

OS CASOS DIFÍCEIS COMO CONSEQÜÊNCIA DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM¹

Clodoveo Ghidolin

A linguagem é uma ferramenta extraordinária para a comunicação. Em certas ocasiões, no entanto, depara-se com dificuldades e problemas gerados pela multiplicidade de funções da mesma, proporcionando resultados insatisfatórios e imprecisos. Defronta-se, neste sentido, com um dilema, a saber, por um lado, seu principal aspecto é a possibilidade de oferecer uma multiplicidade de usos a partir de um conjunto limitado de regras lingüísticas; por outro, essa mesma virtude acaba tomando-se o seu principal defeito, isto é, a multiplicidade de funções resulta em ambigüidades e imprecisões lingüísticas.

Isso ocorre, muitas vezes, porque se procura enquadrar ações diversas ou definições sob um único conceito na tentativa de tornar a linguagem mais simples e objetiva. Alguns conceitos (especialmente os conceitos empíricos) não permitem uma definição exaustiva devido ao constante surgimento de fatos novos e/ou diferentes variáveis interferindo na sua compreensão. Essa dificuldade, entretanto, parece não ocorrer com conceitos das ciências exatas.

O conceito de textura aberta tem recebido grande destaque na área do Direito, principalmente relacionado com a solução de casos jurídicos ou determinação de sentenças. Novos casos têm desafiado os operadores do Direi-

¹ Agradeço o apoio financeiro do CNPq ao projeto de pesquisa “*Razão e Argumentação Jurídica*”, por intermédio do processo n. 40 1683/2004-4, ao qual este trabalho está vinculado.

to no que se refere ao estabelecimento de decisão segura. Uma das dificuldades para oferecer tais respostas pode estar vinculada ao conceito de “textura aberta”. Pretende-se, portanto, em primeiro lugar, discutir as implicações derivadas da definição de conceitos empíricos e a relação destas com a noção de “textura aberta” da linguagem.

O segundo propósito consiste em resgatar a caracterização do conceito, seu enfoque e sua problemática jurídica, além de apresentar a tese de Herbert Hart (2001) a respeito do conceito de Direito e, conseqüentemente, estabelecer a relação existente entre os chamados casos difíceis e a textura aberta da linguagem.

Num terceiro momento busca-se mostrar que a existência de casos difíceis pode ser um fator natural e inevitável da linguagem, também por aspectos fáticos. Finalmente, que os efeitos da textura aberta se tornam fatores essenciais para a atualização do Direito, ou seja, permitem que certos casos sejam avaliados e solucionados no momento oportuno em vista das limitações normativas.

HISTÓRICO DO CONCEITO DE TEXTURA ABERTA

A textura aberta (embora não destacada dessa forma) foi tratada pela primeira vez por Wittgenstein (apud Struchiner, 2002, p. 24ss), o qual procurou relacioná-la com o conceito de hipótese. Segundo ele, quando se submete uma conjectura a testes empíricos objetiva-se comprovar ou refutar a alternativa. Mas as verificações não permitem concluir com segurança a veracidade da mesma; ela simplesmente não foi comprovada. Esse processo ocorre de maneira semelhante ao método “falseacionista” de Popper (2000), que consiste num procedimento com as seguintes etapas: identificar problemas existentes; após esta atividade procura-se elaborar alternativas (hipóteses) que permitam resolver as questões identificadas. Em seguida, é necessário submeter cada uma das conjecturas criadas a testes práticos a fim de verificar os resultados, ou seja, verifica-se, a partir dos testes práticos, quais hipóteses foram corroboradas ou refutadas.

Segundo tal concepção, nenhuma teoria é considerada verdadeira, mas se escolhe a melhor alternativa disponível para o momento, para o caso. É um método que não busca verdade, mas tentativas de falsear hipóteses. Aquelas que não são rejeitadas passam a ser as hipóteses-padrão até o momento em que uma nova e melhor alternativa for criada.

Em síntese: há observação de fatos (conhecimento da realidade); identificação de problemas relevantes que surgem de conflitos entre expectativas e teorias existentes; criação de hipóteses de acordo com problemas passíveis de testes; aplicação das hipóteses a testes práticos com intuito de corroborar ou refutar as mesmas (tentativa de falseamento pela observação e/ou experimento); observar os resultados obtidos. Em decorrência, algumas serão rejeitadas e outras corroboradas. Se uma conjectura não supera os testes, estará falseada, refutada, exigindo nova reformulação ou nova hipótese. Aquela ou aquelas que forem corroboradas permanecem até que se tenha a necessidade de criar novas propostas.

A partir dessa metodologia a concepção de ciência é concebida como não-acumulativa; não é um espelho fiel da realidade; não é fruto de um conjunto de fatos observados; não são os fatos que devem adequar-se às teorias, mas o procedimento inverso. A ciência passa a ser uma atividade constante de revisão dos seus dados e resultados a partir de uma atitude crítica do cientista, que não se defronta com experiências iguais.

O cientista é desafiado a todo instante a desenvolver sua capacidade criativa na busca de novas alternativas (no caso da Ciência Jurídica este papel estaria nas mãos do juiz, como aquele que preenche ou encontra a melhor alternativa para o caso). A resolução de problemas depende da criatividade do pesquisador e não somente da experiência adquirida ou acumulada. Ele deve propor hipóteses mais adequadas, pois as respostas não estão prontas, como afirmavam os indutivistas (tese também defendida pelo positivismo jurídico). Nenhuma conjectura, portanto, pode ser considerada como absolutamente certa ou verdadeira, em vista daquilo que em seguida ficou conhecido como textura aberta. Segundo Baker (apud Struchiner, 2002, p. 23),

uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, nem nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna provável em função das evidências que servem para confirmá-las, mas nunca certa.

Para melhor compreensão torna-se necessário definir este conceito. A textura aberta é, por definição, “a possibilidade permanente da existência de uma região de significado em que não há uma segurança se a palavra se aplica ou não” (Struchiner, 2002, p. 6). Esse problema ocorre com a maioria dos conceitos empíricos. Por isso, a verificação de afirmações raramente será conclusiva. Segundo o autor, a textura significa que os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva (pode reduzir ou estender o escopo do conceito), podendo surgir espaços para as dúvidas sobre o seu significado (flexibilidade de definição). As definições, sejam elas amplas demais e/ou restritas demais, podem ser motivadas por fatores não-intencionais ou intencionais, a fim de obter sucesso a todo custo em uma disputa. Para melhor compreensão de tais afirmações faz-se uso da metáfora do “foco de luz” destacada por Genaro Carrió. Segundo ele (1998, p. 33),

há um foco de intensidade em que se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não há dúvidas sobre a aplicabilidade da palavra. Há uma mediata zona de obscuridade circundante que enquadra todos os casos nos quais não há dúvida de que [a palavra] não é [aplicável].²

Percebe-se que um conceito empírico não permite uma descrição total das situações que caem sob o conceito, ou ainda, não abarca a totalidade da classe em que o conceito se aplica.

O motivo disso é, mais uma vez, referente à linguagem, pois ela não está preparada para tratar de todas as possibilidades de casos definidas pelo conceito. Esse tipo de problema ocorre mesmo num sistema jurídico como o da

² Hay un foco de intensidad donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. (1998, p. 33)

Common Law. Não existe uma única propriedade necessária e suficiente capaz de determinar todos os casos que devem pertencer ao precedente. Poderá haver casos que fogem aos critérios operacionais que se identificam com o precedente.

O segundo fator a ser ressaltado é que a textura ocorre também entre as normas em vista dos termos e conceitos que as compõem. Não existe procedimento capaz de identificar todos os casos possíveis com segurança. Cada conceito pode ter uma região de penumbra devido às variadas funções.

Basta observar as afirmações sobre a multiplicidade de formas e funções que a linguagem comporta, destacada por Copi (1978) e, extensionalmente, os conceitos que compõem as proposições também podem receber esta variedade de funções, gerando, conseqüentemente, ambigüidades e indecisões. Alguns exemplos podem demonstrar tal afirmação: *perigo eminente, prazo razoável, justiça, alta velocidade, propriedade, seqüestro, função social*, etc. Mas isso não significa que todos os conceitos sejam imprecisos, pois haverá situações em que os casos não suscitarão dúvidas.

Retomando a noção de textura aberta, pode-se observar que o destaque foi evidenciado por Friedrich Waismann (aluno de Wittgenstein), o qual sustenta que “o significado de uma afirmação é o seu método de verificação, investigando o que se quer dizer por método de verificação”. (apud Struchiner, 2002, p. 12).

Observe-se que a textura aberta recebeu destaque recentemente, mais especificamente na década 60 do século passado, por Hart em sua obra *O conceito de Direito*. O autor procura redefinir o Direito como a união de regras primárias e secundárias, afirmando ser possível identificar casos de fácil resolução e de difícil solução (*hard cases*). O primeiro tipo é resultante da utilização do silogismo jurídico como ferramenta para a obtenção de soluções claras e seguras, pressupondo que muitos deles se enquadram na subsunção normativa. Além dos casos fáceis, no entanto, existe também uma parcela de casos difíceis. Isto se deve a reflexões e análises acerca da dicotomia entre mundo dos fatos e mundo jurídico. A segunda classe de fatos, a saber, casos difíceis, surgem por se acreditar que no Direito não há uma resposta única para certos casos e, portanto, resolvê-los não consiste em “calcular” sua solu-

ção. Conseqüentemente, a resposta pode envolver uma situação de fronteira entre duas opções igualmente possíveis e legítimas (caso em que se envolve conflito de princípios).

Retomando a nova caracterização de Hart, as regras primárias correspondem às regras de condutas que regulamentam a vida dos cidadãos, também conhecidas como regras de sanção. Já as regras secundárias são aquelas que conferem poderes para alteração, reforma, atualização, julgamento, procedimento, tipo de pena, reconhecimento e validade de normas. As regras secundárias são, pois, subdivididas em três tipos: regras de reconhecimento, de alteração e de poder. A presente análise volta-se ao primeiro tipo, a saber, a regra de reconhecimento. Esta norma tem a função de conferir validade às normas de conduta (primárias), e nem sempre é positivada no ordenamento. Compõe-se de critérios, estes sim positivados, que permitem validar normas primárias. Em outras palavras, uma norma só será válida se passar pelos critérios da regra de reconhecimento.

Mas para compreender melhor sua caracterização de Direito, é preciso verificar que Hart procura defender uma posição intermediária entre o positivismo e o ceticismo. Segundo ele, no Direito aparecerão casos que serão resolvidos de maneira clara, pois fazem parte dos casos simples e ordinários, ou seja, fazem parte do centro do “raio de luz”.

Sustenta, por outro lado, que haverá casos que não serão resolvidos de maneira simples e operacional, como imaginavam os formalistas, pelos critérios e regras expressos no Direito. Para solucioná-los serão necessários elementos exteriores às regras. Esse tipo de problema é resultado do que ele denomina “textura aberta” da linguagem. Sabe-se que regras são compostas por palavras e conceitos formando um enunciado, ou seja, uma expressão finita. Jamais será possível abarcar todas as situações com um conjunto limitado de símbolos, porque os casos são infinitos. Além disso, as regras são elaboradas num tempo e espaço característico e normal, não contemplando as situações excepcionais que põem à prova as normas, a habilidade e a criatividade do Judiciário. É neste momento que surgem as dificuldades.

O PONTO DE VISTA DE HART

Segundo Hart, os problemas dos casos difíceis têm origem em dois fatores. Em primeiro lugar, pela existência de inconsistência de normas. Em segundo, pela vaguidade da regra de reconhecimento ou dos conceitos que compõem as regras primárias. Neste caso surgem duas novas situações.

- a) A primeira ocorre porque os conceitos que compõem a regra de reconhecimento não permitem identificar os casos e garantir a validade das regras primárias. Ou seja, em algumas situações haverá casos nítidos para sua tipificação e, em outras, haverá razões tanto para afirmar quanto para negar a tipificação ou a validação da regra. Alguns serão enquadrados no núcleo sólido do conceito (certeza, centro do raio de luz – Carrió, 1998), enquanto outros, na zona de penumbra (dúvida, conforme se distancia do raio torna-se obscuro) da regra geral. Isso porque existe uma zona de imprecisão lingüística que permeia as definições conceituais. Além disso, normas são padrões gerais que servem de guia no direcionamento da decisão, sendo que esses padrões de interpretação podem não resolver certas dificuldades, pois eles mesmos tratam de linguagem e estão sujeitos às imperfeições da linguagem e da interpretação.
- b) No segundo caso a ambigüidade é resultante da definição limitada (por questões de fato) dos conceitos que compõem as regras primárias – propriedade tanto dos termos quanto das normas. Isso pode gerar aquilo que Hart (2001, p. 134) afirmou como casos de “penumbra” ou “zona da franja”.

Já para Alchourrón e Bulygin (1971), esses problemas relacionados com a linguagem podem ser melhor compreendidos a partir de uma clara definição de norma. Segundo eles, normas são sentenças hipotéticas ou condicionais compostas por duas partes: o antecedente, que estabelece uma descrição de casos (β), ou seja, compõe-se de enunciado descritivo de casos gerais; a segunda é o conseqüente da norma, composto por um enunciado prescritivo de sanção (Φ) e por operadores deônticos (μ), que determinam as conseqüências normativas do caso submetido ao caso genérico (do antecedente). Tais afirmações podem ser ilustradas da seguinte forma:

Se β então μ_Φ

Assim, a função do operador do Direito é subsumir os casos individuais à regra geral, a fim de oferecer uma solução normativa. Mas essa tarefa nem sempre é tão simples e operacional como parece. Haverá situações adversas que impedem a resolução de maneira simples e clara em vista da vaguidade. Isso ocorre quando o operador submete o caso à regra (β) e encontra dificuldades para identificar e determinar a solução. Um fator responsável pode ser a falta de informações referentes ao caso específico, isto é, as informações recolhidas sobre o caso são insuficientes para permitir a subsunção; a este tipo de problema denomina-se *lacuna de conhecimento*.

Norma	Se (caso genérico), então (tipificação).
Caso individual	Caso individual ϕ (carece de dados para subsumir ao caso genérico)
Solução	Solução μ para o caso individual ϕ (dificuldade para determinar a solução em vista do problema acima)

Silogismo 1: Exemplo de lacuna de conhecimento.

O outro motivo deve-se à indeterminação de algum conceito da norma que tipifica o caso genérico e impede de subsumir o caso individual. Em outras palavras, mesmo diante de todas as informações referentes ao caso, torna-se difícil enquadrar no caso genérico (β), em razão da vaguidade deste último, havendo, assim, tanto a possibilidade de subsumir quanto a de não subsumir o caso individual. A este tipo de situação denomina-se *lacuna de reconhecimento*. (Alchourrón; Bulygin, 1971, p. 31-33).

Norma	Se (caso genérico com vaguidade), então (tipificação).
Caso individual	Caso individual ϕ (logo, dificuldade para subsumir)
Solução	Solução μ para o caso individual ϕ (dificuldade em solucionar)

Silogismo 2: Exemplo de lacuna de reconhecimento

Sendo assim, Hart afirma que para o Direito é inevitável e necessária a existência da textura aberta. Haverá, para uma classe de casos, regras claras que proporcionam a resolução de maneira formal e garantindo a segurança jurídica. Por outro lado, é preciso deixar em aberto certas questões para serem apreciadas no momento oportuno e conforme a necessidade, permitindo, com isso, uma atualização e uma relação mais estreita entre realidade social e Direito posto.

A textura desempenha, neste sentido, uma função fundamental para essa atividade, pois incorpora as oscilações que a sociedade, o Direito e a própria linguagem exigem. Logo, haverá casos, e são a maioria, que se enquadram no núcleo de certeza jurídica, garantindo a resposta segura proposta pelos formalistas. De outro lado, isso permitirá que outros deles sejam analisados no momento oportuno e com ferramentas mais adequadas a esses casos difíceis. Neste sentido o juiz deve aplicar o Direito nos casos claros, e nas questões de penumbra deve desenvolver sua capacidade criativa e construtiva. (apud Struchiner, 2002, p. 121). Afirma ainda o autor (p. 122) que

a textura aberta da linguagem é vantajosa porque incorpora essa oscilação entre esses dois extremos: a necessidade de certeza e a necessidade de deixar certas questões em aberto para serem apreciadas no tempo adequado. A textura aberta não contribui apenas para o funcionamento do direito, permitindo que o escopo das regras jurídicas seja lapidado nos casos situados na região de penumbra. Na verdade, o fenômeno da textura aberta da linguagem, além de ser uma característica inerente à natureza da linguagem, contribui para nossa comunicação cotidiana. A textura aberta de um termo geral permite que ele passe a englobar as novidades da vida.

A vaguidade lingüística e a fática podem, dessa forma, ser as responsáveis pela origem dos casos difíceis. Pretende-se, a seguir, apresentar uma classificação da vaguidade em três níveis, observando a conexão e a implicação entre eles.

CLASSIFICAÇÃO DE VAGUIDADE

Sugere-se a seguinte classificação de níveis de vaguidade envolvendo casos difíceis no Direito:

1 – No nível ontológico: existe a limitação cognitiva, seja do ponto de vista lógico como fático. Não se tem a capacidade de pensar nem de prever todos os fatos, mesmo na área jurídica. Somos homens e não deuses.

2 – No nível de legislação: ocorre uma subdivisão em: a) *impossibilidade cognitiva* – ocorre porque o legislador é limitado (cognitivamente) e não consegue prever todos os casos futuros. Além disso, há indeterminação de objetivos, metas e interesses a respeito das normas. Procura-se, assim, elaborar normas mais abrangentes possíveis ou restritivas, a fim de evitar problemas que inviabilizariam a obtenção de solução normativa. Mas tais fatores produzem a vaguidade de conceitos e normas; b) *problemas semânticos* – as normas tornam-se muito abrangentes, não-exaustivas ou muito restritivas, não abarcando muitos casos ou casos inéditos. Este nível (2 b) é conseqüência do anterior (2 a) que, por sua vez, é resultante da limitação no nível 1. Tal problema, no nível da elaboração legislativa, será constatado, inevitavelmente, no nível 3 da aplicação jurídica (fática).

3 – No nível de aplicação (julgamento): há uma subdivisão em: a) *problema semântico* – conhecido como lacuna de reconhecimento (Alchourrón; Bulygin, 1971) – ocorre quando há imprecisão lingüística; a linguagem não permite abarcar todas as situações fáticas; seus conceitos (que compõem normas) não possuem definição exaustiva. Hart define tal situação como caso de penumbra. É conhecido também como indeterminação semântica ou vaguidade de conceito geral (p. 31-32). A superação dessa vaguidade

depende do contexto em que o conceito será usado (p. 29). Essa situação encontra-se no nível “empírico”. Exemplo: conceitos como “propriedade”, “razoabilidade”, “tempo hábil”, “função social”, “justiça”. Este nível resulta da vaguidade dos níveis 1 e 2; b) *problema fático* – conhecido como lacuna de informação (Alchourrón; Bulygin, 1971), ocorre quando surgem situações novas ou casos que possuem poucas informações a seu respeito. Faltam informações necessárias para se compreender o caso; tudo o que há torna-se insuficiente para subsumir o caso à regra, dificultando a classificação ao caso genérico. Essa forma de vaguidade é decorrência do nível 2, que por sua vez deriva do nível 1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é caracterizado tradicionalmente como instrumento de regulação da conduta humana. suas normas devem ser claras e precisas (a característica do ordenamento jurídico é ser coerente, completo, fruto da vontade do Estado e por obra do legislador), a fim de oferecer respostas precisas e seguras. A ausência desta certeza jurídica produziria desconfiança no sistema, descontentamento da sociedade, flexibilidade de decisões, permitindo que uma das partes do litígio possa beneficiar-se sem ter direito. Ou seja, é o início da prática da injustiça. Tal posição formalista, no entanto, parece não se sustentar diante das transformações diárias que envolvem a atividade jurídica.

Neste sentido, a posição de Hart não é um completo abandono das respostas formais. Sua posição moderada permite, pelo contrário, sustentar que a maioria das soluções jurídicas sejam definidas de maneira formal, no núcleo seguro da legislação (posição dogmática). Existem, no entanto, certos casos que fogem a essa certeza – os chamados casos difíceis –, em que a adoção de uma resposta ou de sua oposta pode ser aceitável ou viável em ambas. A proposta é que a resolução dos mesmos seja executada mediante o exercício do poder discricionário do juiz. Esta nova função não caracteriza exercício ilegal ou incompatível com a atividade judiciária, mas uma função necessária para adequar o Direito, concebido como justiça, à realidade social.

REFERÊNCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. New York: Springer Verlag, 1971.
- BIX, Brian. *H. L. A. Hart and the open texture of language*. Law and Philosophy. England: Springer Netherlands, 1991. p. 51-72. n. 1, vol 10.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- COPI, Irving. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LYON, David. *Open texture and the possibility of legal interpretation*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=212328>. Acesso em: jun. 2005.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2000.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.