral previsto na regra, ela é “integralmente subsumível”. Segundo o autor, “fazer uma exceção é deixar de aplicar uma regra aplicável (conceitual e normativamente) a um caso ao qual ela se aplica” (CARPENTIER, 2013, p. 166).

Tais considerações abrem espaço para a diferença entre exceções e casos-limite<sup>29</sup>. Um caso-limite é um caso situado na zona de penumbra de um termo geral e não é possível dizer, de imediato, se o termo se aplica ou não ao caso. Um exemplo de caso-limite para a regra dos veículos é aquele dos patins. Patins possuem algumas características comuns com o caso paradigmático de veículo: eles têm rodas, podem adquirir alta velocidade, servem para o transporte de pessoas. Por outro lado, faltam outras propriedades, de tal sorte que não é possível saber se podem ser chamados de veículo porque estão entre aqueles casos situados na zona de incerteza da extensão do conceito de “veículos”. Um exemplo que ganhou destaque no Direito brasileiro é o dos livros eletrônicos. A questão era saber se os livros eletrônicos estavam protegidos da incidência tributária pela regra de imunidade que afasta a tributação sobre “livros, papéis e periódicos e o papel destinado a sua impressão”(artigo 150,VI,“d”, CF/88).O simples exame da regra não fornece uma resposta clara. Foi necessário, então, que o órgão competente proferisse uma decisão de caráter definitivo para assentar a questão.

O conjunto dos casos difíceis é mais amplo que o dos casos-limite. Segundo Carpentier, “os casos-limite representam uma sub-classe de casos difíceis cuja existência é devida a uma indeterminação semântica: tal como é formulada, a própria regra é indeterminada, pois não se sabe se ela se aplica ou não ao caso” (CARPENTIER, 2012, p. 545). O próprio contexto em que o Direito é aplicado colabora para que um caso seja considerado um caso difícil. Diferentemente do que ocorre nos contextos de conversação ordinária, não se tem fácil acesso ao contexto de enunciação das regras, o modo como se dá o debate institucionalizado e procedimental oferecem dificuldades extras para a solução dos casos. De acordo com o autor, “os casos-limite, como a maior parte dos casos difíceis, são excepcionais, mas eles não são as exceções à regra da qual são exceções” (CARPENTIER, 2013, p. 546). Um livro

---

<sup>29</sup> No Capítulo II examino em especial três fontes de casos-limite: a vagueza, a textura aberta de Waismann e a textura aberta de Hart.

eletrônico é um caso-limite, pois não se sabe, *a priori*, se ele está no escopo do termo geral “livro”. Se o Supremo Tribunal Federal tivesse decidido que os livros eletrônicos não se subsumem à regra de imunidade, não seria porque os consideram como uma exceção ao conceito de livro, mas por entender que não estão no escopo do conceito de livro.

Diferentemente do que foi dito supra acerca das exceções, casos difíceis podem intervir inclusive em certos jogos. Pode-se imaginar, por exemplo, uma situação no Futebol em que não se sabe se metade bola saiu exatamente pela linha, se um capitão pode ser admitido sem a braçadeira, etc. (CARPENTIER, 2013, p. 165)<sup>30</sup>.

A confusão entre casos excepcionais e exceção levou muitos autores a não perceber a distinção entre derrotabilidade e textura aberta (e outras formas de indeterminação semântica). Segundo Carpentier, o problema das exceções é designado pela derrotabilidade, enquanto que os casos-limites decorrem de características incontornáveis na formulação da regra. (Carpentier, 2013, p. 547). As questões concernentes à classificação de objetos ou fatos no escopo de termos gerais serão tratados, no Capítulo II, como questões de indeterminação semântica, a partir dos conceitos de textura aberta e vagueza.<sup>31</sup>

Cabe referir, por fim, que por “indeterminação jurídica” refiro neste trabalho a todas aquelas situações em que há discricionariedade, cabendo ao aplicador da regra fazer uma escolha, seja porque não há uma resposta conclusiva com base no texto normativo, seja porque não há apenas uma boa resposta ou uma única maneira de resolver a questão. Dito de outro modo, há indeterminação no Direito tanto quando se

---

<sup>30</sup>Como se vê, entre os casos difíceis estão também aqueles em que há dúvidas (1) quanto aos fatos que tornem especialmente difícil saber se é ou não o caso de aplicação da regra e (2) aqueles em que não há exatamente uma regra que preveja o caso. Estas hipóteses representam, respectivamente, casos de “lacunas de conhecimento” (*gaps of knowledge*) e “lacunas normativas” (*normative gaps*), respectivamente, segundo distinção de Alchurrón e Bulygin, em *Normative Systems* (1971). Existem ainda, segundo a classificação dos autores, as “lacunas de reconhecimento” (*gaps of recognition*), que surgem em função da indeterminação semântica de um termo constante de uma regra. Em todos estes casos, ocorre o que se chama de problema da subsunção, isto é, não se sabe se o caso particular subsume-se ao caso geral previsto na regra. Segundo estes autores, apenas nos casos de lacunas normativas é que se pode dizer que o sistema jurídico é defeituoso ou incompleto. Para uma explicação mais detalhada, ver STRUCHINER (2001, pp. 66-72). Segundo esclarece este autor, o problema das lacunas de conhecimento pode ser resolvido por meio de presunções legais. Contudo, as lacunas de reconhecimento, resultantes da indeterminação semântica, não podem ser resolvidos, apenas reduzidos, pelo emprego de termos técnicos mais precisos.

<sup>31</sup> Cabe referir que há autores que classificam questões de textura aberta como sendo um tipo de derrotabilidade. Podemos citar, por exemplo, BROZEK (2004) e PRAKKEN (1997) Este último trata “derrotabilidade dos conceitos” sob a expressão “textura aberta”.

está diante de um caso não-claro de subsunção (ao conceito ou à regra), quanto naquele em que se considera haver exceções capazes de derrotar a regra.<sup>32</sup>

As distinções aqui traçadas pressupõem a visão segundo a qual existem casos fáceis e casos em que o texto (fontes) é claro no Direito, e que estes são muito mais freqüentes que os casos-limite e os casos difíceis. Não iremos defender este ponto no presente trabalho.

### *3.3. Diferentes visões acerca da relação entre regras e exceções*

Claire Finkelstein aponta para o fato de que a distinção (lógica) entre regras e suas exceções é muitas vezes ignorada pelos filósofos do direito. Ou bem se assume que o ponto entre distinguir entre as condições de uma regra e suas exceções seria apenas uma questão estilística, de menor importância; ou se adota uma concepção geral das exceções como condições implícitas que *já* constam da regra, bastando que esta seja interpretada sob sua melhor luz. Segundo esta visão, segundo a autora, é como se “a regra tivesse engolido a exceção”. Ainda que não constem do escopo de sua formulação, uma formulação adequada da regra incluiria todas as suas exceções (FINKELSTEIN, 1999, p. 148-49).

#### *a. A visão de Dworkin e de Alexy*

Os padrões jurídicos ou espécies de normas são de três tipos para Dworkin: as regras, os princípios e as políticas. Incumbe ao legislador estabelecer as regras, assim como as políticas, estas últimas entendidas como os objetivos a serem perseguidos pelo Direito em geral em prol da comunidade e, ao Juiz, cabe a aplicação dos princípios.

No ataque ao positivismo efetuado no ensaio “Modelos de Regras I”, Dworkin apontou que o teste de validade positivista (como a regra de reconhecimento de Hart) não dava conta da validade de todos estes padrões, funcionando apenas como um teste de *pedigree* para as regras positivadas. Ela não seria capaz de validar os princípios, considerados como “exigências de justiça, equidade e outras dimensões da moralidade”, cuja aplicabilidade cabe ao juiz mediante interpretação do material pré-jurídico existente (DWORKIN, 2002, p. 36).

---

<sup>32</sup>Por indeterminação jurídica refiro-me, portanto, a um fenômeno mais amplo que o caso de “lacunas normativas” de Alchurrón e Bulygin (v. Nota 30).

Além de não serem captados pelo teste do *pedigree*, há outra distinção dos princípios com relação às regras que Dworkin considera ser uma distinção lógica. Enquanto estas são aplicadas “à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39), os primeiros têm uma “dimensão de peso ou importância” (DWORKIN, 2002, p. 42). Uma regra é válida e, portanto, se aplica; ou lhe falta validade e, então, não se aplica. Neste modelo não há conflito entre regras. Se aparentemente há duas regras conflitantes que se aplicam a um caso, uma delas, necessariamente, não é válida, isto é, não é conclusiva para a decisão e, portanto, não se aplica. De outro lado, princípios podem entrar em conflito durante o raciocínio jurídico e caberá ao intérprete levar em conta a força relativa de cada um. É possível escolher um ou alguns princípios em detrimento de outros, sem que os princípios dispensados percam sua validade. A incidência de um princípio no caso concreto depende de ponderação e, uma vez aplicados, passam a ilustrar uma regra particular. Assim eles têm uma função de justificar uma nova interpretação, servindo de fonte para uma nova regra. Os princípios não obrigam no mesmo sentido que algumas regras obrigam, isto é, não vinculam os juízes (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

De acordo com esta concepção de regras, não pode ser o caso que uma regra se aplique, mas não seja determinante para o seu resultado, isto é, não pode ser o caso que uma regra válida seja excepcionada. Segundo ele “a regra pode ter exceções (...). Contudo, um enunciado preciso da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto” (DWORKIN, 2002, p. 40). Ademais, considera o autor, não há razão de ordem lógica ou conceitual que impeça a inclusão na regra de todas as suas qualificações ou exceções que, para ele, já estão lá, isto é, são implícitas. É nesse sentido que Finkelstein afirma que “a regra engole a exceção” (FINKELSTEIN, 1999, p. 149).

Como aponta Claire Finkelstein, no modelo dworkiniano não há espaço para exceções, seja de regras, seja de princípios:

“(...) não há algo como uma exceção a uma regra, visto que qualquer exceção articulada é apenas uma enunciação mais precisa da regra. O ponto é que uma regra não pode falhar em ditar o resultado a um caso onde se aplica e ainda ser uma regra. Um princípio, de outro lado, pode falhar em dispor de um dado caso ao qual se aplica, mas tampouco podemos falar aqui de uma “exceção”, visto que um princípio pode falhar em dispor de um caso mesmo na ausência de uma condição qualificadora. Não há uma coisa tal como uma exceção a algo que falha em ditar o resultado de casos particulares” (FINKELSTEIN, 1999:151).



A teoria de Dworkin não admite, pois, a derrotabilidade de regras, tampouco a existência de poder discricionário, pois sua concepção supõe um sistema jurídico completo e determinado, no qual não existem lacunas. Os juízes jamais rejeitam ou reformam as regras, tampouco criam novo Direito. Segundo ele, o Direito sempre pode oferecer uma única resposta certa para cada caso particular, cabendo ao intérprete tomá-lo segundo a sua melhor luz. Isto explica porque Hart inclui Dworkin entre os autores que nutrem uma visão da decisão judicial iludidos pelo “nobre sonho”,<sup>33</sup> embora sua ênfase no aspecto interpretativo holístico o distancie largamente da visão formalista.

Dworkin não desenvolveu mais a distinção entre regras e princípios, que serviu, no entanto, de base para a teoria de Alexy. Segundo o teorema da identificação exclusiva de Alexy, “toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Alexy toma emprestado esta distinção de Dworkin, mas discorda da sua caracterização. Segundo ele, as regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, os princípios “podem ser satisfeitos em graus variados”. (ALEXY, 2011, p. 86-87). Regras, assim, são mandamentos definitivos, enquanto princípios são mandamentos de otimização.

Assim, em certo sentido, também Alexy concebe uma regra como engolindo a exceção, porquanto se o princípio manda otimizar a regra, sempre que se aplicar uma exceção é como se ela já estivesse implícita na regra, ela é o resultado da otimização da regra pelo princípio.

#### *b. Schauer e a trivialidade da ideia de exceções*

Em *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law*, Frederick Schauer afirma que as regras jurídicas são “generalizações prescritivas entrincheiradas”, feitas a partir de um caso paradigmático, seja ele real ou hipotético, e tendo em vista uma finalidade, que ele chama de “justificação”. O autor concebe a forma da regra como uma relação de implicação material formada por um “predicado fático” (antecedente ou *protasis*), que corresponde a uma afirmação geral descritiva, e por um conseqüente (*apodosis*) que determina o que é permitido, proibido ou obrigatório. O conseqüente é acionado toda vez que o caso particular corresponde à descrição genérica constante do predicado fático.

Quando se faz uma generalização, se escolhem algumas propriedades consideradas relevantes do caso paradigmático e que se julga que serão determinantes

---

<sup>33</sup> Em que consiste o “nobre sonho” a que se refere Hart será tratado no Capítulo III.

em outros casos em que se verificar o predicado fático. Deste modo, a generalização envolve também um juízo de probabilidade. Em razão da sua generalidade, as regras podem ser sobreinclusivas e subinclusivas, tendo em consideração sua justificação de fundo, isto é, podem incluir um número maior ou menor de casos do que se simplesmente se aplicasse a justificação que guiou a generalização. O autor ilustra este fenômeno apresentando o exemplo do cão Angus, que entrou em um restaurante e causou grande alvoroço. Este fato serviu, então, de caso paradigmático para a criação de uma regra que proíbe a entrada de cães em restaurantes, cuja justificação tem a finalidade de preservar a ordem e a tranquilidade dos fregueses (SCHAUER, 1991, p. 25). Mas esta generalização acaba incluindo aqueles cães que não se comportariam desta maneira (por exemplo, os cães-guia de cegos) e, de outro lado, deixa de incluir outros casos que acarretariam o efeito negativo que se quer evitar, por exemplo, outros animais, uma pessoa bêbada, escandalosa ou perturbada.

O fato de um caso não corresponder à justificação da regra não permite que ela seja reformulada para incluir um caso não previsto ou para excluí-lo do seu escopo, segundo o autor. A noção de entrincheiramento da generalização supõe que uma vez efetuada a partir de um caso passado e colocada no predicado fático ela deve ser aplicada para os casos futuros que tenham a mesma propriedade.

Em “Exceptions”, o autor opõe-se à ideia de que haja autorização para reconhecer ou criar exceções quando o resultado da aplicação das regras for inconsistente com os seus propósitos. Isto é, segundo o autor, o mesmo que aplicar diretamente o propósito das regras aos casos particulares, estar-se-ia criando uma nova regra:

Se a inconsistência com o propósito é uma condição suficiente para modificar o que previamente se pensava ser uma regra no caso imediato, então não existirá caso no qual a aplicação da regra diferirá da aplicação do propósito e, portanto, é o propósito ao invés da formulação da regra que de fato é a regra (SCHAUER, 1991b, p. 894).

Raciocínio semelhante pode ser aplicado no caso de exceções criadas com base na equidade ou na justiça. Isso nada mais é, segundo Schauer, do que fazer justiça *simpliciter* (SCHAUER, 1991b, p. 895).

Segundo o autor, existe uma diferença entre criar uma exceção a uma regra e suprimir uma regra. Deixar de aplicar uma regra em um caso particular, sem modificação da regra é, para Schauer, a supressão desta regra. Acrescentar uma exceção

externa à regra é modificá-la e isto, necessariamente, implica reconhecer que há a criação de nova regra pela autoridade julgadora. Assim, segundo ele, muitas vezes “o vocabulários das exceções” é usado para disfarçar o fato de que se está criando uma nova regra (SCHAUER, 1991b, p. 898).

De acordo com o autor, Hart e seus seguidores, ao afirmarem a possibilidade de exceções incapazes de enunciação exaustiva, que se mostram no momento de aplicação da regra, chamadas de exceções *ad hoc* por Richard Posner (1988), e concluírem que uma regra que termine com a expressão ‘a menos que’ não deixa de ser uma regra”, estão, na verdade, confundido estes fenômenos distintos. Uma vez esclarecido o ponto de Hart, a derrotabilidade revela-se algo semelhante à supressão de regras, que, na concepção de Schauer, consiste em nada mais que uma exceção previamente articulada. Segundo admite o autor, o resultado desta análise é uma trivialização da ideia de exceções (SCHAUER, 1991b, p. 871).

Embora não se possa prever antecipadamente que circunstâncias podem levar à supressão de uma regra, deve ser exigido um padrão rígido, do contrário a regra perderá sua força normativa:

(...) o que pode e deve ser especificado antecipadamente para preservar a essência da regra é o próprio padrão de exigência, ou seu equivalente, pois, se as razões para suprimir uma regra não precisarem ser maiores do que as razões para apoiar a regra, não haverá caso em que a existência da regra faça a diferença (SCHAUER, 1991, p. 897).

É importante ressaltar que Schauer não nega a existência de exceções, tampouco afirma que não devam adotadas. Sua tese não é normativa, mas conceitual, como aponta Carpentier. A questão é que se toda vez que existir uma regra sobre-inclusiva for adotada uma exceção, a regra deixa de ser uma regra, pois deixa de ser tratada como uma generalização entrincheirada (CARPENTIER, 2012, p. 385-86). A regra passa a ser, assim, a própria exceção, é uma nova regra, com outra generalização.

Segundo Finkelstein, a visão de Schauer acaba se aproximando da de Dworkin, pois não admite a existência de exceções externas à regra, isto é, novas qualificações, apenas qualificações que já existem, em outras palavras, que estão implícitas na regra. Para a autora, contudo, existem exceções que são externas à regra e a qualificam e é possível explicá-las preservando a independência entre tais qualificações e as regras que elas derrotam (FINKELSTEIN, 1999, p. 149).

Carpentier chama atenção para outro fato: o de que Schauer confunde exceções e casos-limite, pois atribui a noção de exceções a *contingências linguísticas* da formulação da regra (CARPENTIER, 2013, p. 388). De fato, isto parece ficar claro em alguns trechos no “Exceptions”, como no seguinte:

(...) como produtos da relação entre objetivos jurídicos e a linguagem na qual a lei acaba sendo escrita, as exceções mostram que o significado da regra jurídica está relacionado ao significado da linguagem que a lei emprega (SCHAUER, 1991b, p. 871).

Schauer nega que haja distinção lógica entre as exceções e aquilo do qual são exceções. Uma exceção é uma circunstância fortuita, decorrente do fato de que os termos disponíveis na linguagem, em geral, acabam abrangendo casos que a finalidade da regra ou do princípio não pretendiam na sua origem.

## **II. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO**

### **1. A Linguagem e o Direito**

A relação entre o Direito e a linguagem é um fato evidente, afinal o Direito é expresso na legislação e nas decisões judiciais por meio da linguagem natural, da qual deriva a linguagem técnico-jurídica. O conteúdo do Direito depende, assim, do que é comunicado pelas autoridades jurídicas. Diante de tal quadro, é natural que os filósofos do Direito, em especial aqueles alinhados a diferentes tipos de positivismo jurídico, dediquem-se ao estudo do uso da linguagem e dos modos de construção do significado dos termos gerais constantes das regras jurídicas e isto explica o interesse da Filosofia do Direito pela Filosofia da Linguagem.

Como constata Andrei Marmor, “compreender como a comunicação linguística funciona e, em particular, quanto é, de fato, determinado por diversos aspectos semânticos e pragmáticos da linguagem é central para entender o que é o Direito” (MARMOR, 2011:136).

É importante ressaltar que o interesse pela linguagem não se restringe apenas às questões concernentes à administração do Direito. Ela também é essencial para os cidadãos que desejam pautar sua conduta de acordo com as regras jurídicas. A função precípua do Direito é oferecer pautas de conduta aos cidadãos para que possam guiar suas vidas por conta própria em uma sociedade que se caracteriza como um Estado de Direito. Assim, o adequado funcionamento de um sistema jurídico depende que os destinatários das regras, sejam eles os oficiais ou os cidadãos, possam apreender seu sentido com clareza. A certeza quanto ao conteúdo do Direito é essencial ao ideal de segurança jurídica.

O uso competente da linguagem exige a capacidade de reconhecer casos particulares como instâncias de termos gerais utilizados para classificar as coisas do mundo. Classificar fatos, situações e características humanas depende, portanto, de um juízo acerca do escopo do conceito em questão, isto é, saber se é ou não é o caso de sua aplicação. O mesmo tipo de processo realizado pelos falantes de uma língua é efetuado pelos juízes, quando deliberam para decidir se um determinado caso levado ao

Judiciário subsume-se a determinada regra válida do sistema jurídico. Em outras palavras, deve o julgador olhar para os fatos e deliberar se correspondem ao predicado fático descrito no antecedente da regra jurídica “Se A é, então B deve ser”.

Hoje é uma questão incontroversa que a linguagem natural, diferentemente da linguagem formal da lógica, não é completamente determinada. Essa indeterminação relativa dificulta a classificação dos casos particulares, criando obstáculos à comunicação. As causas ou fontes de indeterminação podem atingir tanto o significado dos termos gerais das proposições, como também o sentido próprio enunciado.

Dentre as diversas fontes de indeterminação linguística que encontramos na literatura técnica,<sup>34</sup> as que interessam aos fins deste trabalho são as fontes de indeterminação semântica, denominadas de vagueza e textura aberta, por estarem na base de questões amplamente desenvolvidas por Hart em sua obra. Previamente ao exame da teoria do autor, faz-se necessário apresentar algumas noções desenvolvidas pela Filosofia da Linguagem, para então compreender como ocorrem também nas proposições prescritivas, como as jurídicas. A análise que se segue é bastante panorâmica e dirigida.

## **2. Algumas Definições da Filosofia da Linguagem**

### *2.1. Vagueza*

O conceito de vagueza tem merecido vasta análise por parte da Filosofia da linguagem e é caracterizada tanto de modo amplo, quando de modo estrito.

Russell foi um dos primeiros autores a discorrer sobre a vagueza da linguagem natural. Vem dele a ideia de que os limites da extensão dos termos vagos não são claros, existindo uma área em que há certeza acerca da sua aplicação e uma região de penumbra, em que não se pode se afirmar, com acuidade, se é o caso ou não de sua aplicação (RUSSEL, 1923, p. 87). A vagueza, segundo ele, é uma propriedade das palavras, e não das coisas. A vagueza atinge as representações, e não aquilo que elas representam. Ele chama de falácia do verbalismo ao argumento que toma como

---

<sup>34</sup> Endicott apresenta 11 fontes de indeterminação da linguagem, a saber: vagueza, imprecisão, textura aberta, incompletude, incomensurabilidade, imensurabilidade, contestabilidade, semelhanças de família, padrões falsos, vagueza pragmática e ambigüidade (ENDICOTT, 2000).

propriedades das coisas o que na verdade são propriedades das palavras (RUSSEL, 1923, p. 87).

Outra definição bastante difundida é a de Grice: “dizer que uma expressão é vaga (em um sentido amplo) é, grosso modo, presumivelmente dizer que há casos (atuais ou possíveis) em que não se sabe se uma expressão se aplica ou não, e não saber não se deve apenas a ignorância dos fatos” (GRICE, 1989, apud ENDICOTT, 2000, p. 31).

Ambas as definições estão amparadas na ideia de casos-limite. Contudo, esta noção não é tão esclarecedora quanto parece à primeira vista, porquanto a própria determinação do que é um caso-limite é uma questão controversa.

Endicott tece críticas a definições como a de Grice. O problema com as definições de vagueza a partir da ideia de casos-limite está, segundo o autor, no fato que elas abrangem tanto casos de “vagueza semântica” quanto de “vagueza pragmática”. No primeiro caso, a dúvida é quanto a saber se uma determinada proposição que aplica o conceito a um caso é verdadeira. No segundo, a dúvida diz respeito a saber se é apropriado às circunstâncias proferir tal enunciado<sup>35</sup>. A vagueza pragmática diz respeito ao problema da competência lingüística do falante. Há uma conexão com a noção de falante nativo. O falante nativo tem competência lingüística total, o não-nativo não a tem, sua competência é apenas parcial. O mesmo acontece no contexto do Direito, em que determinados termos ganham um sentido técnico, cuja competência para o uso fica restrito à comunidade jurídica. Por exemplo, os indivíduos em geral usam roubo e furto como sinônimos, da mesma forma que não distinguem entre calúnia e difamação.

É necessário distinguir se a dúvida que surge diante de um caso-limite está fundada em uma incerteza quanto à aplicação de uma expressão ou devido à ignorância de algo que é determinado, ressalta Endicott. A dificuldade em classificar alguém como “careca”, explica o autor, não decorre da dificuldade em compreender o que este termo significa na língua portuguesa, mas em atribuir corretamente a um determinado indivíduo este atributo. Existe, assim, uma diferença entre saber o significado de um termo e saber se é ou não o caso de aplicá-lo. Segundo ele:

(...) nada mais preciso pode ser dito acerca da conexão entre significado e aplicação correta além de que um termo vago aplica-se corretamente a objetos que são suficientemente similares em aspectos relevantes aos paradigmas de sua aplicação; para este propósito, nós

---

<sup>35</sup> Gizbert- Studnicki oferece uma definição pragmática de vagueza: “O predicado P na língua L é vago, se e apenas se a sua borda não é vazia. A borda do predicado P é uma série de objetos aos quais o falante nativo de L não aplicará P e nem a negação de P”. (BROŽEK, 2004, p. 35).

podemos pensar o significado de um termo vago como conhecer paradigmas e saber como usá-los <sup>36</sup> (ENDICOTT, 2000, p. 32).

As expressões linguísticas possuem uma extensão e uma intensão. A intensão é o significado de um termo ou de um predicado, é o conceito que está contido na expressão, a sua conotação. A *extensão* de uma expressão é o objeto do mundo ao qual ela se refere, aquilo que ela denota.

Dados estes elementos, Kit Fine apresenta, assim, uma distinção entre “vagueza extensional”<sup>37</sup> e “vagueza intensional”<sup>38</sup> (FINE, 1975, apud CARPENTIER, 2013, P. 521-23). A vagueza é extensional quando o significado do termo é conhecido, mas há um *continuum* de casos entre a extensão e a não-extensão do conceito em que se torna difícil dizer se o particular examinado subsume-se ou não. Dito de outro modo, existe uma sequência de elementos na qual os extremos são bem distintos, mas entre estes pólos há uma grande gama de elementos que não são perceptivelmente diferentes uns dos outros. Por exemplo, o termo “careca” tem apenas um significado e bastante conhecido. Existem indivíduos visivelmente carecas, que são casos claros da extensão do conceito, assim como existem indivíduos que claramente denotam a anti-extensão do conceito, a saber, os que são não-carecas (os cabeludos). Contudo, em um mundo povoado de carecas e não-carecas, há ainda uma grande parte de indivíduos que não podem ser imediatamente classificados como carecas ou não-carecas. O mesmo ocorre com outros termos gerais como “monte”, “grande”, “rico”. Este tipo de vagueza dá origem ao que se chama de um paradoxo sorites, que se caracteriza pelo princípio da tolerância, segundo o qual pequenas modificações no objeto não afetam a aplicação do conceito. Por exemplo, se eu tirar um grão de um monte de grãos, ele não deixará de ser um monte e, assim, sucessivamente. Apesar disso, em um determinado momento, que não podemos determinar (a não ser por estipulação), o objeto deixará de ser um monte. O problema é que não reconhecemos onde está exatamente a fronteira entre o que é um monte e o que deixou de sê-lo, embora, em um ponto extremo, será evidente que não existe mais um monte. As condições de aplicação do conceito não são suficientemente delimitadas para que seja possível fazer tais distinções com clareza. A existência de casos-limite não lança dúvidas acerca do significado do conceito.

---

<sup>37</sup> Também chamada de vagueza *stricto sensu* (CARPENTIER, 2013) ou de vagueza de ordem superior (ENDICOTT, 2000).

<sup>38</sup> Também chamada de vagueza *lato sensu* (Endicott).



A vagueza intensional, de outro lado, diz respeito ao significado do conceito. O surgimento de um caso-limite pode afetar o significado de um conceito, como no caso de um gato que cresce até um tamanho gigante. Surge a dúvida se este animal pode ser chamado de gato e, assim, questionam-se as próprias propriedades consideradas para a formação do significado do conceito são, de fato, as propriedades relevantes. Disso resulta que não é possível definir tais conceitos por meio de propriedades necessárias e suficientes. Este fenômeno ocorre nos termos que denotam espécies naturais (*natural kinds*) e não dão origem a um sorites. Por exemplo, a palavra “gato” não possui uma anti-extensão. Não existe algo que é “não-gato”, pois tudo que não é um gato poderia ser enquadrado como tal (uma mesa, um caminhão, uma ave, uma pessoa, etc.). Assim, tais termos não são extensionalmente vagos.

Há uma dificuldade extra no que toca aos conceitos extensionalmente vagos, porque as próprias fronteiras entre o que é um caso claro e um caso-limite são indiscerníveis. Por exemplo, o termo “rico”. Há indivíduos claramente ricos e há aqueles claramente não-ricos. Os pobres são aqueles que estão claramente na extensão de não-ricos. Mas também existem os não-pobres, que são um caso não-claro de não-rico. Os miseráveis, por sua vez, são casos claros de pobres. Contudo, há uma grande gama de indivíduos que não se adequam facilmente como ricos ou não-ricos, pois não são claramente ricos (milionários, bilionários) ou claramente pobres (miseráveis).

Cabe notar que termos valorativos comuns nas formulações das regras como razoável, cuidadoso, negligente, imprudente, cruel, também podem dar origem a um paradoxo sorites, pois há um *continuum* entre o que é razoável e não-razoável, entre o que é ser cuidadoso e não-cuidadoso, etc. Assim, aponta Carpentier, os termos valorativos também têm por característica a vagueza extensional ou *stricto sensu*. (CARPENTIER, 2013, p. 521). No próximo tópico, veremos que tais termos dão origem ao que Waldron denomina de “contestabilidade” (WALDRON, 1994).

## 2.2. Ambiguidade e Contestabilidade

Cabe, ainda, diferenciarmos a ambigüidade e a contestabilidade da vagueza. Um termo ambíguo tem mais de um significado, diferentemente do termo vago (em sentido estrito) que tem apenas um, mas cuja incerteza quanto à extensão, gera dúvidas quanto a sua aplicação a um determinado objeto, fato ou situação. A ambigüidade pode ser facilmente resolvida pelo contexto de enunciação. Por exemplo, dizer a alguém “Vá até

o banco” pode gerar confusão, se do contexto não puder ser extraído que se está falando de uma instituição financeira ou de um tipo de mobiliário. Se a apreensão do sentido não fosse possível a partir do contexto na maior parte dos casos, a comunicação linguística estaria fadada ao fracasso.

Suponha-se que exista uma lei que estabelecesse normas de segurança endereçadas aos “postos” estabelecendo padrões para a armazenagem e eliminação de produtos químicos nocivos. Tomada a regra em separado, poder-se-ia indagar se ela se refere, por exemplo, a postos de gasolina ou a postos de saúde. Como os sentidos são tão distantes um do outro, sem acesso ao contexto de enunciação ou a dados do histórico legislativo, é quase impossível proceder a uma interpretação dessa regra. Se levada a questão a uma Corte, porque, por exemplo, um posto de saúde recebeu uma multa por jogar vidros com restos de mercúrio no lixo comum, a aplicação da regra dependerá da sua desambiguação. Segundo Waldron, em situações como esta “se o contexto não torna claro o significado, podemos estar diante de uma falha da comunicação tão espetacular a ponto de tornar a tarefa interpretativa quase impossível”. (WALDRON, 1994: 515)

É certo, contudo, que no Direito nem sempre se tem acesso ao contexto de enunciação da regra ou a dados históricos acerca da criação da regra e isto traz à vagueza um reflexo mais crítico quando ocorre na seara jurídica.

Embora seja uma de suas causas, nem todos os tipos de ambiguidade decorrem de homonímia. Um termo pode ser ambíguo em razão do seu grau de generalidade. Por exemplo, o termo “banco” pode incluir diversos tipos de mobiliário, podemos imaginar um banco para uma pessoa e sem encosto, um banco de três pernas, um banco alongado com espaço para várias pessoas, um pufe, etc. Em casos desse tipo, segundo Waldron, a ambigüidade “desliza” em vagueza.

Outra fonte de ambigüidade não decorrente de homonímia resulta da existência de termos que possuem significados distintos na linguagem técnica e na linguagem natural, e, ainda, diversas variações em distintas áreas técnicas. No Direito Tributário brasileiro é comum haver um sentido técnico distinto do significado ordinário de um termo, como ocorre, por exemplo, no caso dos conceitos de “renda” e “faturamento”.

Waldron apresenta o exemplo da expressão “eficiência econômica”. Diferentes áreas da Economia podem atribuir diferentes significados ao termo “eficiência”, que pode, entre outros, significar a busca pelo equilíbrio de Pareto, a maximização da

felicidade, o custo efetivo de políticas públicas, etc. Neste caso, ele considera que a ambigüidade viracontestabilidade (*contestability*), porque o termo acaba ganhando uma dimensão valorativa (WALDRON, 1994, p. 516).

Segundo o autor, conceitos valorativos como cruel, excessivo, razoável, irrazoável, são conceitos contestáveis. (WALDRON, 1994, p. 527-59). Como definimos na seção precedente, alguns autores classificam este tipo de indeterminação linguística como sendo um caso de vagueza extensional ou vagueza em sentido estrito. Entre os exemplos mais conhecidos no Direito Brasileiro estão aqueles da garantia constitucional da duração “razoável” do processo aos litigantes em processo judicial ou administrativo (artigo 5º, LXXIII, CF/88) e da vedação de aplicação de penas “cruéis” (artigo 5º, XLVII, “e”, CF/88), bem como a referência na Lei de Tortura à expressão “intenso sofrimento físico ou mental” (artigo 1º, II, Lei nº 9.455/97), entre outros.

A seguir apresentamos um outro tipo de vagueza que decorre da complexidade dos termos cujo sentido é compreendido por relação a outros termos.

### 2.3. *Semelhança de Família*

Wittgenstein introduziu a noção de “semelhança de família” na segunda fase de sua obra, para mostrar como são construídos os significados de alguns termos da linguagem natural. A partir da comparação entre diversos tipos de práticas denominadas de jogos, tais como o Xadrez, a Paciência, o Jogo da Velha, os Jogos Olímpicos, a Ciranda, o autor observa que não há nada em comum a todos os jogos que possa defini-los. Alguns são divertidos, outros envolvem competição entre jogadores, outros dependem de raciocínio e estratégia, em outros a sorte tem grande influência, outros demandam força física, outros habilidade e precisão. Alguns se utilizam de tabuleiros, outros de cartas, outros de bolas. Um mesmo jogo pode ter mais de uma dessas características e irá compartilhá-las com alguns dos outros jogos, mas não a mesma característica com todos eles e estes também não terão uma ou mais de uma característica compartilhada com todos os demais. Mas como então podemos chamar a todos eles de jogos? A explicação é que embora não tenham sequer uma única propriedade partilhada por todos, há entre eles similaridades e relações que se cruzam e sobrepõem-se umas às outras<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> “Consider for example the proceedings that we call “games.” I mean board-games, card-games, ball-games, Olympic games, and so on. What is common to them all?—Don’t say: “There must be something

Por exemplo, um jogo A pode compartilhar as propriedades 1 e 2 com o jogo B e a propriedade 3 com o jogo C. O jogo C que compartilha a propriedade 3 com o B, também compartilha a propriedade 5 com o jogo D e a propriedade 4 com o jogo E. O jogo E, que compartilha a propriedade 4 com C, compartilha também a propriedade 2 com A e B. Não há uma propriedade partilhada por todos, mas uma espécie de rede que os conecta uns aos outros.

Segundo Waldron, estes são conceitos complexos, cujo significado é compreendido em termos de aplicação de outros conceitos. Eles têm um certo número independente de condições de aplicação. A cada ocorrência alguns deles devem ser satisfeitos, mas não todos concomitantemente. Ele oferece o exemplo de “religião”. Algumas religiões, como o Catolicismo Romano e o Islamismo partilham algumas características relevantes para serem enquadradas como religiões, tais como crença num ser superior sobrenatural, identificação de lugares sagrados, rituais e cerimônias sacras, um código moral supostamente sancionado pelo seu deus, teorias sobre a criação e fim do mundo, etc. Contudo, outros sistemas de crença podem partilhar apenas algumas destas características e mesmo assim serem chamadas de religiões, como é o caso do Budismo, em que não há uma crença em um ser sobrenatural (WALDRON, 1994, p. 518).

Este mesmo tipo de relação descrita por Wittgenstein ocorre, por exemplo, entre objetos que são nominados pelo termo geral “veículo”. Não é possível definir o que é um veículo por suas características necessárias e suficientes, pois não há uma ou algumas características comuns que todos os exemplares devam possuir para se enquadrarem no escopo do termo. Tome-se o automóvel, o caminhão, a ambulância, o barco, o navio, o avião, a motocicleta, a bicicleta. Nem todos possuem rodas. Alguns necessitam de combustível, alguns são terrestres, outros marítimos, outros voam. Alguns adquirem alta velocidade, outros não. Se tentássemos definir o conceito pela

---

common, or they would not be called 'games' "-but look and see whether there is anything common to all.-For if you look at them you will not see something that is common to all, but similarities, relationships, and a whole series of them at that. To repeat: don't think, but look!-Look, for example, at board-games, with their multifarious relationships. Now pass to card-games; here you may find many correspondences with the first group, but many common features drop out, and others appear. When we pass next to ball-games, much that is common is retained, but much is lost.- Are they all "amusing"? Compare chess with [tic-tac-toe]. Or is there always winning and losing, or competition between players? Think of patience. In ball games there is winning and losing; but when a child throws his ball at the wall and catches it again, this feature has disappeared. Look at the parts played by skill and luck; and at the difference between skill in chess and skill in tennis. Think now of games like ring-around-the-rosy; here is the element of amusement, but how many other characteristic features have disappeared! ... And the result of this examination is: we see a complicated network of similarities overlapping and criss-crossing: sometimes overall similarities, sometimes similarities of detail (Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, §66, 31e-32e.2, trad. G. M. Anscombe).

presença de rodas, o que dizer dos navios e dos aviões? Se dissermos que devem ter alta velocidade, o que dizer dos patins? Se dissermos que devem servir para o transporte e locomoção, o que dizer da bicicleta que também serve para o lazer?

Waldron aponta que a tentativa de compreensão de tais termos a partir da ideia de casos-limite exige cautela, pois nela está pressuposta uma espécie de círculo, em que os casos claros ocupam o seu núcleo e os casos-limite estão na circunferência, uma zona de penumbra onde as bordas estariam como que borradas. Contudo, refere o autor, dada a noção de semelhança de família, as pessoas podem divergir justamente em como traçar o círculo, quais as propriedades que devem ser consideradas relevantes para que uma determinada instância seja considerada um caso central ou paradigmático.

Segundo Waldron:

Estes exemplos indicam que pode ser errado considerar a vagueza como uma propriedade das palavras. Ao invés, pareceria que a vagueza é uma propriedade do significado das palavras. Se tomarmos 'significado' para conotar o modo como um termo é usado, isto sugere que a vagueza é relativa aos usuários. (WALDRON, 1994, p. 520).

Diferentemente de Russell, para quem a vagueza é uma propriedade da linguagem, Waldron considera que a vagueza de uma expressão decorre do seu uso.

### 3. O conceito de textura aberta de Waismann

Waismann cunhou a expressão *porosität der begriffe* (porosidade dos conceitos), transposta para a língua inglesa como *open texture*. No ensaio “Verifiability” (1945), o autor buscou refutar a afirmação do positivismo lógico segundo o qual “o significado de uma proposição é o seu método de verificação”. Dito de outro modo, ela deve atender ao “princípio da verificação”, é preciso conhecer o estado-de-coisas (experiência possível) que torna a proposição verdadeira.

Segundo Waismann, a tese fenomenalista de que proposições acerca de objetos materiais podem ser reduzidas a proposições acerca de dados da experiência sensível não funciona devido a uma propriedade dos conceitos empíricos que ele denomina de “textura aberta”. Não se trata de pobreza da linguagem, mas, sim, do fato de que sempre pode surgir um caso em que a aplicação do conceito ao objeto da experiência não é conclusiva. Por exemplo, diante de um animal que se parece em muitos detalhes a um gato, mas que cresceu até um tamanho gigante, resta a dúvida se as propriedades escolhidas para construção da definição do conceito são, de fato, adequadas<sup>40</sup>.

As descrições empíricas não podem ser verificadas conclusivamente porque são *essencialmente incompletas*, isto é, do ponto de vista lógico, sempre posso acrescentar um novo detalhe que não havia sido considerado. Como no exemplo do autor, à descrição da “minha mão direita” ou, ainda, das características de uma pessoa, sempre podem ser acrescentados novos detalhes. É possível descrever a mão direita declarando o seu tamanho, formato, seu tecido, componentes químicos e ossos. Mas a possibilidade de que uma circunstância não prevista venha a emergir não pode ser eliminada e este fator pode provocar a modificação da descrição anterior.

Em contraste, a descrição de objetos teóricos pode ser completa. Por exemplo, um triângulo é uma figura plana que possui três lados e nada falta a esta descrição ou poderia ser acrescentado. O mesmo se dá com relação a uma descrição acerca do jogo de Xadrez. Todos os movimentos permitidos do jogo podem ser descritos exhaustivamente. Se acrescentarmos uma nova regra ou movimento, o jogo em questão deixará de ser o Xadrez e passará a ser um outro jogo.

---

<sup>40</sup> Como aponta Brian Bix, Waismann, assim como Wittgenstein, discordava com a abordagem realista metafísica da linguagem, mas também se distanciava de muitas outras posições que haviam sido oferecidas como alternativas à metafísica realista, tais como a fenomenalista acima apresentada (BIX, 2003, p. 11).

A incompletude essencial das descrições dos objetos empíricos confere textura aberta aos conceitos de objetos empíricos. Sempre pode ocorrer um caso que coloque em dúvida a adequação da definição, por não ter sido considerada alguma característica relevante para determinar o uso do conceito<sup>41</sup>. Nas palavras de Waismann:

cada definição (empírica) se expande em um horizonte aberto (...) nenhuma definição de um termo empírico cobrirá todas as possibilidades. O resultado, então, é que a incompletude da nossa verificação está enraizada na incompletude da definição dos termos envolvidos, e a incompletude da definição está enraizada na incompletude da descrição empírica: este é um dos fundamentos por que uma proposição acerca de um objeto material p não pode ser verificada conclusivamente, nem ser resolvida em proposições S1, S2...Sn que descrevem evidências dele(WAISMANN, 1945, p. 126).

Como resume Stewart Shapiro, o argumento de Waismann pode ser explicitado da seguinte maneira:

P exhibe textura aberta se há objetos possíveis p tal que nada no uso estabelecido de P, ou em fatos não-linguísticos, determina que P se diz de p ou que P falha em se dizer de p. Na verdade, Pp é deixado em aberto pelo uso da linguagem, até então (SHAPIRO, apud SCHAUER, 2011, p. 3).

Dada a incompletude da descrição dos objetos da experiência, a principal asserção do positivismo lógico é limitada, pois não dá conta das proposições empíricas, uma vez que estas não podem ser verificadas de forma conclusiva. Assim, o significado de uma expressão não pode ser uma função da sua verificação. Em um certo sentido, segundo Waismann, “dar a verificação de uma proposição é uma parte importante de dar o seu uso, ou colocado de modo diferente, explicar sua verificação é uma contribuição para a sua gramática”.<sup>4243</sup>

---

<sup>41</sup> Em outro trecho ele afirma; “porque nunca podemos eliminar a possibilidade da emergência de algum fator não previsto, o processo de definir e reinar uma ideia, para atender a cada novo fator ‘continuará sem jamais atingir o estágio final’ (Waismann, 1949, p. 120).

<sup>42</sup> Waismann está aqui adotando o conceito de gramática de Wittgenstein, segundo a qual cada língua é constituída por um conjunto (incompleto) de regras ou padrões para o uso correto de uma expressão e que determinam o sentido das proposições em razão da sua relação lógica com outras proposições. A gramática de uma língua estabelece o que faz sentido dizer naquela língua. Embora objeto de controvérsia, segundo diversos intérpretes, o Segundo Wittgenstein manteve uma concepção normativa da linguagem, como uma atividade guiada por regras, ainda que em um sentido amplo, expresso na ideia de *jogos de linguagem*.

<sup>43</sup> A origem da noção de textura aberta é normalmente identificada com o conceito de “hipótese” formulado por Wittgenstein em seus escritos intermediários. Brian Bix enxerga reflexos também no pensamento da segunda fase, apesar de que *Philosophical Investigations* (1953) tenha sido publicada 08 anos após o ‘*Verifiability*’ de Waismann.

Gordon Baker e Peter Hacker (1980), no entanto, sustentam que a noção de Waismann de textura aberta é contraditória com as ideias do Segundo Wittgenstein. A noção de textura aberta, ligada à noção de

#### 4. Hart e os problemas de penumbra

É possível encontrar discussões acerca da indeterminação semântica pulverizadas em diversos trabalhos de Hart, ainda que na maioria dos casos esse não tenha sido o foco principal. Esta abordagem surge em meio a críticas a concepções formalistas das decisões judiciais e quando da análise da forma de construção de definições de conceitos jurídicos.

A referência à vagueza dos conceitos jurídicos aparece na Seção I do primeiro ensaio publicado de Hart, o “The Ascription of Responsibility and Rights” (1949). Não há no Direito inglês, observa Hart, uma definição explícita de termos jurídicos como “contrato” ou “invasão”. Os juízes têm que examinar os casos passados para saber se a situação presente assemelha-se àquelas enfrentadas nos precedentes, identificando a *ratio decidendi*. Segundo o autor, “isto importa aos conceitos jurídicos uma vagueza de caráter que é muito frouxamente controlada pelas tradições judiciais de interpretação” (HART, 1949, p. 173). Assim, diante de perguntas do tipo “O que é um contrato?”, “O que é uma invasão?”, são inadequadas as definições do tipo que traduzem as expressões jurídicas em outros termos que apontem condições necessárias e suficientes.

Nesse texto, Hart está tratando da forma de operação e construção do significado dos conceitos nos sistemas da *common law*, em que a delimitação do escopo de aplicação de um conceito jurídico depende de uma atividade de extração do seu significado a partir dos fundamentos das decisões judiciais anteriores em que o conceito foi (ou deixou de ser) aplicado.

A questão recebeu tratamento mais longo no “Positivism and the Separation of Law and Morals”(1958), ensaio em que o autor aborda alguns dos principais temas que foram retomados em *The Concept of Law*. Na Seção III, Hart apresenta a crítica do realismo jurídico norte-americano ao formalismo de regras. Segundo ele, os realistas tiveram um importante *insight* sobre o que ocorre de fato na prática das cortes e nas decisões judiciais, ao perceberem que há traços da linguagem e do pensamento humano

---

hipótese, entendida como proposições não passíveis de verificação, está presa, segundo eles, ao vocabulário verificacionista que vai até a fase intermediária do autor austríaco. Na sua obra de maturidade há um abandono do quadro conceitual anterior. A ideia de que os enunciados empíricos recebem seu significado exclusivamente nos *jogos de linguagem* a que pertencem, afasta por si só a discussão acerca de condições necessárias e suficientes para uma definição e torna sem sentido falar em determinação e indeterminação da linguagem. Carpentier concorda em parte que Waismann estaria interpretando a textura aberta da mesma forma que Wittgenstein entendia a noção de hipótese. Contudo, ele apresenta uma leitura conciliadora entre a leitura de Bix e a de Baker e Hacker (Carpentier, 2013: 516-18).



que tornam insustentável a reivindicação de um caráter exclusivamente lógico-dedutivo ao Direito e que, muitas vezes, o julgador cria leis, ainda que juízes e teóricos busquem disfarçar tal fato com explicações do tipo que ao assim proceder, os juízes estão apenas “descobrimo” a vontade do legislador.

Neste ensaio, Hart está nitidamente referindo-se também à indeterminação que ocorre nos casos em que há uma formulação verbal da regra (legislação positivada), como no já notório exemplo da “regra que proíbe veículos no parque”.

A incerteza ocorre nos casos situados na chamada “zona de penumbra”, que se afastam do núcleo de significado estabelecido do termo geral. São aqueles objetos e situações fáticas que se mostram à experiência e cuja classificação não é ausente de dúvida. Não é possível saber de modo conclusivo e automático se os conceitos ou as regras podem ser aplicados ou devem ser sumariamente rejeitados. Em se tratando de relações ou situações jurídicas, é necessário que alguém, dotado de competência segundo as regras do ordenamento jurídico em questão, decida acerca da aplicabilidade ou não de uma regra a fatos, condições e situações particulares. É importante perceber que ainda que Hart reconheça valor na crítica realista ao formalismo, ele não está sustentando uma tese de indeterminação radical ou uma defesa de um poder discricionário absoluto.

Deve haver um núcleo de sentido estabelecido, mas haverá, também, uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais os termos nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartados. Cada um desses casos apresentará algumas características em comum com o caso padrão; e não apresentará outras, ou será acompanhado por outras características não presentes no caso padrão. A invenção humana e os processos naturais continuamente trazem essas variações àquilo que é familiar, e se devemos dizer que essas séries de fatos se enquadram ou não nas regras existentes, então aquele que as classifica deve tomar uma decisão que não lhe é ditada (por outrem), pois os fatos e fenômenos aos quais empregamos nossos termos e aplicamos nossas regras são como se fossem mudos. (...) As situações fáticas não nos aguardam nitidamente rotuladas, passadas e dobradas, nem trazem escrita em si sua classificação jurídica para que o juiz simplesmente a leia (HART, 1958, p. 607).

Neste ensaio, o argumento dos problemas de penumbra apareceu em meio à defesa do positivismo jurídico, mais especificamente do pensamento de John Austin e Jeremy Bentham. Segundo Hart, os utilitaristas, a quem ele chama de “analíticos”, não são atingidos pela crítica dos realistas, pois não estavam comprometidos com as teses formalistas a eles erroneamente atribuídas. Como alerta Hart, Austin “estava muito

atento ao caráter da linguagem, à sua vagueza ou caráter aberto, ele pensava que em uma situação de zona de penumbra, os juízes devem necessariamente legislar” (HART, 1958, p. 609).

Em *The Concept of Law*, Hart emprega, pela primeira vez em sua obra, o termo “textura aberta”, predicando-o indiscriminadamente de conceitos, de regras e de proposições jurídicas. Em nota, expressamente reconhece ter emprestando esta ideia de Waismann (HART, 2012, p. 297).

O tema é introduzido brevemente ao final do Capítulo VI do *CL*, que trata dos fundamentos de um sistema jurídico. Hart afirma que a indeterminação semântica que atinge as bordas dos termos gerais constantes de todas as regras jurídicas:

Todas as regras envolvem reconhecer ou classificar casos particulares como instâncias de termos gerais, e no caso de tudo aquilo que estamos preparados a chamar de uma regra, é possível distinguir casos centrais claros, onde ela certamente se aplica e outros nos quais há razões tanto para afirmar quando para negar que ela se aplica. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida quando estamos comprometidos em encaixar situações particulares em regras gerais. Isto transmite a todas as regras uma borda de vagueza ou de ‘textura aberta’, e isto pode afetar a regra de reconhecimento que especifica o critério último usado na identificação do Direito assim como uma lei particular (HART, 2012, p. 123).

Este contraste entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida é apresentado como ineliminável, ou seja, é uma tendência que pode atingir todas as regras, inclusive a regra de reconhecimento.

Após esta primeira abordagem, o tema é desenvolvido com maior fôlego no Capítulo VII, intitulado “Formalismo e Ceticismo de Regras”. O autor parte de uma tese acerca da importância da comunicação de padrões jurídicos para uma tese acerca dos limites da linguagem natural.

A transmissão de padrões jurídicos deve atender à generalidade, isto é, deve referir-se a classe de pessoas, de atos, de circunstâncias, para que sirva de instrumento de controle social e não como simples comandos individuais, ressalta Hart. Do sucesso dessa comunicação depende o Direito. Sem que seja possível esta transmissão eficaz na maior parte dos casos, o Direito, compreendido em sua função de guia de conduta, terá falhado e a própria estabilidade do sistema jurídico estará ameaçada.

Existem, segundo Hart, dois tipos de estratégias para a comunicação de padrões de conduta, a saber, os exemplos e as formulações verbais expressas. Os primeiros equivalem, no Direito, aos precedentes judiciais dos sistemas da *common law*, e as segundas, às leis positivadas e estatutos, característicos dos sistemas jurídicos continentais (Hart, 2012, p. 124).

Em linhas gerais, o argumento da indeterminação semântica pode ser assim resumido: a comunicação de padrões jurídicos, seja ela por meio de precedentes, seja por meio de leis escritas, sempre pode padecer de algum grau de incerteza, porquanto em algum momento do raciocínio jurídico a aplicação da regra dependerá do significado atribuído a termos gerais, isto é, que seja delimitado o seu escopo de aplicação. Dada a propriedade da linguagem natural identificada como textura aberta, que ocorre nas bordas dos conceitos onde seu significado não é claro, sempre poderão surgir casos em que não é possível afirmar com certeza que ele subsume-se à regra. A estes casos, Hart chama de fronteiros ou casos-limite, aqueles que recaem na chamada zona de penumbra da extensão do conceito <sup>44</sup>. A seguir, apresento uma explicação mais detalhada.

#### 4.1.A indeterminação dos precedentes judiciais

O uso dos precedentes como meio de comunicação de padrões jurídicos é, já à primeira vista, mais problemático, porquanto não há uma formulação verbal da regra, o que exige do aplicador a extração da *ratio decidendi* do caso paradigma e isto, em si, já exige um certo processo de escolha ou seleção de aspectos pertinentes.

Hart ilustra a comunicação por meio de exemplos com a situação em que um pai leva o filho à igreja, retira o chapéu ao entrar e diz ao menino “faça como eu”. Esta ordem não é conclusiva porque o padrão pode ser compreendido de diversas maneiras. Ele pode indagar-se de que forma sua própria conduta deve se igualar à do pai, se, por exemplo, faz diferença retirar o chapéu com a mão esquerda ou com a direita, se a velocidade da ação tem alguma importância, se pode recolocar o chapéu dentro da igreja ou se deve, ainda, repousá-lo sobre o assento (HART, 2012, p. 125).

O autor pretende mostrar que mesmo práticas sociais arraigadas historicamente podem gerar incerteza em alguma medida. Esta analogia com o uso judicial dos casos

---

<sup>44</sup> Cabe anotar que no caso dos precedentes, há uma cristalização do seu conteúdo extraído das *rationes decidendi* na forma de uma ementa, o que se aproxima das formulações canônicas das leis.

precedentes, ainda que bastante simplificada, revela o tipo de incerteza que pode surgir na sua aplicação. Os precedentes judiciais nada mais são que exemplos dotados de autoridade. Por questões inerentes a forma de raciocínio analógico, apresentadas no Capítulo I desta dissertação, a incerteza que surge no processo de tomada de decisão a partir de precedentes é de maior grau. Há uma dificuldade adicional que reside na própria formação da premissa maior do silogismo. O aplicador precisa olhar para o precedente e extrair uma generalização sobre os fatos que motivaram a decisão anterior para então construir mentalmente o antecedente da regra (o equivalente ao antecedente das regras expressamente formuladas). O sucesso desse processo depende, pois, da seleção dos fatos relevantes, o que já pode ser objeto de disputa entre diferentes intérpretes. Ultrapassada esta etapa, surge o próximo desafio que é comparar as características factuais juridicamente relevantes do caso presente com aquelas extraídas do caso anterior. Por óbvio, não se exige uma relação de identidade absoluta. Sempre haverá alguns pontos de semelhança e outros de diferença. A questão é saber se a pertinência da semelhança é racionalmente sustentável de modo a permitir a aplicação da mesma solução normativa ou se as diferenças são relevantes a ponto de permitir uma solução diversa.

Noel Struchiner sintetiza com propriedade a problemática envolvida na aplicação de precedentes:

A grande dificuldade encontrada na aplicação dos precedentes judiciais reside na questão sobre as semelhanças necessárias e suficientes entre os casos anteriores e o caso presente para que a mesma decisão possa ser tomada. No raciocínio por meio dos precedentes não existe uma formulação explícita de uma generalização canônica como existe nas regras escritas. (...) O raciocínio analógico por si só não determina de forma clara como a semelhança entre casos deve ser estabelecida, apenas que se a semelhança for estabelecida, os casos devem receber o mesmo tratamento (STRUCHINER, 2001, p. 32).

Tais questões, aliadas a distintas concepções acerca da própria “teoria dos precedentes”, que podem variar ao longo do tempo e em diferentes sistemas jurídicos, leva Hart afirmar que a comunicação por precedentes traz indeterminações de um tipo mais complexo. Segundo o autor, “mesmo os termos chave usados na teoria, *ratio decidendi*”, ‘fatos materiais’, interpretação’, têm sua própria penumbra de incerteza” (HART, 2012, p. 134).

#### 4.2.A indeterminação da legislação positivada

A ideia de que a existência de uma formulação verbal da regra garante a certeza da sua aplicação, por comparação aos precedentes, foi uma ideia bastante difundida na Teoria do Direito e ainda estava em evidência na época em que Hart publicou *The Concept of Law*. Muitos autores acreditavam que a segurança jurídica é garantida nos casos em que há leis ou estatutos que descrevam as condutas permitidas, proibidas ou exigidas. Para saber se uma lei se aplica a um determinado caso concreto bastaria atentar para seu enunciado e inferir a conduta esperada. Seria este o caso se na situação do exemplo anterior, houvesse uma regra tal como “todo homem deve retirar o chapéu ao entrar em uma igreja”.

O ponto de Hart é que esta é uma visão ingênua (HART, 2012, p. 126). A suposta maior clareza e certeza, por comparação aos precedentes, é apenas aparente, porquanto aplicar uma regra sempre envolve o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais. Assim, a ideia de que é possível uma aplicação automática, por meio de um silogismo não se sustenta, porquanto a lógica nada diz acerca do mundo.

Mesmo no caso de regras escritas resta uma zona de penumbra que impõe seja feita uma escolha entre alternativas abertas. Segundo Hart, “em todas as áreas da experiência, não apenas naquela das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 2012, p. 126).

Diante de tal quadro, a existência de cânones de interpretação apenas diminui, mas não elimina as incertezas, uma vez que eles também empregam termos gerais. Os cânones servem para indicar os casos claros, assim como as demais regras, mas não eliminam a possibilidade de casos de penumbra, porquanto a natureza ou a invenção humana estarão constantemente dando causa a situações fáticas inusitadas que se assemelharão apenas em parte com o caso padrão dos conceitos, o que demandará uma tomada de decisão. Assim, a utilidade dos termos gerais depende também da existência de casos familiares, geralmente indisputáveis, assinala Hart.

Nos casos em que a aplicação da lei não é clara, a formulação verbal da regra pode servir apenas de orientação, assinalando um exemplo vinculante constituído pelo caso evidente, de um modo muito semelhante, ao fim e ao cabo, ao procedimento que adota o uso do precedente judicial, pois o juízo acerca da aplicação da regra terá de

examinar se o caso presente assemelha-se *suficientemente* ao caso paradigma em seus aspectos *relevantes*. Assim, da mesma forma que ocorre com os precedentes, haverá espaço para discricionariedade, ainda que a escolha não seja arbitrária ou irracional (HART, 2012, p. 127).

A decisão de aplicação de uma regra com formulação verbal expressa não é, portanto, apenas resultado de um silogismo automático. Antes de tudo é necessário que aquele que decide seja capaz de mostrar que há uma relação de semelhança, entre o caso em análise e o caso padrão da aplicação do conceito, que é tanto “relevante do ponto de vista legal” quanto “suficientemente estreita”. Um juízo que leve em conta critérios de relevância e estreiteza de semelhança e que seja capaz de equilibrar outros fatores complexos como os objetivos ou propósitos da regra é uma decisão amparada em uma justificativa razoável e este processo deliberativo é, justamente, o que há de próprio no raciocínio jurídico, como refereo autor (HART, 2012, p. 127).

Para explicar a formação do significado dos conceitos do tipo de “veículo”, Hart, segundo Brian Bix, utiliza uma “mistura entre uma abordagem criteriológica e uma paradigmática” (BIX, 2003, p. 09). Quando uma regra é criada, tem-se em mente casos padrão, por exemplo, de veículo. Diante de um caso não previsto, é necessário olhar para o caso claro e indagar quais são os critérios que permitem delimitar sua extensão para então analisar se o caso particular é semelhante no que toca às propriedades relevantes.

Assim, ambos os tipos de meio de comunicação de padrões jurídicos possuem a propriedade da textura aberta, porquanto estão sujeitos a casos não claros em que sua aplicação é incerta:

Qualquer que seja o meio escolhido, o precedente ou a legislação, para a comunicação dos padrões de comportamento, estes, ainda que operem facilmente na grande massa dos casos comuns, em algum ponto onde sua aplicação esteja em questão, revelar-se-ão indeterminados; terão o que tem sido denominado textura aberta. Até aqui apresentamos isso, no caso da legislação, como uma característica da linguagem humana; a incerteza nas bordas é o preço a ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que concerne questões factuais (HART, 2012, p. 127-28).

É possível perceber que há uma variação de vocabulário na obra de Hart e os casos de penumbra ora aparecem referidos como casos de vagueza, ora são descritos como característicos da textura aberta. Tampouco há uma definição clara do conceito de

textura aberta e se este se distingue do que ele denomina textura aberta do Direito, título da primeira seção do Capítulo VII. As próximas seções serão dedicadas a estas questões.

## 5. Hart e Waismann falavam sobre a mesma coisa?

Não obstante os créditos reconhecidos por Hart a Waismann pela ideia de “textura aberta”, diversos autores têm apontado para distinções entre o conceito de um e de outro, bem como para uma aparente confusão entre os conceitos de vagueza e textura aberta na obra de Hart.<sup>45</sup>

Segundo Brian Bix, a ideia de textura aberta de Hart é substancialmente diferente da ideia de Waismann, e o fato de tais diferenças terem sido subestimadas causou confusões e má-compreensão acerca do real sentido de sua teoria. Ao aplicar o termo “textura aberta” alternadamente para termos, proposições e regras, Hart acabou sendo pouco cuidadoso ao descrever o escopo da ideia. Ele aponta para uma “tensão” no conceito de Hart e a atribui ao fato de que o autor estava adaptando uma análise de termos descritivos usados pela linguagem natural para uma análise de termos prescritivos constantes das regras e tendo em mira sua aplicação:

Waismann esta escrevendo acerca da linguagem em geral; Hart estava escrevendo sobre a linguagem no contexto do Direito – em particular, no contexto de aplicação e interpretação de regras – e os problemas aos quais suas ideias responderam derivam deste contexto(BIX, 2003, p.19).

Os exemplos dados por Waismann para ilustrar a textura aberta soam extremos e mesmo implausíveis. Mas, segundo ele, não são logicamente impossíveis. A ideia do autor é, nitidamente, enfatizar esse caráter extraordinário da concepção de textura aberta da linguagem, como no seguinte excerto:

Suponha que eu tenha que verificar uma proposição como ‘há um gato no quarto ao lado’. Suponha que eu vá até o quarto, abra a porta, olhe para dentro e veja, de fato, um gato. Isto é suficiente para provar minha proposição? (...) E se, por exemplo, o que eu deveria dizer quando a criatura mais tarde adquire um tamanho gigante? (...) Eu deveria, em caso assim, dizer que uma nova espécie passou a existir?

---

<sup>45</sup> Schauer (2011), Fine (1975), Marmor (2005)

Ou que era um gato com propriedade extraordinárias? (WAISMANN, 1945, p. 121)

Sempre pode haver, portanto, casos em que não é possível uma verificação conclusiva. E esta tendência não pode ser eliminada nem mesmo em conceitos científicos que, a princípio, estão perfeitamente definidos, como no caso do exemplo do elemento químico “ouro”:

A noção de ouro parece estar definida com absoluta precisão, digamos pelo espectro do ouro com suas linhas características. Agora o que você diria se fosse descoberta uma substância semelhante ao ouro, que satisfizesse todos os testes químicos para ouro, ao passo que emitisse um novo tipo de radiação? (WAISMANN, 1945, p. 122)

O ponto que Waismann parece querer ressaltar é que, ainda que não aconteçam, estas coisas poderiam acontecer. Esta postura denota, assim, uma espécie de ceticismo.

A forma como cada autor concebeu a textura aberta fica mais clara se traçarmos um paralelo entre verificação e aplicação. Termos gerais empíricos podem ser verificados, ainda que não possam sê-lo conclusivamente. Proposições descritivas (inclusive as jurídicas) também podem ser verificadas. Contudo, regras jurídicas não são verificadas, mas aplicadas. A textura aberta como definida por Hart diz respeito à aplicação da regra. Esta é uma adaptação necessária da teoria quanto transposta da Filosofia da Linguagem para a Filosofia do Direito, em razão das características próprias deste domínio teórico normativo. Nesse sentido, assinala Bix:

Eu não penso que a conclusão de Hart acerca da indeterminação parcial – na minha visão sumarizada, mais do que baseada na ideia de “textura aberta” – derivasse de uma visão da linguagem tanto quanto de uma visão de como as pessoas criam e pensam sobre regras. Hart não estava preocupado em criar, elaborar ou defender uma Filosofia geral da linguagem em particular. Sua preocupação era (descritiva e prescritivamente) com o modo como que as regras são aplicadas e o modo como deveriam ser aplicadas. Hart não provou a partir da natureza da linguagem que os juízes devem ter discricionariedade; antes, ele deu razões pelas quais os textos deveriam ser interpretados de modo a deixar aos juízes discricionariedade ao aplicar a lei (BIX, 1991, p. 65-66).

A discrepância entre as concepções dos autores explica-se, portanto, em razão da natureza distinta dos objetos de estudo de cada um. Enquanto Waismann investigou o comportamento da linguagem comum, a Hart interessava, sobretudo, explicar o que acontece quando da aplicação das regras. Assim, foi necessária uma adaptação da teoria



de Waismann de modo a dar conta de dois pontos: (1) descrever o que ocorre quando uma regra é aplicada e porque é uma virtude do Direito que exista tal espaço para a discricionariedade judicial; (2) afastar o ceticismo do tipo em que Waismann está implicado.

Outra questão a ser apontada é que Waismann expressamente distingue “vagueza” de “textura aberta” e isto não está tão claro na obra de Hart. O exemplo de vagueza apresentado por Waismann é um caso clássico de paradoxo sorites, o que torna evidente que está utilizando o sentido estreito de vagueza. É vago, segundo ele, um termo como “monte”. Não há um limite claro entre aquilo que é um monte e aquilo que não é um monte. Quantos grãos de areia são suficientes para dizer que existe um monte? E, supondo-se que tenhamos um monte e que vamos retirando seus grãos gradativamente, em que momento o monte deixará de ser um monte? Para o autor, a vagueza é, teoricamente, eliminável (por estipulação). Segundo ele, não há motivo de ordem lógica que impeça que sejam dados maiores detalhes acerca do objeto ao qual o termo geral se refere.<sup>46</sup> Enquanto a vagueza pode ser reduzida na medida em que são oferecidas noções mais precisas, a textura aberta não. Como afirma o autor, a textura aberta é algo como a “possibilidade de vagueza” (WAISMANN, 1945, p. 123).

Apontando para distinções entre as teorias de um e outro autor, Schauer afirma que Hart concebe a textura aberta como um rótulo da “vagueza atual que cerca as aplicações determinadas de termos parcialmente não vagos”, e não de uma vagueza potencial, tal como compreendida por Waismann (SCHAUER, 2001, p. 05). Ele extrai tal conclusão a partir do exemplo dos veículos no parque, em que, para Hart, os patins são um caso que exhibe a textura aberta da regra proibitiva, por contraste aos casos paradigmáticos (carros, ônibus, motocicleta).

Carpentier aborda a questão sobre outro viés. Segundo o autor, “veículo” não é um tipo de conceito parcialmente definido, no sentido de que as propriedades pertinentes para saber se algo é uma instância do conceito estão fixadas na linguagem. Ele é um termo genérico “definido por semelhança de família”. Deste modo, ao dizer que o termo “veículo” tem textura aberta, Hart não está utilizando a mesma idéia de Waismann, pois esta não pressupõe uma indeterminação inicial do conceito. Tome-se o exemplo do gato. As propriedades para que algo seja um gato são comumente conhecidas, o que é diferente de dizer que todas as propriedades pertinentes podem ser

---

<sup>46</sup>Alguns autores discordam da possibilidade de eliminar a vagueza, entre eles: WALDRON (1994, p. 522-526), DUMMETT (1978, p. 158).

especificadas antecipadamente. Quando sobrevém um caso-limite, como o caso de um gato que cresceu a um tamanho gigante, não se trata de saber se este é uma espécie de gato (como no caso dos patins, em que se pergunta se é um tipo de veículo), mas de saber se esta nova característica é ou não pertinente à construção da definição do conceito de “gato”. Se a resposta for afirmativa, devo redefinir o conceito, de modo a contemplar esta nova característica.

A partir das noções de Kit Fine de vagueza intensional e vagueza extensional<sup>47</sup>, Carpentier apresenta uma distinção bastante elucidativa: a textura aberta de Waismann é uma “vagueza intensional potencial”, enquanto que a textura aberta de Hart é uma “vagueza intensional real”. Em Waismann o caso-limite exhibe uma propriedade excepcional que coloca em dúvida se as propriedades escolhidas para a definição do significado do conceito são pertinentes e, por extensão, torna vago um conceito que, de início, não o era. Diante de um gato gigante, não se sabe se tal propriedade é pertinente para a definição do conceito. Como sempre pode surgir um novo fator não antevisto, não é possível construir uma definição completa de um termo empírico, assim é que “o processo de definir e refinar uma ideia continuará sem que jamais chegue a um estágio final” (WAISMANN, 1945, p. 125). Em Hart, o conceito era indeterminado desde o início e o caso-limite coloca em dúvida se é o caso de sua aplicação ou não (CARPENTIER, 2013, p. 526).

O que varia em uma e outra teoria é, assim, a função que ocupam os casos-limite:

(...) os casos-limite em Hart têm uma função diferente daquelas que ocupam em Waismann, na medida em que a textura aberta [de Waismann] faz com que um caso não seja central até que sobrevenha um caso limite – a possibilidade de um caso limite coloca em dúvida o fato que se possa verificar de maneira conclusiva *todo* enunciado empírico, e por consequência que um caso claro seja um caso *definitivamente* claro. Em Hart, ao contrário, a ocorrência de casos-limite não impede absolutamente que exista os casos claros e que seu estatuto não seja colocado em questão. Está é também a razão pela qual não há mais que uma diferença de grau entre as regras dotadas de textura aberta [Hart] e os “padrões variáveis”, isto é, as regras que empregam os termos valorativos tais como “razoável”: a diferença é que bastante fácil de prever de antemão os casos claros, paradigmáticos de “veículo”, enquanto que a definição de casos claros de “razoável” – que existem – é muito largamente condicionada à uma série de elementos contextuais ou pragmáticos que não podem ser determinados antecipadamente. (CARPENTIER, 2013, p. 529).

---

<sup>47</sup> Ver Seção 2 (2.1) deste Capítulo.

Bartoz Brožek vê no conceito de textura aberta a ideia de revisibilidade<sup>48</sup>. Segundo ele, “revisibilidade e textura aberta parecem ser dois lados da mesma moeda” (Brožek, 2004, p. 38). Creio que esta aproximação fica clara quando compreendemos o conceito de textura aberta em termos waismannianos, tais como expostos supra. Contudo, esta comparação se perde no conceito de Hart. E é desejável que seja assim, para escapar do tipo de ceticismo no qual Waismann está implicado.

\* \* \*

As críticas quanto à existência de ambigüidades na linguagem utilizada por Hart encontram algum suporte no texto. O autor, de fato, ora parece considerar vagueza e textura aberta como sinônimos intercambiáveis, ora como conceitos distintos. Discorrendo acerca do problema da classificação de casos particulares em termos gerais, Hart conclui que esta dificuldade transmite a “todas as regras uma borda de vagueza ou de ‘textura aberta’”(HART, 2012, p. 123). Pelo exame isolado deste trecho, não resta claro se a conjunção coordenativa “ou” está sendo usada para indicar dois modos de dizer a mesma coisa ou de modo exclusivo.

Apesar da pouca acuidade quando do emprego dos termos vagueza e textura aberta em algumas passagens, creio que é possível afirmar que Hart compreendia a diferença entre tais tipos de indeterminação semântica. No Capítulo I de *The Concept of Law*, Hart é explícito em afirmar que há dois tipos de caso-limite. Um deles é aquele que ocorre em termos do tipo “careca”, em que a distinção entre o caso-limite e o caso claro ou paradigmático é uma questão de grau. Em outro tipo, o caso-padrão se caracteriza por ser um complexo de elementos e um ou alguns podem estar faltando no caso em disputa. Hart indaga “um hidroavião é uma ‘embarcação’”?

Como observa Carpentier, “a primeira série de casos corresponde a isto que é chamado de “vagueza” na literatura técnica; a segunda série de casos corresponde àquilo que Hart chama de textura aberta” (HART, 2013, p. 527).

Todas estas questões consideradas, entendo que a suposta ambigüidade apontada no trecho que afirma que o caráter ineliminável da dualidade entre núcleo e penumbra transfere a “todas as regras uma borda de vagueza ou de textura aberta” se desfaz. Hart está usando tais termos como distintos. As regras podem tanto conter termos vagos extensionalmente (vagueza *stricto sensu*), quanto termos vagos quanto à

---

<sup>48</sup> A distinção entre revisibilidade e derrotabilidade consta da nota 14 do Capítulo I.

sua intensionalidade (textura aberta). Esta visão é corroborada nos exemplos apresentados no Capítulo VII. Além do exemplo do “veículo”, que é um tipo de conceito definido por semelhança de família, Hart também apresenta o exemplo da noção de “devido cuidado”, um termo avaliativo que, como visto, também dá origem a sorites. Em conclusão, nos textos anteriores a *The Concept of Law* o autor não parece deixar tão claro que concebe a existência de mais de um tipo de caso-limite que recai na zona de penumbra, ponto que a meu juízo foi superado.

Creio que tais constatações é o que levou Brian Bix a afirmar que o argumento do “Positivism...” em que Hart apresentou o problema da incerteza na zona de penumbra foi uma formulação inicial da teoria da textura aberta (BIX, 2003, p. 29).

## 6. A textura aberta do Direito em Hart

O termo textura aberta aparece diversas vezes ao longo do Capítulo VII. No próprio título da primeira seção, assim como em outras ocorrências, ele refere-se à textura aberta do Direito. Uma questão a ser formulada é se ao referir-se à textura aberta do Direito Hart estava apresentando um outro conceito ou se tratava apenas de uma referência à textura aberta da linguagem aplicada ao Direito.

A leitura defendida neste trabalho é que a teoria da textura aberta do Direito, apresentada na primeira seção do Capítulo VII do CL, é um conceito mais amplo que o de textura aberta da linguagem.<sup>49</sup> 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.

Cabe reter da reconstrução do argumento que apresentei na Seção 4 deste Capítulo que, após discorrer acerca do processo de aplicação dos precedentes e da legislação positiva, Hart conclui que ambas as formas de comunicação de padrões jurídicos estão sujeitas a esta tendência à indeterminação, ainda que sejam aplicados com tranquilidade na maioria dos casos ordinários. Tanto os precedentes, quanto a legislação positivada “terão o que tem sido chamado de uma *textura aberta*” (HART, 2012, p. 128).

---

<sup>49</sup> Encontrei em Carpentier a ideia de maior amplitude do conceito hartiano por comparação a Waismann. Ele aponta que “Hart retoma a dualidade núcleo/penumbra para englobar, sob a apelação de “textura aberta”, uma *série de fenômenos de indeterminação da linguagem que não são estritamente idênticos*” (Carpentier, 2013, p. 528). A leitura que defendo partilha desta mesma percepção, sustentando que o autor também está tratando da derrotabilidade, como restará mais claro ao longo deste Capítulo.

Até este ponto é bastante claro que Hart está desenvolvendo um argumento cujo ponto de partida é uma tese acerca da indeterminação. A partir de então o argumento começa a ganhar novo enfoque.<sup>50</sup> O autor passa a defender que uma certa indeterminação normativa não é apenas algo inerente e inexorável em razão das limitações do uso da linguagem, como é também uma vantagem. Segundo ele, uma regra totalmente fechada, que não permitisse qualquer tipo de escolha nova (*fresh choice*) não deve ser desejada nem mesmo idealmente (HART, 2012, p. 128).

O movimento argumentativo ultrapassa a tese acerca dos limites da linguagem para, então, desenvolver uma tese acerca das exceções às regras que surgem diante de casos excepcionais e/ou circunstâncias não antevistas, que tornariam o resultado da regra não satisfatório ou até mesmo absurdo.

O ponto de Hart é que em função de limites inerentes à cognição humana, por melhor que seja a intenção e técnica do criador de uma regra, ela jamais será adequada a dispor satisfatoriamente acerca de todos os casos particulares. “Somos homens, e não deuses”, alerta o autor (HART, 2012, p. 128). Uma regra inflexível tal como sonhada pelos formalistas poderia resultar em um preço alto demais a ser pago em troca da segurança jurídica. Acerca dos impedimentos à criação de uma regra em tais termos ele afirma:

O primeiro obstáculo é nossa relativa ignorância dos fatos: o segundo é nossa relativa indeterminação de objetivo. Se o mundo no qual vivemos fosse caracterizado apenas por um número finito de traços, e estes juntamente com todos os modos nos quais eles pudessem se combinar fossem conhecidos de nós, então a provisão poderia ser feita de antemão para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras, cuja aplicação a casos particulares nunca solicitasse uma escolha adicional. (...). Este seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’.

Certamente este mundo não é o nosso mundo; legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta inabilidade de antecipar traz consigo uma relativa indeterminação de objetivos (HART, 2012, p. 128).

Hart está indicando que o que ele denomina textura aberta do Direito tem causa não apenas na indeterminação semântica, mas também decorre do que ele chama de

---

<sup>50</sup> Carpentier aponta esta mudança de rumo: “parece que Hart desliza, ao longo da primeira seção do Capítulo VII de uma concepção linguística a uma concepção normativa da textura aberta.” (Carpentier, 2013, p. 529).

deficiências(*handicaps*) da capacidade cognitiva humana, a saber: a” relativa ignorância dos fatos”e a “relativa imprecisão de nossos objetivos”.

O autor retoma o exemplo dos veículos para ilustrar esse ponto. Uma regra que proíbe entrada de veículos no parque foi concebida tendo em mente alguns casos paradigmáticos (o automóvel, o ônibus, a motocicleta) e visando uma finalidade inicial, a saber, a manutenção da tranqüilidade naquele espaço. Contudo, o surgimento de um *caso não antevisto* pode dar lugar a um conflito de interesses que exigirá uma escolha. Por exemplo, diante de um carro elétrico de brinquedo, haverá uma disputa entre a preservação da tranqüilidade e o prazer e diversão das crianças. A escolha de um dos interesses tornará a finalidade inicial da regra mais determinada e com isso também o significado do termo “veículo” para os propósitos desta mesma regra (HART, 2012, p. 129).

Este movimento abre terreno para a reintrodução da noção de derrotabilidade, apesar de que, pelos motivos já ponderados no Capítulo I, o autor tenha optado por não retomar o uso deste termo. As regras devem comportar exceções e isto é, em si, uma virtude. A incapacidade humana de antever todas as hipóteses que podem se mostrar à experiência em um mundo que não cessa de apresentar novos fenômenos e combinações factuais impede que nossos objetivos possam ser determinados previamente em todos os casos e isto torna legítima uma concepção de regras como sujeitas a exceções:

De outro lado, até que tenhamos colocado o objetivo geral de paz no parque em conjunção com aqueles casos em que não, e talvez não pudéssemos, antevisto inicialmente (...) nosso objetivo é, nesta direção, indeterminado. Não estabelecemos porque não havíamos antecipado, a questão que será levantada pelo caso não antevisto quando ele ocorrer (...) (HART, 2012, p. 129).

O tema das exceções é retomado mais adiante na Seção I. Discorrendo acerca do uso dos precedentes no Direito inglês, Hart refere que, em alguns casos, as cortes podem reduzir ou ampliar o escopo da regra extraída dos casos passados a que estão vinculadas. No primeiro caso, ao olhar para a *ratio decidendi* do precedente, a Corte mostrar que há no caso presente um aspecto relevante do ponto de vista jurídico, que o distingue do precedente, e que serve de justificativa para a admissão de uma exceção. No segundo, a corte pode chegar à conclusão que é o caso de afastar alguma restrição constante do precedente e que não se justifica no caso particular. Ambos são, para Hart, “tipos de atividade criativa ou legislativa” que é dada às cortes apenas nos casos

deixados em aberto, isto é, em que é possível apresentar justificativas relevantes do ponto de vista jurídico, seja para distinguir, seja para ampliar a extensão do caso paradigma. Dessa atividade resulta, ao longo do tempo, o surgimento de um corpo de regras muito semelhante às leis positivadas.

A textura aberta do direito significa que há, de fato, áreas de conduta em que muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelas cortes ou oficiais aos sopesar, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso de caso a caso(HART, 2012, p. 135).

Contudo, na grande maioria dos casos, o direito é capaz de servir de guia de conduta aos oficiais e cidadãos. Esta incerteza ocorre apenas nas “margens das regras”, e apenas nestes casos as cortes estão autorizadas a exercer uma atividade criadora de regras, de um modo muito semelhante àquele realizado pelas autoridades administrativas no uso da sua competência regulamentar delegada. Em ambos os casos, o exercício da escolha está condicionado, seja pelos precedentes, seja porque a regra formulada pelo legislador oferece um padrão bastante genérico, ensejando a regulamentação. Portanto, a escolha não é, jamais, incondicionada ou arbitrária.

### III. DESDOBRAMENTOS DA INDETERMINAÇÃO JURÍDICA.

Neste capítulo apresento alguns temas que estão na base de uma série de debates na cena atual da Filosofia do Direito, concernentes às implicações teóricas dos fenômenos de indeterminação jurídica tratados nos capítulos anteriores, sobretudo para as teorias que se alinham ao positivismo jurídico, uma vez que seus efeitos parecem lançar reflexos negativos sobre a tese da separabilidade conceitual entre o Direito e a Moral, colocando em questão os limites do poder discricionário do julgador e a própria noção de Estado de Direito (*Rule of Law*).

#### 1. Hart e o poder discricionário: entre o pesadelo e o nobre sonho

Como é possível apreender dois primeiros capítulos, a Teoria do Direito de Hart está implicada em uma concepção da decisão judicial distinta da visão formalista e da visão do ceticismo de regras. Este tema foi objeto de análise não apenas do Capítulo VII de *The Concept of Law*, como também de outros ensaios de sua obra. Em “*American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, Hart refere-se à ilusão formalista como “onobre sonho” e à postura cética, sobretudo aquela sustentada pelos realistas jurídicos, como “o pesadelo”.

De acordo com Hart, contrariamente ao que propala o formalismo de regras, o Direito não é um sistema fechado, que oferece resposta para todos os casos, bastando para isso aplicar uma espécie de raciocínio mecânico e formalista. Esta concepção errônea ampara-se no pressuposto falso segundo o qual os significados dos termos gerais empregados no Direito sempre seriam rígidos e determinados a ponto de permitirem a sua aplicação a casos singulares, independentemente de qualquer esforço interpretativo à luz de suas particularidades e circunstâncias. Fosse isso possível, diz Hart, o jurista estaria diante do “céu de conceitos”, em uma alusão ao sonho de Ihering (HART, 2012, p.130).

Já no “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Hart apontara para o erro do formalismo, caracterizado pelo uso excessivo que alguns julgadores fazem da lógica, por ignorarem os problemas da zona de penumbra (HART, 1958, p. 608), tema retomado em *The Concept of Law* e também na introdução à coletânea de ensaios, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, publicada em 1983.



Em *The Concept of Law*, o autor apresentou dois argumentos para refutar o formalismo. Um, de natureza semântica, que refuta teorias como a conceitualista, ancoradas em uma suposta rigidez de significado e clareza de todos os conceitos, apontando para os limites das concepções lógico-dedutivas acerca do raciocínio jurídico. E outro, de natureza normativa, que afirma que mesmo naqueles casos em que não há indeterminação semântica e, portanto, a regra é aplicável *prima facie*, podem surgir casos excepcionais que tornem a aplicação da regra uma decisão contrária à concepção de justiça do Ordenamento.

De acordo com Brian Bix: “Hart via a linguagem como um limitador do formalismo jurídico e como explicação da inevitabilidade da discricionariedade judicial”. (BIX, 2003, p. 1).

É interessante notar que Waismann não chega a falar em discricionariedade por parte do falante da língua no “Verifiability”, a despeito da incerteza quanto ao uso de termos diante de casos inesperados, mas, como aponta Carpentier, afirma-a expressamente em *Principles of Linguistic Philosophy*:

(...)nos perguntamos se a afirmação segundo a qual há uma bola em cima da mesa pode ser verificada de maneira definitiva. A resposta é que poderá ser decidido por uma determinação arbitrária da nossa parte. A experiência pode ser de um certo alívio ao sugerir certas determinações, mas, ao fim, nós devemos sempre decidir por nós mesmos” (WAISMANN, 1965, p.74, *apud* CARPENTIER, 2013, p. 514).

Nessa mesma obra, Waismann sustenta que conceber o Direito como um sistema fechado de regras é um equívoco:

As leis de qualquer época são adequadas para as características predominantes, tendências e hábitos dessa época. A ideia de um sistema fechado de leis que dura para sempre, e capaz de resolver qualquer conflito imaginável, é uma fantasia utópica sem nenhum fundamento para sustentá-la. O fato é que todo o sistema de leis apresenta lacunas que são, via de regra, verificadas e preenchidas somente quando iluminadas por certos eventos particulares. De forma similar, devemos admitir que a gramática é incompleta, e que se as circunstâncias surgissem, nós tornaríamos a gramática mais completa por meio da introdução de novas regras para dar conta dessas situações. Nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades. Deplorar a insuficiência da linguagem seria simplesmente um engano. (WAISMANN, 1965, p. 76, *apud* STRUCHINER, 2011, p. 135).

Em sua crítica ao formalismo, como já referido, Hart compartilhava de algumas intuições dos realistas jurídicos, discordando das consequências extremas que estes tiraram a partir das críticas ao formalismo, porquanto, a seu ver, estes confundiram a definitividade de uma decisão judicial com a sua infalibilidade. O fato de que as regras têm textura aberta e estão sujeitas a exceções não leva a negar que existam regras e a admitir a existência de uma discricionariedade incondicionada e radical.

Dito de outro modo, o fato de que o Direito não é um sistema completo e determinado como supunha o *nobre sonho* dos formalistas, não implica aceitar que tudo aquilo que os juízes dizem que é o Direito, seja, verdadeira e infalivelmente, o Direito de um dado ordenamento. A textura aberta do Direito, com seus desdobramentos semânticos e normativos, requer dos tribunais que estes desempenhem um papel criador de leis. Nestes casos, segundo Hart, tais autoridades “devem exercer uma discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se houvesse uma única resposta correta a ser encontrada, distinta de uma resposta que é um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes” (HART, 2012, p.132).

Para Hart, em todos os sistemas jurídicos, haverá casos não regulados previamente pelo Direito, nos quais os juízes deverão fazer escolhas. Contudo, tais escolhas não são irracionais e nem arbitrárias, pois estão constrangidas pela legislação positivada ou pelo precedente (HART, 2012, p. 272). A indeterminação jurídica não implica, assim, aceitar o pesadelo cético sustentado pelo realismo jurídico.

Dizer que o julgador detém poder discricionário não é dizer que tudo aquilo que os juízes dizem que é Direito é, verdadeiramente, o Direito de um dado ordenamento. A textura aberta do Direito, com seus desdobramentos semânticos e normativos, requer das cortes, em algumas situações, que estas desempenhem um papel criador de leis.

A textura aberta do Direito significa que há, de fato, áreas de conduta nas quais muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelas cortes e oficiais quando ponderam, à luz das circunstâncias, os interesses conflitantes que variam em peso de caso a caso.

Na grande maioria dos casos, o Direito é capaz de servir de guia de conduta aos oficiais e cidadãos. A incerteza ocorre apenas nas “margens das regras”, e apenas nestes casos as cortes estão autorizadas a exercer uma atividade criadora de regras, de um modo muito semelhante àquele realizado pelas autoridades administrativas no uso da sua competência regulamentar delegada. Em ambos os casos, o exercício da escolha está

condicionado, seja pelos precedentes, seja porque a regra formulada pelo legislador oferece um padrão bastante genérico, ensejando a regulamentação. Portanto, a escolha não é, jamais, incondicionada ou arbitrária.

Todos os sistemas jurídicos modernos possuem regras secundárias que identificam o Direito válido, criam e modificam leis, bem como conferem direitos e competências aos oficiais. Levado ao extremo, o argumento cético negaria até mesmo a existência de regras secundárias, o que seria contraditório, uma vez que mesmo os juízes delas dependem para exercer sua autoridade. Nesse caso, sequer seria possível falar em Ordenamento Jurídico. Ademais, se as regras primárias não exercessem qualquer restrição sobre a discricionariedade, o Direito se resumiria a um conjunto de ordens individuais distribuídas caso a caso arbitrariamente. Isto não explicaria a influência do Direito na vida social fora da esfera judicial. Como aponta Hart, “as leis funcionam nas suas vidas (dos indivíduos) não apenas como a base para a predição de decisões das cortes ou das ações dos oficiais, mas como regras aceitas e padrões jurídicos de comportamento” (HART, 2012, p. 137).

O erro do ceticismo, originado pela confusão entre a definitividade e a infalibilidade das decisões judiciais, é apontado por Hart, utilizando-se, mais uma vez, da analogia entre regras jurídicas e regras de um jogo:

Conseguimos distinguir um jogo normal de um jogo à ‘discricionariedade do árbitro’ simplesmente porque a regra de contagem, embora, como todas as regras, possua sua área de textura aberta, na qual o árbitro tem que exercer uma escolha, tem, afinal de contas, um núcleo de sentido estabelecido. É deste que o árbitro não está livre para se afastar, e é ele que, até onde se aplica, constitui o padrão para a arbitragem correta ou incorreta, tanto para o jogador, ao fazer suas declarações não-oficiais, quanto para o árbitro em suas decisões oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as decisões do árbitro, ainda que definitivas, não são infalíveis. O mesmo é verdade no Direito.

Até um certo ponto, o fato de algumas decisões proferidas pelo árbitro estarem nitidamente erradas não impede o prosseguimento do jogo: elas contam tanto quanto decisões obviamente corretas; mas há um limite dentro do qual a tolerância de decisões incorretas é compatível com a existência continuada do mesmo jogo, e isto tem um importante análogo jurídico. O fato que aberrações oficiais isoladas ou excepcionais são toleradas não significa que o jogo de *cricket* ou *baseball* não esteja mais sendo jogado. Por outro lado, se essas aberrações forem frequentes, ou se o árbitro repudiar a regra de pontuação, chegará um ponto em que, ou bem os jogadores não mais aceitarão as decisões anômalas, ou, se o fizerem, o jogo terá mudado.

Já não será mais *cricket*, ou *beiseball*, mas um “jogo à discricionariedade do árbitro” (HART, 2012, p. 144).

É fulcral perceber que Hart não está defendendo apenas uma tese de como um sistema jurídico deveria tratar suas regras. Ele concebe que tal atitude perante as regras é necessária, do contrário a própria racionalidade do sistema jurídico fica prejudicada. Se a finalidade do Direito é guiar condutas, e cada regulação tem um determinado propósito, não faz sentido conceber regras dissociadas dos propósitos do sistema, como se fossem fins em si mesmas.

Sobre a concepção de discricionariedade em Hart, assinala Brian Bix:

Eu não penso que a conclusão de Hart acerca da indeterminação parcial – na minha visão resumida, mais do que baseada na ideia de “textura aberta” – derivasse de uma visão da linguagem tanto quando de uma visão de como as pessoas criam e pensam sobre regras. Hart não estava preocupado em criar, elaborar ou defender uma Filosofia geral da linguagem em particular. Sua preocupação era (descritiva e prescritivamente) com o modo como que as regras são aplicadas e o modo como deveriam ser aplicadas. Hart não provou a partir da natureza da linguagem que os juízes devem ter discricionariedade; antes, ele deu razões pelas quais os textos deveriam ser interpretados de modo a deixar aos juízes discricionariedade ao aplicar a lei (BIX, 1991, p. 65-6).

Hart recusa, assim, tanto o pesadelo dos céticos quanto o nobre sonho dos formalistas. Ambas são ilusões, ainda que tragam à tona, para reflexão por parte dos teóricos do Direito, uma série de questões pertinentes acerca do modo como os juízes e as cortes examinam casos e proferem decisões judiciais (HART, 1983, p. 144).

## **2. O valor da textura aberta do Direito**

A textura aberta não é vista por Hart como um defeito dos conceitos, regras ou proposições jurídicas. Além de inevitável, ela é também necessária, dado o caráter geral que o direito necessita possuir para funcionar adequadamente. O direito deve, além de fornecer regras claras de conduta a serem seguidas pelos indivíduos, deixar algum espaço para que determinados casos possam ser apreciados no seu tempo adequado, segundo novas circunstâncias que possam vir a surgir e que não poderiam ter sido previstas pelo legislador, atendendo, assim, a novos propósitos que venham a ser matizados.

Como assinala Brian Bix, “Hart acrescenta que a ‘textura aberta’ das regras jurídicas deveria ser considerada uma vantagem mais do que uma desvantagem, uma

vez que ela permite que as regras sejam interpretadas razoavelmente quando são aplicadas a situações e tipos de problemas que seus autores não previram ou não poderiam ter previsto” (BIX, 2003, p. 8).

Endicott endossa a mesma ideia, sustentando que a vagueza é uma das mais importantes fontes de discricionariedade judicial e uma das características necessárias do Direito (ENDICOTT, 2000, p. 4).

Questões relativas à natureza da linguagem estão envolvidas no estudo da interpretação jurídica e ocorrem em um pano de fundo político e prático e acabam levando à pergunta por quanto poder deve ser delegado ao Poder Judiciário, assinala Bix. Há um constante embate entre posições conservadoras e posições mais flexíveis. De um lado há os que protestam que os juízes estão adquirindo muito poder, violando a soberania do parlamento. De outro lado, a visão mais favorável à discricionariedade sustenta que, em razão da natureza da linguagem e do raciocínio jurídico, os juízes não podem – e sequer deveriam – fazer menos do que têm feito. (BIX, 2003, p. 3-4).

Cada sistema jurídico adota uma postura diante de duas necessidades sociais distintas que são, de um lado, a existência de regras que sirvam de guia de conduta para os indivíduos particulares que prescindam da intervenção dos oficiais ou de juízos acerca de questões sociais; e, de outro, a importância de regras abertas que possam ser moldadas pelos oficiais diante das circunstâncias concretas dos casos singulares. Segundo Hart, em alguns sistemas jurídicos é comum haver uma preferência pela certeza e segurança jurídica, ainda que com sacrifício aos objetivos sociais cuja concretude depende de atenção às singularidades de cada caso, enquanto em outros sistemas jurídicos, ou em épocas distintas, parece que uma parcela muito grande do que é o Direito é tratado como se fosse perene e passível de revisão.

Hart aponta para diferentes formas de lidar com a indeterminação jurídica, adequadas a diferentes áreas de conduta. Há esferas em que se torna imprescindível uma legislação detalhada e adequada às singularidades da matéria em questão e, nestes casos, é impossível pensar que o legislador possa emitir regras que satisfaçam este grau de exigência. Assim, nestes casos, é comum adotar a estratégia de delegar a competência para a regulamentação detalhada para a autoridade administrativa, na forma de portarias, resoluções e normas técnicas, que detêm maior capacidade para adequar as exigências das regras aos casos particulares, ficando resguardado ao legislador apenas a criação de padrões bastante gerais. Por exemplo, Hart refere-se a uma lei que determine às indústrias que cobrem apenas uma tarifa razoável ou que propiciem condições de

trabalho seguras aos seus empregados. (HART, 2012, p. 131). Ainda que existam casos extremos em que é possível dizer se a regra foi ou não violada, na maioria dos casos é necessário que um corpo técnico interceda criando regras uniformes, melhor daptadas à enorme gama de fatores, condições e circunstâncias que se combinam em cada setor produtivo.

De outro lado, em determinadas esferas de conduta é quase impossível determinar *a priori* que tipo de ações são desejáveis ou devem ser rechaçadas, assinala Hart, como se dá, por exemplo, nos casos em que se busca determinar o que é “devido cuidado” como modo de afirmar ou negar a configuração de um caso de “negligência”, que poderá resultar na imposição de sanções civis e criminais no Direito inglês. Quais precauções devem ser tomadas e até que ponto podem ser exigidas quando implicam sacrificar outros interesses envolvidos? Estas questões dificilmente podem ser mensuradas em separado do caso concreto. Quando este tipo de técnica legislativa é empregada, cabe aos indivíduos adotar condutas segundo juízos de razoabilidade com vistas a se adequarem a estes padrões variáveis, ficando sujeitos a ações corretivas por parte das Cortes (HART, 2012, p. 132).

Referindo-se a sistemas jurídicos que adotam a comunicação de padrões de conduta por precedentes, Hart aponta que naqueles casos situados “à margem das regras e em campos deixados em aberto pela teoria dos precedentes”, a atividade de criação judicial é muito semelhante à delegação de competência legislativa às autoridades administrativas. Embora ele julgue a atividade criadora adequada, ressalta que há uma tendência entre os oficiais é negar que haja criação de regras e constantemente referirem-se a sua atividade como de interpretação da “vontade do legislador” em regras já existentes (HART, 2012, p. 135).

A questão da vagueza ganha ainda outros contornos quando analisada sob o aspecto da função de guia de conduta aos particulares que as regras de um sistema jurídico devem exercer. Em “Vagueness and the Guidance for Action” (2013), Waldron defende que mesmo regras vagas podem ser consideradas guias para a ação, ainda que entendida de modo mais amplo, como um ditame ao uso da racionalidade prática do agente. Há uma certa concepção de agência envolvida neste argumento. O autor, assim como Fuller, Hart e Raz, ressalta que a ideia do Direito como guia pressupõe uma concepção de pessoa como criaturas racionais autônomas.

O autor apresenta o exemplo de duas regras de trânsito, uma que define o limite de velocidade máxima permitida e outra que determina a aplicação de multa se

constatado tráfego em velocidade “superior ao razoável” em um determinado local ou diante de determinada circunstância. A segunda regra oferece um tipo de padrão que requer um juízo avaliativo daquele que utiliza e aplica a regra. Em alguns casos, uma regra que contenha termos como “razoável”, “apropriado”, “com atenção”, podem até mesmo ser mais eficazes. Uma regra que determine que se dirija com atenção e velocidade razoável diante de determinadas circunstâncias (por exemplo, tempestade, zona rural, área escolar, zona de deslizamentos, etc.) serve de guia mais adequado do que uma que simplesmente estabelece a velocidade máxima em 60 km/h, pois em determinadas circunstâncias, mesmo uma velocidade inferior pode ser inadequada para a finalidade da regra que é garantir segurança e proteção da vida e integridade do condutor e demais indivíduos. Segundo Waldron, os padrões vagos “também guiam o raciocínio prático (e a ação nele baseada), mas eles fornecem uma estrutura adicional e canalização para a deliberação prática que evocam”. Estes padrões exigem, assim, uma avaliação crítica por parte do agente acerca da sua própria conduta e adequada a cada situação e circunstâncias específicas (WALDRON, 2013, p. 72).

Outro aspecto abordado, por Waldron, é o papel que os padrões vagos podem exercer nas esferas da política e da ética. Segundo ele, embora os advogados costumem tachar como defeituosas certas disposições legais, tais como a da 8ª Emenda, que proíbe penas cruéis e não usuais, o ponto deste tipo de provisão pode ser, justamente, promover o debate pela sociedade sobre, por exemplo, quais são os limites de sofrimento que uma pena pode impingir em um ser humano. Uma sociedade que não dá espaço a este tipo de debate “é uma sociedade mais pobre do ponto de vista da teoria ética que subjaz à VIII Emenda” (WALDRON, 2013, p. 79).

### **3. A Indeterminação do Direito é um problema para o positivismo jurídico?**

Alguns críticos sustentam que as exceções que ocorrem nos casos particulares apontariam para a insuficiência e inadequação das teses sustentadas pelo positivismo jurídico do tipo hartiano. Concluem, assim, que a concepção positivista acerca do Direito deve ser rejeitada em benefício de uma outra concepção alternativa.

As objeções concernem, sobretudo, à noção de validade jurídica e à negativa da existência do poder discricionário. Os opositores afirmam, por exemplo, que ao decidirem com apoio em considerações morais, os juízes nada mais fazem que mostrar o

Direito sob a sua melhor luz (Dworkin), ou segundo os propósitos das regras (Fuller). Assim, a identificação das regras válidas em um sistema jurídico não é dissociada do mérito intrínseco àqueles padrões. Se é assim, a Moral e o Direito estão essencialmente conectados. Dito de outro modo, tudo faz parte do Direito. O conceito de Direito é um conceito que leva em conta o mérito dos padrões jurídicos. Logo, não há falar em poder discricionário, ou em recurso a argumentos extrajurídicos. Tais fatos evidenciariam, ainda, que o projeto positivista descritivo separado da justificação da normatividade do Direito não é factível.

### 3.1. O debate Hart v. Fuller

Em “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart” (1958), Lon Fuller endereçou uma crítica às teses defendidas por Hart em “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958).

Um dos pontos principais do ataque à tese da separação conceitual entre o Direito e a Moral consistiu em sustentar que o significado dos termos jurídicos, e de todas as regras jurídicas, tem que ser interpretadas segundo seu propósito. Esta tese foi ilustrada com um contra-exemplo ao exemplo de Hart sobre a regra que proíbe veículos no parque. Fuller postulou um caminhão destinado a ser um memorial de guerra. Um sistema que não permitisse afastar a regra em um caso como este seria um sistema que abandonou a razão, um sistema defeituoso. Assim, em sua concepção, não há casos claros de aplicação da regra, contrariamente à noção de núcleo/penumbra proposta por Hart e a aplicação da regra sempre depende de uma consideração de seus valores.

Na interpretação de Fuller, o caminhão (um caso claro para Hart) não seria um veículo para a regra em questão. Segundo Schauer, a conclusão de Fuller repousa em uma concepção equivocada acerca da linguagem e do significado dos termos, pois baseia-se em uma tese contextualista radical, que assume que o significado dos termos depende exclusivamente de um contexto particular. Dito de outro modo, Fuller acreditava que Hart não havia compreendido a noção de significado de Wittgenstein, pois julgava que os termos poderiam ter significado isolado do seu contexto (SCHAUER, 2008, p. 16).

Contudo, como explica Schauer, foi Fuller quem mal compreendeu as lições de Wittgenstein, J. L. Austin e demais filósofos da linguagem. Quando referiram que o significado de um termo ou proposição é o seu uso (*meaning is use*), não estavam



afirmando que o significado de um termo depende exclusivamente do contexto de seu uso em situações particulares por indivíduos particulares. É sabido que esta concepção, se levada a sério, negaria a possibilidade da comunicação entre indivíduos. Quando se referiam a “uso”, aqueles filósofos estavam pensando nas regras e convenções adotados por uma comunidade linguística. O significado de um termo ou proposição é extraído do seu uso pela comunidade linguística relevante<sup>51</sup>. Inconscientemente, uma comunidade linguística pode, com o passar do tempo, decidir que, por exemplo, a palavra “gato” se aplica a cães ou a ovelhas. Segundo o autor, “é apenas neste sentido o significado de uma palavra ou, melhor, a proposição é uma função de como a proposição é agora usada pela comunidade linguística relevante.” (SCHAEUR, 2008, p. 121).

Assim, uma concepção correta acerca do significado das palavras, ao contrário do que supunha Fuller, permite afirmar que elas têm significados claros (*plain*) ou literais, havendo casos que se aproximam de seu núcleo e casos que se encontram na zona de penumbra da sua extensão. O fato de que eventualmente uma regra gere um resultado pobre não leva a negar que as palavras tenham um núcleo de significado estabelecido e que a sua interpretação sempre demande perguntar por seus propósitos.

### 3.2. A derrotabilidade é um problema para o positivismo jurídico?

A resposta a esta pergunta exige, de início, que indaguemos o que é uma teoria positivista do Direito. É sabido que a tarefa de caracterizar o positivismo jurídico não é fácil, porquanto há diferentes pressupostos filosóficos e nuances entre os principais teóricos desta vertentes, de sorte que mais apropriado é falar em tipos de positivismo jurídico, que podem ser agrupados segundo suas características mais relevantes. O mesmo ocorre com o jusnaturalismo, em que há diferentes concepções de Direito natural e teorias que se desenvolveram a partir de tais ideias.

É consenso entre a maior parte dos teóricos do Direito que os positivistas de todas as vertentes aceitam a tese de que o Direito tem por fundamento um fato social,

---

<sup>51</sup> Como esclarece Schauer: “Sem saber algo sobre termos e proposições e gramática e sintaxe como regras gerais ou acontextuais (ou, ainda melhor, convenções), nós jamais poderíamos esperar entendermos uns aos outros. O contexto particular completo até pode acrescentar alguma coisa ou uma grande parte a nossa compreensão, mas não entenderíamos virtualmente nada de uma proposição como “o gato está em cima do tapete”, a menos que compreendamos que ela carrega significado extraído de entendimentos acontextuais compartilhados a respeito de fatos como o termo “gato” refere-se a gato, que o termo ‘tapete’ refere-se a ‘tapete’, e que a expressão ‘está em cima’ refere-se a um certo tipo de relação que difere da relação descrita por outras como “está embaixo”, “está próximo”, ou “é um...” (SCHAUER, 2008, p. 17)

ainda que possa haver variações em sua formulação e que divirjam quanto à natureza deste fato. Assim, a chamada tese da fonte social (TFS) é a ideia norteadora do positivismo jurídico.

José J. Moreso, em “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality” (MORESO, 2012, pp. 225-237), apresenta a seguinte formulação:

(TFS) Tanto a existência, quanto o conteúdo do Direito em uma certa sociedade depende de uma série de fatos sociais, isto é, um conjunto de ações praticadas pelos membros daquela sociedade”.

A partir desta tese, pode ser derivada uma corolária, também central ao positivismo jurídico, chamada de tese da identificação do Direito (TID).

(TID) A determinação do que é o Direito não depende de critérios ou argumentos morais.

Segundo assinala Moreso, a expressão “não depende” em TID pode ser compreendida de três formas, a saber, como significando (1) “não pode depender”, (2) “não necessita depender” e (3) “não deveria depender”. Assim, a TID pode ser formulada nas seguintes versões:

(TID1) A determinação do que é o Direito não pode depender de critérios ou argumentos morais.

(TID2) A determinação do que é o Direito não precisa depender de critérios ou argumentos morais.

(TID3) A determinação do que é o Direito não deveria depender de critérios ou argumentos morais.<sup>52</sup>

Segundo o autor, a análise de cada uma das versões da TID é capaz de esclarecer algumas características da prática judicial, tanto do ponto de vista conceitual quanto do ponto de vista normativo.

Com vistas a entender este ponto, é cabível uma reconstrução pontual das duas principais vertentes do positivismo jurídico, a exclusivista e a inclusivista.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup>Esta é a concepção do *positivismo ético* ou *normativo*. TID3 é uma tese prescritiva. Ela recomenda um certo modo de identificar, um modo que pressupõe que o que o direito é pode ser identificado sem recurso à moralidade. Esta vertente não será objeto de análise nesta exposição.

<sup>53</sup> Cabe atentar que entre estas linhas de positivismo também existem variações. Apontaremos aqui apenas o núcleo comum de cada teoria e indicaremos alguns autores representativos, sem pretensão de esgotar o assunto, apenas com vistas a permitir a compreensão do debate contemporâneo.

Segundo os teóricos do chamado positivismo *hardou* exclusivista, a identificação das regras válidas de um sistema jurídico depende apenas de suas fontes, isto é, de seu *pedigree*. Se a fonte é legítima, a regra por ela emanada é uma regra válida. Algumas regras, chamadas regras de reconhecimento, servem de teste de validade para outras regras. Aquelas por sua vez são validadas por uma regra última de reconhecimento, que é apenas uma questão de fato.<sup>54</sup> Esta vertente endossa, portanto, TID1; é necessariamente o caso que a determinação do Direito não depende de critérios juízos morais.

Segundo o positivismo *soft* também chamado inclusivista ou, ainda, incorporacionista, é possível que a identificação do que é uma regra válida dependa de considerações morais por parte dos juízes e outros oficiais. Segundo afirma Waluchow, a validade e o conteúdo das regras de um sistema jurídico podem ter por fundamento valores morais e princípios (WALUCHOW, 1994, p. 82). Assim, a validade não é determinada apenas pelo *pedigree*, isto é, não basta que a regra tenha uma fonte social legítima. Ela também deve atender determinados critérios quanto ao seu conteúdo. Os inclusivistas adotam TID2 para identificação das regras válidas de um sistema jurídico; pode ser o caso que a determinação do que é o Direito dependa de juízo acerca dos valores morais da regra, assim como pode não ser.

Andrei Marmor divide o positivismo inclusivista em duas principais versões de acordo com o tipo de normas que podem incorporar a moralidade ao Direito. Uma delas afirma que a lei pode incorporar no seu texto condições morais de validade jurídica, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos que contem conceitos morais como “igualdade”, “crueldade” e “devido processo”, e a Lei Fundamental Alemã que determina que todas as leis devem respeitar a “dignidade humana”. A outra vertente, cujos expoentes são Jules Coleman e Wil Waluchow, sustenta que a moralidade pode ser incorporada na regra de reconhecimento dos sistemas jurídicos, de modo a determinar que a criação de leis válidas dependa de condições como não ser gravemente imoral, não violar direitos humanos, etc. Marmor considera a primeira de difícil

---

<sup>54</sup> Joseph Raz é um dos principais expoentes do positivismo exclusivista. Ele sustenta que a existência de uma regra jurídica válida depende simplesmente de fatos sociais que concernem ao seu *pedigree*. Se ela tiver uma fonte apropriada na legislação, nas decisões judiciais ou no costume social ela existe no sistema jurídico e, portanto, é válida. Ele não faz distinção entre validade e existência. Regras ou leis inválidas não existem segundo Raz: “Uma regra que não é válida juridicamente não é, absolutamente, uma regra jurídica. Uma lei válida é uma lei, uma lei inválida não é. Similarmente, uma regra válida é uma regra e uma regra inválida não é uma regra absolutamente” (2009, p. 146). “A validade de cada lei é condicionada pela existência de certos fatos: certos Atos do Parlamento ou de um ministro ou de um conselho municipal, certas decisões das cortes, um padrão geral de comportamento da população geral correspondente a existência de um costume, etc., estes são fatos criadores do direito” (2009, p. 151).

sustentação, pois não mostra que a moralidade se torna parte do Direito. Uma explicação melhor seria a ideia de “poder dirigido” de Raz, segundo a qual nada impede que o Direito dirija o poder de seus oficiais, inclusive com diretivas de ordem moral. A segunda vertente, mais interessante segundo Marmor, afirma que é conceitualmente possível que a regra de reconhecimento praticada pela comunidade relevante incorpore juízos morais e, portanto, “é possível que verdades sobre a moralidade ou a justiça formem parte do que é o Direito” (MARMOR, 2011, p. 95).

O fenômeno da indeterminação jurídica poderia causar problemas para aqueles que endossam TID1, se esta fosse equivocadamente associada a uma posição formalista do tipo *old school*,<sup>55</sup> que supõe que o procedimento de descoberta do Direito poderia ser um processo meramente mecânico. Os exclusivistas não estão comprometidos com este tipo de premissa teórica. Eles não negam que ao decidirem casos difíceis, os juízes, às vezes, recorrem a princípios e considerações morais quando o Direito não se mostra suficiente para solucionar o caso particular. Mas, nestes casos, os juízes não estão identificando a regra ou princípio aplicável ao caso particular, mas estão ultrapassando os limites do Direito.<sup>56</sup> Dito isto, o fato de os juízes suprimirem a aplicação de uma regra em razão de uma exceção ou de terem de fazer uma escolha diante de um caso de penumbra não compromete, de modo algum, o positivismo exclusivista, que explica tais fatos como simples exercício do poder discricionário pelo julgador.

Para os inclusivistas, de outro lado, o recurso à moralidade não é considerado, em todos os casos, como discricionariedade. Se a regra trazer em sua formulação verbal algum conceito de conteúdo moral, ou se a regra de reconhecimento incorpora valores morais, isto é, se a prática das cortes convencionalmente utiliza-se de alguns tipos de considerações morais para identificar o Direito de um dado sistema, os juízes, ao julgarem segundo estes critérios, não estarão indo além do Direito. Assim, por exemplo, ao afastarem a aplicação de uma regra, que de outro modo incidiria por se tratar de um caso claro, por que o resultado seria iníquo, os juízes estão, na realidade, julgando de acordo com o Direito. Os inclusivistas não negam que eventualmente os

---

<sup>55</sup> Tomei esta expressão de empréstimo do Professor Noel Struchiner (STRUCHINER, 2011, p. 133).

<sup>56</sup> Raz, por exemplo, no ensaio “On The Autonomy of Legal Reasoning” (1992), critica o formalismo como uma doutrina difícil de ser sustentada, pois supõe que o direito oferece às cortes todos os recursos necessários para decidir os casos. Além disso, é uma doutrina difícil de reconciliar com a prática jurídica. endossa essa tese. Ademais, considera uma doutrina difícil de ser sustentada moralmente (p. 5-6) “Eu divido o raciocínio jurídico em raciocínio a respeito do direito e raciocínio de acordo com o direito. O primeiro é governado pela Tese das Fontes, o segundo eu creio ser muito comumente simples raciocínio moral. O comprometimento com a Tese das Fontes não compromete alguém com o formalismo ou com a autonomia do raciocínio jurídico” (p. 8).

juízes usam de discricionariedade, como ocorre diante de alguns casos limítrofes. Em conclusão, a indeterminação jurídica tampouco parece ser um problema para o positivismo inclusivista.

John Gardner, em “Legal Positivism: 5 1/2 Myths” (2012), apresenta uma formulação no mesmo sentido, com ambos os conteúdos unificados. Ele considera ser esta a proposição distintiva do ‘positivismo jurídico’ e designa ‘positivistas jurídicos’ apenas aqueles que endossam a tese assim formulada:

(PJ\*) Em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é válida e, portanto, se ela forma parte do Direito daquele sistema jurídico, depende de suas fontes, não de seus méritos (onde seus méritos, no sentido relevante, incluem o mérito de suas fontes) (GARDNER, 2012, p. 21).

A separação entre mérito e fontes das leis é aceita por todos os positivistas. Todavia, apenas os inclusivistas perguntariam pelo mérito das fontes. Os exclusivistas recusariam que entre as condições de validade sejam consideradas questões de mérito.

Wil Waluchow, em “Defeasibility and Legal Positivism”, no mesmo sentido que Moreso, mas por razões distintas, nega que a derrotabilidade coloque dificuldades para o positivismo jurídico. O autor defende ainda uma tese mais interessante ao debate contemporâneo. Segundo conclui, a noção de derrotabilidade “realça muitas das características centrais da prática jurídica às quais os positivistas têm legitimamente dirigido sua atenção. Ela é uma noção que aponta na direção de uma solução para uma das disputas mais espinhosas que têm dividido os positivistas contemporâneos nos últimos trinta anos” (WALUCHOW, 2012, p. 267).

Jules Coleman em “Constraints on the Criteria of Legal Validity”, refuta a crítica de Dworkin ao positivismo, que aduz que os juízes, ao apelarem para normas morais, o fazem porque estão vinculados a elas *enquanto* regras jurídicas. Segundo o autor, não é necessário conceder ao argumento de Dworkin. O fato de os juízes assim procederem ao tomar decisões pode ser explicado de três diferentes maneiras do ponto de vista do positivismo: (1) Os princípios morais figuram como padrões de discricionariedade; (2) como padrões vinculantes que não são parte do Direito da comunidade; (3) como padrões vinculantes que fazem parte do Direito da comunidade em virtude de sua fonte social. Coleman ainda acrescenta uma outra assertiva, que apenas o positivismo inclusivista poderia aceitar, a saber, que os princípios morais são

padrões vinculantes que são parte do Direito em virtude dos seus méritos substantivos (COLEMAN, 2000, p. 174).

#### **4. A derrotabilidade é uma propriedade essencial do Direito?**

No artigo “Is Defeasibility and Essencial Property of Law?”(2012),Frederick Schauer defende que a derrotabilidade não é uma propriedade das regras, mas uma característica de como alguns sistemas de tomada de decisões escolhem tratá-las<sup>57</sup>. É lógica e conceitualmente possível que as regras sejam interpretadas e aplicadas segundo o seu sentido literal.

Há, segundo ele, diversas formas de institucionalizar a derrotabilidade. Tratar uma regra como derrotável é simplesmente estabelecer que determinados oficiais terão o poder de cancelar, suprimir, emendar ou modificar uma regra existente. Para preservar o sistema jurídico, devem ser feitas duas qualificações acerca da derrotabilidade.

Deve-se exigir, segundo o autor, que o resultado da aplicação da regra tenha um alto grau de rejeitabilidade. Do contrário, as regras não desempenhariam um papel relevante em comparação a um caso em que não houvesse regras e no qual fossem feitas as mesmas considerações acerca da situação particular em questão. Assim, não é qualquer injustiça que pode ser tomada como condição suficiente para a supressão de regras baseada na equidade.<sup>58</sup> O resultado deve ser de “extrema injustiça” ou “grande ineficiência”:

(...) o poder de supressão equitativa - da derrotabilidade guiada pela equidade - ira colapsar em um sistema de equidade livre de regras se os padrões para uma supressão equitativa não forem mais altos que o simples fato de uma regra produzir um resultado injusto. Se qualquer injustiça for uma condição suficiente para uma supressão equitativa, então um regime de regras sujeito à supressão equitativa é equivalente extensionalmente a um regime sem qualquer regra no qual os tomadores de decisão têm o poder de simplesmente, todas as coisas consideradas, a alcançar o resultado mais justo (SCHAUER, 2012, p. 80).

O ponto principal de Schauer consiste na defesa de uma posição diametralmente oposta à de Fuller, para quem a derrotabilidade das regras jurídicas é uma característica

---

<sup>57</sup> Em alusão a Wittgenstein, Schauer refere que “as regras não determinam sua própria aplicação (...) isto nos lembra que como uma regra será tratada não é algo inerente à própria regra” (2012, p. 87).

<sup>58</sup> Segundo Schauer, tampouco deve ser assim, caso se substitua, na mesma fórmula, outras razões como a eficiência, a maximização da utilidade, imparcialidade (*fairness*).

da própria legalidade, um componente necessário em qualquer sistema jurídico não defeituoso, estando assim ao lado das outras *desiderata*, que para Fuller definem o próprio ideal da legalidade.<sup>59</sup> Um sistema que permite resultados não-razoáveis ou descolado dos propósitos das regras não é um sistema jurídico em seu sentido genuíno. Schauer, ao contrário, sustenta que ainda que empiricamente possa parecer comum, a derrotabilidade não é uma característica necessária dos sistemas jurídicos.

O argumento de Schauer contrário a tese de que a derrotabilidade é uma propriedade essencial dos sistemas jurídicos ideais pode ser resumido da seguinte forma: nós podemos entender o que é uma regra não-derrotável. Isto resta evidente até mesmo dos votos divergentes nos casos de julgamentos em que uma regra é derrotada. Ademais, há um grande número de decisões em que os julgadores tratam a linguagem plana ou literal de uma regra como conclusiva e, portanto, evitam acrescentar exceções no momento de sua aplicação e a suprimir a regra em nome da justiça, ou da equidade, ou da imparcialidade, ou da eficiência. Isso ocorre até mesmo em sistemas jurídicos altamente anti-formalistas, como o Americano, e mesmo que advenham resultados pobres<sup>60</sup>. Se é assim, seria um erro descrever a derrotabilidade das regras jurídicas como uma característica comum ou mesmo esmagadora das decisões tomadas pelos juízes e instituições que comumente chamamos de sistema jurídico. A não-derrotabilidade é, portanto, possível, e está espalhada por aí (SCHAUER, 2012, p. 84-6).

A questão da derrotabilidade é, segundo o autor, uma questão descritiva e prescritiva. Ela é um fenômeno observado em diversos sistemas jurídicos e pode ser eventualmente desejável em alguns sistemas jurídicos em algum período. Contudo, é lógica e conceitualmente possível para as regras serem interpretadas e aplicadas segundo seu sentido literal. O autor conclui que “a derrotabilidade está longe de ser uma propriedade essencial do Direito”.

Do que foi dito até aqui, parece evidente que a visão acerca da essencialidade ou não da derrotabilidade das regras está intimamente ligada à concepção de Direito de cada autor. Seria, contudo, uma conclusão apressada afirmar que todos os positivistas endossariam a tese de Schauer.

---

<sup>59</sup> Schauer extrai esta conclusão a partir do caso fictício dos Exploradores de Caverna apresentado por Fuller. O juiz Foster, que representaria o alter ego de Fuller, defende uma posição que é muito próxima da ideia de derrotabilidade, sustentando que a regra simplesmente não deveria ser aplicada no caso.

<sup>60</sup> O autor cita diversos exemplos, entre eles o caso *Tennessee Valley v. Hill*.

Hart, como visto no Capítulo I, considera que a derrotabilidade é uma propriedade de todas as regras.

Em “The Jurisprudence of the Skepticism”, Richard Posner analisa a questão das exceções das regras diante da doutrina do realismo jurídico americano, afirmando que os juízes sempre podem criar exceções *ad hoc*, ao tomarem suas decisões, mas que isso, contudo, não significa que as regras não existam, tampouco que a discricionariedade é absoluta, Posner expressamente endossa a explicação de Hart no *The Concept of Law*, apresentando o exemplo da promessa, que consta do Capítulo VII (POSNER, 1988, p. 834-5).

Neil MacCormick (1995), como já referido supra, sustenta que a derrotabilidade decorre da pragmática do processo judicial. Sempre pode ser apresentada uma exceção implícita que derrotará o raciocínio jurídico em um caso de em que se pleiteia ou se usufrui direitos.

Richard Tur, em “Defeasibility and Adjudication”<sup>61</sup> faz uma afirmação prescritiva, considerando que a derrotabilidade tem grande apelo normativo e é recomendável que os juízes a adotem com mais frequência e abertamente. Segundo ele, uma visão altamente legalista do processo judicial seria imprecisa descritivamente e não atrativa de um ponto de vista normativo. O autor endossa a solução de Hart para o debate formalismo v. ceticismo, expressa na afirmação que “uma regra termina com a expressão ‘a menos que’... ainda é uma regra”. Para ele “o Direito pode ser melhor compreendido como proposições condicionais normativas abertas e derrotáveis”(TUR, 2001, p. 355).

\* \* \*

Frederick Schauer, em “The Open Texture of Law” (2011) apresenta uma tese que destoa da leitura que defendi no Capítulo II. De acordo com o autor, somente faria sentido falar em “textura aberta do Direito” se existisse outra característica que fosse um fator de indeterminação além da textura aberta da linguagem, mas como tal característica não existe, necessariamente, não faz sentido falar em textura aberta do Direito:

---

<sup>61</sup> The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility, pp. 362-376.



A derrotabilidade pode bem ser um componente desejável de algumas partes de alguns sistemas jurídicos em alguns períodos, mas ela está longe de ser uma propriedade essencial do Direito. E se o Direito não é necessariamente derrotável, então o Direito não tem textura aberta no sentido de Waismann. Na medida que a linguagem tem textura aberta, então também, necessariamente o tem o Direito. Mas a textura aberta se a linguagem do Direito exaure a textura aberta do Direito, e então quando a linguagem do Direito não exhibe a textura aberta da linguagem não há textura aberta residual nenhuma. (Schauer, 2011: 22-3).

Em resumo, para o autor a suposição de Hart de que o Direito tem textura aberta assim como a linguagem não é correta, pois não existe algo inerente ao Direito que cause indeterminação além da textura aberta da linguagem no qual ele é expresso, ou seja, a textura aberta do Direito resume-se à textura aberta da linguagem.

Apesar da análise de Schauer apresentar diversos pontos relevantes, segundo a interpretação defendida no presente trabalho, o espaço deixado à escolha do aplicador da regra decorre para Hart não apenas da textura aberta da linguagem. Contra Schauer, defendo que além das fontes de indeterminação semântica, os outros dois obstáculos apontados por Hart implicam em uma indeterminação normativa, causada pelas exceções que surgem diante dos casos não antevistos. Assim, faz sentido falar em *textura aberta do Direito*, fenômeno mais amplo que apenas a textura aberta da linguagem. Do mesmo modo, pode haver textura aberta do Direito, mesmo em casos em que o objeto, fato ou situação se enquadra no termo geral constante da regra.

Retome-se o exemplo da ambulância. Esta é, certamente, um caso paradigmático de veículo, enquadrando-se no núcleo de significado estabelecido do termo. Assim, uma ambulância verifica o termo veículo. Contudo, quando considerados os fins da regra e o resultado decorrente de sua aplicação, de uma ótica da razoabilidade, parece evidente que ela não deve ser aplicada à situação descrita. Isto demonstra que os planos da verificação e da aplicação são distintos. E mais, que tampouco há sobreposição necessária entre eles, ainda que possa ocorrer. É possível que não se fale em textura aberta da linguagem e, mesmo assim, se constate um caso de textura aberta do Direito.

O problema com a leitura de Schauer decorre de dois posicionamentos teóricos: (1) o autor confunde exceções e casos-limite, por considerar que as exceções são contingências linguísticas, como já aventado no Capítulo II (3.3., “b”). Ao não reconhecer a independência lógica das exceções com relação às regras das quais são exceções, sua teoria não é capaz de conceber adequadamente a derrotabilidade; (2) o argumento contrafactual de que poderia existir um sistema jurídico que trate suas regras

como não-derrotáveis deixa de reconhecer o caráter normativo da derrotabilidade e está ancorado em uma concepção larga de sistema jurídico. A suposição de uma não-derrotabilidade absoluta de regras pressuposta em um sistema jurídico que elegeesse a segurança jurídica como bem mais elevado, seria um sistema carente de racionalidade e que sequer mereceria tal designação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relativa indeterminação que permeia o Direito ocorre em todos os sistemas jurídicos e é um reflexo do problema da adequação de regras gerais a casos particulares. Em um sentido normativo, o Direito encontra seus limites diante de obstáculos inerentes à natureza da linguagem e aos limites da cognição humana, que impedem a previsão de todos os casos possíveis no momento de criação das regras. Buscou-se mostrar que os conceitos de derrotabilidade, vagueza e textura aberta, desenvolvidos por Herbert Hart em sua Teoria do Direito, explicam adequadamente tais fenômenos, pois tornam evidente a existência de muitas disputas para as quais o Direito não é capaz de fornecer uma única resposta correta. Assim, em alguns casos, os juízes e oficiais exercem uma discricionariedade limitada e criam regras jurídicas.

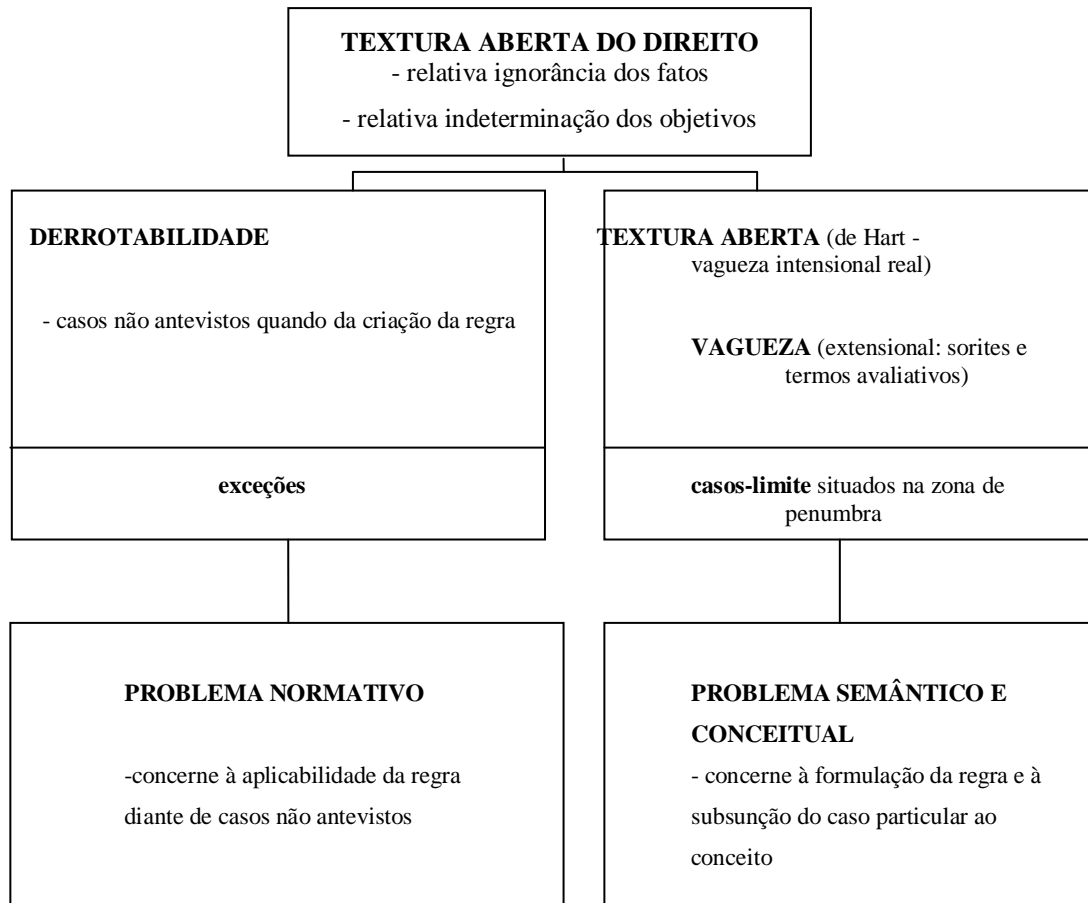
Defendi uma leitura segundo a qual o tratamento das exceções e dos problemas de penumbra, questões já presentes em seus primeiros ensaios, foi depurado por Hart e culminou em uma teoria mais robusta, a textura aberta do Direito, apresentada no Capítulo VII de *The Concept of Law*.

Em resumo, a textura aberta do Direito, nesta leitura, abrange diversos fenômenos que concorrem para a indeterminação do Direito: (1) a derrotabilidade, que é a capacidade de acomodar exceções que não poderiam ser vistas de antemão quando da formulação da regra geral; e, (2) a textura aberta da linguagem (vagueza intensional real) e a vagueza (extensional e atual) dos termos gerais, que acarretam os chamados “problemas de penumbra”, diante dos casos-limite de aplicação de um termo geral e, conseqüentemente, de uma regra.

Assim, defendi que o conceito de textura aberta do Direito de Hart não se reduz à textura aberta da linguagem. As interpretações que costumam tratar a textura aberta do Direito e a textura aberta da linguagem como propriedades idênticas têm, em sua origem, uma confusão indevida entre casos-limite e exceções. Aqui vale lembrar a explicação de Carpentier segundo a qual “a derrotabilidade designa o problema das exceções à regra, enquanto que a existência de casos-limite (de textura aberta, vagueza ou outra) deve-se a características inevitáveis da formulação da regra. (CARPENTIER, 2013, p. 547).

Afirmar que o conceito de textura aberta da linguagem em Hart é distinto do conceito de textura aberta da linguagem de Waismann. Para Hart, a textura aberta da linguagem é uma “vagueza intensional real” e, para Waismann, ela é uma “vagueza intensional potencial”. A distinção entre as teorias de Waismann e Hart decorre da necessidade de adaptação de um conceito cunhado no seio da Filosofia da Linguagem para o contexto jurídico, que tem por objeto regras jurídicas e sua aplicação a casos particulares. Esta diferença é melhor compreendida ao fazermos um paralelo entre, de um lado, o plano da verificação de termos gerais e, de outro, da aplicação de regras jurídicas. Enquanto termos gerais podem ser verificados, não se diz o mesmo das regras. As regras não são verificadas, mas aplicadas a casos e situações particulares, para servir de guia de comportamento e de fonte de respostas às lides judiciais. A textura aberta ocorre nas bordas das regras, onde não há certeza quanto a sua aplicabilidade, ou não, ao caso particular. Sempre pode surgir um caso-limite que recairá na zona de incerteza, não sendo possível afirmar que ele trata-se de uma instância do conceito, cabendo aos juízes exercerem discricionariedade limitada.

A representação a seguir busca elucidar a relação entre os conceitos em questão segundo a leitura aqui proposta:



Cabe, por fim, tecer algumas considerações acerca da perplexidade que o reconhecimento da indeterminação jurídica parece opor à noção de Estado de Direito (*Rule of Law*).

Na base do ideal de Estado de Direito está a ideia de que todos os indivíduos têm o direito de proteção contra a ação arbitrária por parte do Estado ou de outros indivíduos. Assim, a restrição de direitos e liberdades, e a ingerência sobre a esfera patrimonial e pessoal de indivíduos, somente é permitida quando há uma regra que permita esta iniciativa. As regras de uma sociedade que se caracteriza como um Estado de Direito devem ser gerais, claras, prospectivas e cogentes. Elas relacionam fatos operativos a conseqüências normativas. Sempre que verificados os fatos constantes do antecedente, seguem-se as conseqüências previamente estipuladas. Isto garante certeza jurídica e previsibilidade para que os cidadãos possam guiar suas vidas e exercer sua liberdade nos termos em que garantido pelo Ordenamento Jurídico da sociedade na qual estão inseridos.

Em “The Rule of Law and its Virtue”, Raz afirma que o Estado de Direito tem, basicamente, dois aspectos: 1) que as pessoas devem ser reguladas pela lei e obedecê-la; (2) que a lei seja tal que as pessoas possam ser capazes de utilizá-la como guia de sua conduta (RAZ, 2009, p. 210).

Desta ótica, o caráter indeterminado da linguagem e a noção de derrotabilidade parecem irreconciliáveis com os valores de certeza e segurança jurídica nos quais aquele ideal está ancorado.

Neil MacCormick apresenta um argumento consistente que desfaz esta aparente antítese. Segundo o autor de *Rhetoric and the Rule of Law* (2008), é comum imaginar que o caráter argumentativo do Direito é irreconciliável com a noção de Estado de Direito. Mas, pondera o autor, esta contradição dissolve-se quando se avança na compreensão desse ideal. O valor da certeza jurídica, acompanhado pelos princípios da segurança de expectativas jurídicas e da garantia do cidadão contra a interferência arbitrária por parte do governo e seus agentes, configura o “aspecto estático” deste ideal que, contudo, a ele não se reduz. A noção de Estado de Direito compreende também um “aspecto dinâmico”, que bem acomoda o caráter argumentativo do Direito.

Ao contrário do que pode parecer ao senso comum, o fato de o Direito ser uma disciplina eminentemente argumentativa, não implica em teses do tipo que afirmam que o Direito não tem nada a ver com a verdade, que se trata de mera retórica e persuasão, etc., e que, portanto, não há garantia alguma contra a arbitrariedade. A argumentação jurídica deve ser compreendida como um tipo de raciocínio prático, de modo que toda afirmação deverá atender à racionalidade e à razoabilidade (MACCORMICK, 2005, p. 17). Ou seja, toda e qualquer pretensão formulada pelo autor deve estar amparada em razões, o mesmo ocorrendo com qualquer exceção ou defesa que venha a ser apresentada pela parte ré. Este debate, seja ele relativo a questões de fato ou de direito, deve ser controlado por regras que garantam o devido processo legal, entre elas aquelas que prevêm o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade.

A apresentação dos argumentos deve observar a forma de um silogismo jurídico. Este ocupa dois papéis neste tipo de retórica proposto por MacCormick. Um deles é relativo à forma de apresentação dos argumentos pelas partes. O fato de exibir a forma de um silogismo permite que se discutam tanto as premissas gerais (regras), quanto as premissas fáticas e também as conclusões do raciocínio jurídico.

Assim, dada uma regra que liga determinados fatos operativos a conseqüências normativas ( $FO \rightarrow CN$ ), em um contexto procedimental, o resultado da inferência é apenas uma certeza putativa, que sempre está sujeita a derrota, desde que sejam apresentadas razões juridicamente relevantes. Esta nova certeza, por sua vez, também é putativa e, portanto, derrotável diante de outra(s) razões(s) mais consistente(s) do ponto de vista da coerência do sistema jurídico. Segundo o autor, “os processos jurídicos se movem por meio de uma cadeia de certezas putativas que são a cada ponto passíveis de questionamento” (MACCORMICK, 2005, p. 27). Deste modo, pode-se dizer que a retórica, compreendida em termos procedimentais e dialéticos e balizada por argumentos racionais e razoáveis, prevalece sobre a lógica.

O segundo papel que o silogismo ocupa no raciocínio prático jurídico diz respeito à sentença judicial. Do mesmo modo que as pretensões e defesas, as decisões judiciais também devem observar a forma silogística. Cabe ao juiz declinar a regra geral que está sendo utilizada, bem como toda e qualquer especificidade do caso concreto que possa ter derrotado uma inferência a partir de uma regra que seria aplicável ao caso em exame. Isto garante que a decisão não será particularista, no sentido de ser caso a caso, como se não existisse critério algum. Tal decisão será universalizável, isto é, que seus

fundamentos poderão servir de regra para outros casos iguais, nos quais venham a ocorrer as mesmas circunstâncias específicas.

Em resumo, é possível compatibilizar a derrotabilidade e o ideal de Estado de Direito, desde que o raciocínio jurídico atenda aos critérios de racionalidade e razoabilidade mencionados. Ainda que Hart não tenha se preocupado em sistematizar uma teoria da argumentação jurídica em seu projeto de Teoria do Direito, creio que a concepção de MacCormick é perfeitamente compatível com o pensamento de Hart. Isto fica claro no tratamento que dá aos conceitos de vagueza, textura aberta e derrotabilidade, ainda que sua análise tenha priorizado um ponto de vista descritivo.

De outro lado, cabe afirmar que tampouco os problemas de indeterminação semântica devem ser vistos como negativos com respeito ao ideal de Estado de Direito. Como visto, a vagueza e a textura aberta são até mesmo desejáveis em determinadas situações, desde que o próprio ordenamento preveja mecanismos para solução de tais casos. Um certo grau de vagueza e textura aberta é positivo para evitar que o sistema fique engessado, possibilitando, assim, que os termos gerais ganhem novo sentido ao longo do tempo, e que as regras sejam tornadas mais precisas por parte de autoridades e órgãos mais afetos às particularidades de determinadas áreas da atividade humana.

O modelo de sistema jurídico proposto por Hart, formado pela união entre regras primárias e secundárias, estabelece um modo de solução para os casos de indeterminação jurídica. As regras secundárias possibilitam o controle da aplicação das regras primárias. Assim, nem o nobre sonho dos formalistas, nem o pesadelo dos realistas corresponde à realidade das decisões judiciais e da atividade desenvolvida no seio dos tribunais. O Direito não é uma disciplina amparada exclusivamente em um raciocínio lógico-dedutivo e mecânico, como pretendiam os primeiros, tampouco é tudo aquilo que as Cortes dizem que é o Direito. Como ressalta Hart, ainda que ilusórias, tais concepções “têm muito a ensinar ao jurista em suas horas de vigília” (HART, 1983, p. 144). O poder discricionário do julgador deve permanecer restrito aos casos em que há textura aberta do Direito e deve ser exercido dentro dos limites das regras secundárias e procedimentais. A justificação das escolhas cabíveis, diante dos chamados casos difíceis, deve ser pautada pela racionalidade e razoabilidade. Assim, o juiz hartiano não pode comportar-se como o personagem Humpty-Dumpty do conto de Carroll<sup>62</sup>. A ele não é dado atribuir a um termo o significado que bem escolher ao seu arbítrio. Sua interpretação é constrangida pelo contexto de uso do termo pela

---

<sup>62</sup> Referência ao diálogo utilizado de epígrafe ao início.

comunidade lingüística relevante, cabendo-lhe, naqueles casos em que o Direito não é capaz de oferecer uma resposta conclusiva, aplicar a regra levando em conta sua finalidade, as conseqüências de sua aplicação e os valores e objetivos sociais do Ordenamento Jurídico.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Obras e textos de Hart

- [1949] The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49 (1948-1949), pp. 171-194
- [1951] A Logician's fairy tale. *Philosophical Review*, n. 60, 1951, pp. 198-212.
- [1953] Definition and Theory in Jurisprudence. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, pp. 21-48.
- [1958] Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629.
- [1961] *The Concept of Law*, 3ª Ed. UK: Oxford University Press (2012).
- [1967] Problems of the Philosophy of Law. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983. Pp. 88-120.
- [1970] Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, pp. 265-277.
- [1977] American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983. pp. 123-144.
- [1983] *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.

### Obras e textos de outros autores

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALCHURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. New York: Springer-Verlang, 1971.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Coleção Os Pensadores (Vol.2), Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- BÄCKER, Carsten. Rules, Principles and Defeasibility. *Proceedings of the Special Workshop "The Principle Theory"*, 23<sup>rd</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007.
- BAKER, G. P. Defeasibility and Meaning. In: Raz, J.; Hacker, P. Law (Ed.), *Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. New Youk: Oxford University Press, 1977.

- BAKER, G. P. et HACKER, P. M.S. *Wittgenstein. Understanding and Meaning*. 1ª ed. Oxford: Blackwell.
- BANKOWSKI, Zenon. Analogical Reasoning and Legal Institutes. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulriken(Ed.). *Informatics and The Foundations of Legal Reasoning*. Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 177-190.
- BAYÓN, Juan C. Why Is Legal Reasoning Defeasible? *Pluralism and Law*. Arend Soeteman (ed.). Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 327-346.
- BELTRÁN, Jordi F. e RATTI, Giovanni B. Legal Defeasibility: An Introduction. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, pp. 01-17.
- BIX, Brian. *Law, Language and Legal Determinacy*. New York: Oxford University Press, 2003.
- BROZĚK, Bartosz. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004.
- CARPENTIER, Mathieu. *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité em droit*. Tese doutoral defendida na Universidade Paris I – Pantheon Sorbonne Pub.Institut Universitaire Varenne. Collecton des Thèses, nº 99, 2013.
- CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and Legal Determinacy. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, pp. 151-81.
- CHIASSONI, Pierluigi. La deffetibilità nel diritto. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38/2, pp. 471-506.
- COLEMAN, Jules. Constrains on the Criteria of Legal Validity. *Legal Theory*. Vol. 6, 2000.
- COLEMAN. Jules. Negative and Positive Positivism. *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, Jan., 1982, pp. 139-164.
- COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. Tradução de Álvaro Cabral, 2ª Ed., São Paulo, Mestre Jou, 1978.
- DEWEY, John. Logical Method and Law. *Philosophical Review* 33 (6), 1924, pp. 560-572.
- DUMMETT, Michael. *Truth and Other Enigmas*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENDICOTT, Thimoty A. O. *Vagueness in Law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- FINE, Kit. Vagueness, Truth and Logic. *Synthese*, nº 30, 1975, pp. 265-300.

FINKELSTEIN, Claire O. "When the rule swallows the exception". In: Meyer, Linda (Ed.), *On Rule and Reasoning. Essays in Honour of Frederick Schauer*. Oxford : Hart Publishing, 1999.

FULLER, Lon. *Morality of Law*, Rev. Ed., New Heaven and London: Yale University Press, 1969.

FULLER, Lon. Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart. (1958) *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629.

GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. New York: Oxford University Press, 2012.

GUEACH, Peter. Ascriptivism. *The Philosophical Review* LXIX (1960) pp. 221-225

HARPER, Douglas. *Online Etymology Dictionary*. 2001-2015. Disponível em: <<http://www.etymonline.com>> Acesso em:

KOONS, Robert. Defeasible Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Ed.), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/reasoning-defeasible>.

LISBOA, Wladimir Barreto. Formalismo ou Ceticismo Jurídico: A Perspectiva Crítica de Herbert Hart. *Dissertatio*, vol. 35, 2012, pp. 131-140.

LOUI, Ronald P. Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism. *Proceedings of the 5<sup>th</sup> International Conference on Artificial Intelligence and Law*. ACM New York, (1995), pp. 21-30.

MACCORMICK, Neil. Defeasibility in Law and Logic. In: Bankowski, Z., White, I., Hahn (Ed.). *Informatics and The Foundations of Legal Reasoning*. Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 99-117.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*, 2<sup>a</sup> ed. (2008). Tradução Cláudia Santana Martins, Ed. Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and The Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACDONALD, Paulo B. C. *Lei, Justiça e Razão Prática em Aristóteles*. 2010. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/2/browse?value=MacDonald%2C+Paulo+Baptista+Caruso&type=author>

MARANHÃO, JULIANO. Defeasibility, Contributory Conditionals, and Refinement of Legal Systems. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, pp. 53-76.

MARMOR, Andrei. *Law and Interpretation*. Essays in Legal Philosophy. New York: Oxford University Press, 1995 (1997).

MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

- PITCHER, George. Hart on Action and Responsibility. *The Philosophical Review*. Vol. 69, No. 2 (Apr., 1960), pp. 226-235.
- PLATÃO. *A Republica*. CORVISIERI, Enrico (trad.). Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2004..
- PLATO. *Statesman*. SKEMP, J. B. (trans.), England: Bristol Classic Press, England, 1952.
- POSNER, Richard. The Jurisprudence of the Skepticism. *Michigan Law Review*, 86 (1988), 834-835
- POUND, Racoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, Vol. 8 (Dec., 1908), pp. 605-623.
- PRAKKEN, Henry. *Logical Tools for Modelling Legal Argument. Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.
- RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854.
- RAZ, Joseph. On The Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, Vol. 6 (1), March 1993, pp.1-15.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. 2° ed. New York: Oxford University Press, 1979 (2009).
- RODRIGUÉZ, Jorge L. Against Defeasibility of Legal Rules. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press, pp. 87-107.
- RUSSEL, Bertrand. Vagueness. *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*. Vol. 1(2), 1923, pp. 84-92.
- RUSSEL, Bertrand. Vagueness. *Australasian Journal of Philosophy* (1923) 1 (2):84 – 92.
- SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press, pp. 108-136.
- SCHAUER, Frederick *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2003 (2006).
- SCHAUER, Frederick. A Critical Guide to Vehicles in the Park (2008). New York University Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1143645>.
- SCHAUER, Frederick. Exceptions. *The University of Chicago Review*. Vol. 58 (3), 1991 (b).
- SCHAUER, Frederick. Is defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press, pp. 77-88.

SCHAUER, Frederick. On The Open Texture of Law (September 13, 2011). Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1926855> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1926855>

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991 (a).

SEARLE, John. Prima Facie Obligations. In: RAZ, Joseph (ed.) *Practical Reasoning*. Oxford University Press (1978), pp. 81-90.

SHAPIRO, Stewart. The Open-Texture of Computability. Copeland, B. Jack (ed.) et al., *Computability. Turing, Gödel, Church, and beyond*. Cambridge, MA: MIT Press (ISBN 978-0-262-01899-9/hbk; 978-0-262-31266-0/ebook). 153-181 (2013).

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. (Org.) *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRUCHINER, Noel. *Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem Aplicada ao Direito*, 2001. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

TUR, Richard. Defeasibilism and Adjudication. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Great Britain: Oxford University Press, pp. 362-376.

TUR, Richard. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 21, Nº 2 (2001), pp. 355-368.

WAISMANN, Friedrich. *The Principles of Linguistic Philosophy*. New York: St. Martin's Press, 1965.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX* (1945).

WALDRON, Jeremy. Vagueness and the Guidance of Action. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Ed.) *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Great Britain: Oxford University Press, 2011.

WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues. *California Law Review*, vol. 82 (3), pp. 509-540.

WALUCHOW, Wilfried J. Defeasibility and Legal Positivism. In: BELTRAN, F.; RATTI, G. (Ed.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Press, 2012, pp. 254-267.

WALUCHOW, Wilfried. J. *Inclusive Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Anscombe and R. Rhees (eds.), G.E.M. Anscombe (trans.), Oxford: Blackwell, 1953.