

# LINGUAGEM E DIREITO: A “TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM” E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

## LANGUAGE AND LAW: THE "OPEN TEXTURE OF LANGUAGE" AND ITS IMPLICATIONS FOR LEGAL INTERPRETATION

Francisco Yrallyps Mota Chagas<sup>1</sup>

José Evandro Alencar Correia<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo trata do papel da linguagem para o Direito e suas implicações para a interpretação jurídica. A análise é feita a partir da concepção que a linguagem adquiriu no decorrer dos tempos e como tal passou-se de uma concepção “objetivista” e “essencialista” – presente na “semântica tradicional” – para uma concepção “pragmática”, que surgiu em meados do século XX, a partir da segunda fase do pensamento do filósofo da linguagem Ludwig Wittgenstein. Constata-se que tal concepção parece ter influenciado filósofos do Direito como H. L. A. Hart que, ao analisar os problemas da “linguagem normativa”, trabalhou com o conceito de “textura aberta do Direito”. Verifica-se que os problemas que a “linguagem ordinária” apresenta para o pensamento humano têm reflexos na “linguagem normativa” e tais problemas acarretam, por sua vez, problemas para a interpretação jurídica.

**Palavras-chave:** Linguagem natural. Linguagem normativa. Textura aberta do Direito. Interpretação jurídica.

**Abstract:** This study addresses the role of language for the law and its implications for legal interpretation. The analysis is made from the meaning acquired by the language in the course of time, where it spent of an "objectivist" conception and "essentialist" (present in the "traditional semantic") to a conception "pragmatic," which emerged in the mid 20th century, from the second phase of the thought of the philosopher of language Ludwig Wittgenstein. It is noted that this conception seems to have influenced philosophers of law as H. L. A. Hart that in analyzing the problems of "normative language", worked with the concept of "open texture of the law". It appears that the problems that the "ordinary language" has to the human thought generates repercussions into the "language rules" and these problems, in turn, generate another problems to the legal interpretation.

**Keywords:** Natural Language. Normative Language. Open Texture of Law. Legal Interpretation.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).  
Email: yrallypsmc@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).  
Email: evandrocorreia@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Desde a descoberta da linguagem como o “*médium* constitutivo de todo o sentido e validade” (HERRERO, 2008, p. 166) para o conhecimento humano, a análise da linguagem despertou e tem despertado o interesse de filósofos não só da linguagem, mas do Direito também. Porém, verifica-se que o problema da linguagem remonta a tempos longínquos, mais precisamente à Antiguidade Clássica, e a concepção que a linguagem adquiriu de lá para cá mudou muito no decorrer dos tempos. Inicialmente, a linguagem era entendida como um elemento secundário e instrumento de expressão do conhecimento humano. Porém, tal concepção mudou radicalmente em meados do século XX. O responsável por essa mudança radical foi o filósofo da linguagem Ludwig Wittgenstein que, ao escrever a obra *Investigações Filosóficas* na segunda fase de seu pensamento, passou a conceber a linguagem não mais como um instrumento posterior ao conhecimento e sim condição de possibilidade do próprio conhecimento humano.

Tal reviravolta epistemológica parece ter influenciado diversos filósofos, não só da linguagem, mas também do Direito. Um deles foi H. L. A. Hart que, ao analisar o problema da linguagem do Direito, trabalhou o “fenômeno da textura aberta da linguagem” e suas implicações para o Direito e para a interpretação jurídica.

O presente trabalho aborda essas questões. Investigou-se a concepção que a linguagem adquiriu no decorrer dos tempos, desde aquela defendida pela tradição até o advento da “virada pragmática” que ocorreu em meados século XX com o “segundo Wittgenstein”. Em seguida, analisaram-se os problemas que a “linguagem ordinária” podem apresentar para a “linguagem normativa” e suas implicações para a interpretação jurídica. Por fim, investigou-se como a “concepção pragmática” da linguagem pareceu ter influenciado filósofos do Direito como Hart e como ele abordou essas questões no âmbito da interpretação jurídica.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LINGUAGEM

A reflexão sobre a linguagem remonta à Antiguidade Clássica, onde, através da obra o *Crátilo*, escrito por volta do ano 338 a.C., Platão tomou posição em relação a uma pergunta que, segundo Oliveira (2006, p. 17-18) surge no início de qualquer consideração

sobre a “significação linguística”, qual seja: “por meio de que uma expressão adquire sua significação?”. Para responder essa pergunta, Platão assumiu posição ao lado de uma concepção de linguagem que se tornou, durante muito tempo, a concepção fundamental de linguagem no Ocidente. Ela dizia respeito à *essência* da linguagem humana e sua função para o conhecimento (OLIVEIRA, 2006, p. 18).

No *Crátilo*, Platão apresenta um diálogo entre os personagens Crátilo e Hermógenes, no qual travaram uma disputa entre duas posições antagônicas, que na historiografia da linguagem receberam o nome de naturalismo e convencionalismo. No naturalismo, defendido por Crátilo, há uma conexão íntima, necessária e direta entre linguagem e realidade. Nesse sentido, haveria entre os nomes e as coisas um vínculo natural independente do arbítrio humano. Já o convencionalismo, defendido por Hermógenes, “nega a existência dessa conexão direta porque os nomes se referem às coisas apenas por convenção [*thesei*] firmada por hábitos comunitários” (SGARBI, 2007, p. 18). Dito de outra forma, para o naturalismo “cada coisa tem nome por natureza (*physei*)”; já para o convencionalismo “a significação [dos nomes] é fruto de convenção e do uso da linguagem (*Syntheke kai homologia*, 384 d)” (OLIVEIRA, 2006, p. 18).

Oliveira (2006, p. 19) explica que Platão conduziu essa discussão de modo que explicitou a sua posição acerca desses dois extremos, uma vez que estabeleceu uma visão intermediária entre eles, já que para o filósofo grego, assim como para todo o pensamento da época, “as coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si mesmas”, de modo que, ao lidarmos com as coisas, temos de nos orientar conforme a natureza delas. Ademais, para os gregos, assim como para Platão, o pensamento é contemplativo, ou seja, por meio do pensamento é possível captar o “ser verdadeiro”, a “ordem objetiva” das coisas.

A partir dessas considerações, surge a seguinte questão: qual o papel da linguagem no pensamento grego? Segundo Oliveira (2006, p. 19-20), o papel da linguagem na “semântica tradicional” consiste “na expressão adequada da ordem objetiva das coisas”, isto é, a linguagem tem o papel de *expressar* a “ordem objetiva” das coisas. Adepto dessa concepção de linguagem, como não poderia deixar de ser, Platão afirmou que há uma correspondência fundamental (uma isomorfia) entre “estrutura gramatical” (linguística) e “estrutura ontológica”. Assim, na teoria platônica da linguagem há uma correspondência necessária entre *linguagem* e *ser*.

Além disso, para Platão, a linguagem é um instrumento por meio do qual distinguimos as coisas umas das outras a partir de suas essências<sup>3</sup>. Todavia, o filósofo admite que na formação das palavras há também muita convenção, mas tais convenções não são explícitas nem arbitrárias, e sim decorrem dos costumes obtidos da tradição e dos usos da língua. Não são arbitrárias porque, para Platão, “A linguagem tem de ser apropriada ao ser, como sua expressão ou apresentação e, por isso, não pode ser estabelecida arbitrariamente” (OLIVEIRA, 2006, p. 20-21).

Percebe-se, assim, que Platão buscou conciliar dois extremos, a saber: naturalismo e convencionalismo. Porém, Oliveira (2006, p. 22) destaca que por trás de todas essas discussões está a ideia presente em todo o pensamento tradicional sobre a linguagem humana: de que é possível conhecer as coisas (a realidade) sem os nomes (sem a linguagem). Segundo o autor,

Aqui está a *tese fundamental de Platão* e de toda filosofia do Ocidente: ele pretende, com essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (*alétheia ton onton*) e que o real só é conhecido verdadeiramente em si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem *mediação lingüística*. A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independente dela (2006, p. 22, grifo do autor).

Portanto, a tese fundamental, presente no pensamento platônico, é a distinção radical entre pensamento e linguagem, isto é, o acesso ao real não se dá pela linguagem e sim pelo puro pensar (contemplação). Neste caso, a linguagem é reduzida à “expressão secundária”, ou seja, um mero instrumento posterior do pensamento. Em outras palavras, primeiro se conhece a realidade em si, depois ela é expressa através da linguagem. A linguagem aqui, portanto, tem uma *função meramente designativa* (OLIVEIRA, 2006, p. 22-23). Conforme Oliveira (2006, *passim*), este é o ponto de partida das reflexões sobre a linguagem que, durante muito tempo, tornou-se a concepção fundamental da linguagem no Ocidente.

Essa concepção começou a mudar a partir da segunda fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) que teve como marco sua obra *Investigações filosóficas*,

---

<sup>3</sup> Oliveira (2006, p. 20, grifo do autor) ilustra essa ideia com um exemplo: “[...] quando digo, por exemplo, a palavra *elefante* separo, distingo a classe de coisas que são designadas com esse nome de todas as outras. Os nomes distinguem, separam as essências. Daí por que o nome é ‘*organon diacriticon tes ousias*’ 338 c. Quando é exato, um nome apreende as coisas, entre as diversas, que têm a mesma essência e por isto ele serve para ensinar. O nome é um *instrumento de ensino* (*didascalicon*, 388 b)”.

publicada postumamente em 1953. Profundamente influenciado por Frege<sup>4</sup>, Wittgenstein desenvolveu em *Investigações filosóficas* acirradas críticas às ideias defendidas no *Tractatus logico-philosophicus*, sua primeira grande obra (PENCO, 2006, p. 134)<sup>5</sup>. No *Tractatus*, ele defendia um paralelismo (isomorfismo) entre linguagem e realidade, ao afirmar na proposição de nº 5.6 que “*Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo*” (WITTGENSTEIN, 1968, p. 111, grifo do autor). Assim, “À linguagem universal, logicamente transparente e que representa fatos, Wittgenstein atribui um caráter *formador de mundo*” (HABERMAS, 2004, p. 77, grifo do autor). No *Tractatus* Wittgenstein adotou a tese tradicional do caráter secundário, instrumental e designativo da linguagem (OLIVEIRA, 2006, p. 119).

Conforme destacado, para a tradição o mundo em si é conhecido pela razão (pelo pensar, pela contemplação) e depois esse conhecimento é comunicado aos outros através da linguagem (caráter instrumental e secundário da linguagem). Nesse sentido, a linguagem não é constitutiva do conhecimento humano. A linguagem é, sim, instrumento posterior ao conhecimento. Em *Investigações filosóficas*, Wittgenstein criticou fortemente essa concepção de linguagem. Oliveira (2006, p. 125, grifo do autor) explica que para esse “segundo Wittgenstein” “[...] a tradição tem uma concepção *subjetivista e individualista* da linguagem humana”. Individualista porque não leva em conta a função comunicativa e interativa da linguagem (abstrai o “mundo vivido”) e subjetivista porque considera que as convenções e regras linguísticas são decorrências imediatas da intuição do sujeito falante, e não resultantes de um processo de socialização, isto é, a linguagem se constitui de forma privada.

Uma das críticas mais veementes de Wittgenstein à concepção tradicional da linguagem diz respeito às funções da linguagem. Em *Investigações filosóficas*, ele não negou o caráter designativo da linguagem, mas criticou fortemente o exagero da tradição que via na designação a única ou a mais importante função da linguagem. Para ele, essa é uma concepção reducionista, já que a linguagem exerce diversas funções além de designar objetos (OLIVEIRA, 2006, p. 127). Com efeito, na proposição de número 23, Wittgenstein (1999, p. 35-36) oferece uma lista de possíveis funções que a linguagem humana exerce, tais como: comandar, descrever objetos, relatar um acontecimento, cantar, pedir, agradecer, saudar, orar, entre outras.

---

<sup>4</sup> Friedrich Ludwig Gottlob Frege foi um matemático, lógico e filósofo alemão que viveu entre 1848 e 1925.

<sup>5</sup> Penco (2006, p. 135) destaca que nas *Investigações filosóficas* são mantidas algumas ideias centrais do *Tractatus*, como a consideração de que a filosofia é uma atividade e não uma doutrina.

Assim, para o “segundo Wittgenstein”, a designação é apenas uma das inúmeras funções possíveis da linguagem. Além disso, a linguagem não é um elemento posterior ao conhecimento, mas sim elemento constitutivo do próprio acesso do homem ao mundo. A linguagem não é algo individual (privado) – como defendia a tradição – e sim público (intersubjetivo), e mais, o conhecimento humano é essencialmente *mediado* pela linguagem, isto é, só é possível acessar ao mundo via linguagem. A linguagem passa o ser o *médium* e condição de possibilidade do próprio conhecimento humano, a “esfera transcendental”, e não apenas um instrumento posterior de transmissão do conhecimento. ´

Segundo Oliveira (2006, p. 127, grifo do autor):

É exatamente essa pressuposição da teoria lingüística do *Tractatus* que agora é posta em questão: não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre *por meio da linguagem* (IF 101-104, 737, 380, 379, 384<sup>6</sup>).

Penco (2006, p. 134) destaca que Wittgenstein reinterpreto o “princípio do contexto”, elaborado de forma muito superficial por Frege, e tirou daí conclusões radicais para sua (nova) filosofia da linguagem. Para o autor, Wittgenstein se preocupou: “(i) em aprofundar os *diferentes usos* da linguagem que Frege tinha esboçado quando falou de tom e força, e (ii) em desenvolver a idéia segundo a qual o sentido sempre depende do contexto” (PENCO, 2006, p. 135, grifo do autor). Porém, o *contexto* para Wittgenstein não tem um “sentido estrito”, como em Frege. O *contexto*, para aquele, é uma “forma de vida” que ele identificou como linguagem, isto é, “a linguagem está indissolúvelmente ligada a um contexto de ações, usos, instituições” (PENCO, 2006, p. 135).

Portanto, o elemento fundamental do “segundo Wittgenstein” é o “princípio do contexto” de Frege reinterpretado. O contexto, aqui, é “forma de vida” (“mundo vivido”), isto é, “o contexto prático associado ao uso de certos jogos de linguagem” (BRANQUINHO, 2006, p. 435). Na verdade, “formas de vida” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 66)<sup>7</sup> diferentes que dão significado às palavras. Wittgenstein designou essas “formas de vida” como “jogos de linguagem”<sup>8</sup>. Um “jogo de linguagem”, de acordo com Penco (2006, p. 135), “é um contexto

---

<sup>6</sup> Proposições presentes nas *Investigações filosóficas* em que essa ideia fica evidente.

<sup>7</sup> Na proposição de número 120 Wittgenstein (1999, p. 166) afirma: “Quando falo da linguagem (palavra, frase, etc.) devo falar da linguagem do cotidiano”.

<sup>8</sup> Wittgenstein (1999, p. 30, grifo do autor) apresentou, em *Investigações*, vários exemplos de produções linguísticas, a que designa, a partir da proposição de nº 7, “jogos de linguagem”, vejamos: “Na *práxis* do uso da linguagem (2), um parceiro enuncia as palavras, o outro reage de acordo com elas; na lição da linguagem, porém,

de ações e palavras no qual uma expressão pode ter um significado”. Ao defender o “*uso contextualizado* da linguagem”, Wittgenstein se levantou contra sua antiga concepção de linguagem, presente no *Tractatus*, à medida em que ao se questionar quais seriam as partes componentes da realidade, ele concluiu que a resposta “seria dependente do contexto, sendo, por conseguinte, totalmente subordinado ao jogo de linguagem que se está jogando” (BOTELHO, 2010, p. 20-21).

Vale destacar que, para Wittgenstein, não há apenas um “jogo de linguagem”, mas uma variedade de “jogos de linguagem”, bem como “formas de vida históricos”, e tais “jogos de linguagem projetam horizontes de sentido intersubjetivamente partilhados e deixam sua marca em formas de vida culturais” (HABERMAS, 2004, p. 82-84). Branquinho (2006, p. 435) destaca que, além do *uso* e do *contexto*, Wittgenstein apresentou outras duas noções cruciais associadas ao conceito de “jogo de linguagem”, a saber: *finalidade* e a noção de seguir uma *regra*. Como “jogos” que são, os “jogos de linguagem” possuem “regras”. Assim, compreender uma expressão linguística é compreender as “regras” que regem o “jogo de linguagem” no qual a expressão está inserida.

Para ilustrar, Branquinho (2006, p. 435) cita o exemplo presente na proposição de número 2 da obra *Investigações* onde, naquele “jogo de linguagem”, a *finalidade* é a construção de casas. No caso ilustrado, quando o “construtor A” grita a palavra “lajota”, por exemplo, o “ajudante B” leva ao “construtor A” as “lajotas” que aprendeu a levar ao ouvir esse chamado (WITTGENSTEIN, 1999, p. 28). Logo, Branquinho (2006, p. 435) esclarece que “só à luz dessa finalidade [a construção de casas] faz sentido o uso que se faz da palavra “late” [ou lajota]”. Além disso, “[...] é necessário que os intervenientes desse jogo de linguagem sigam certas regras no que respeita ao uso do termo”. Portanto, para Wittgenstein (WITTGENSTEIN, 1999, p. 93, grifo do autor) “‘seguir a regra’ é uma *praxis*”. Branquinho (2006, p. 435) arremata afirmando que “Em jogos de linguagem diferentes seguem-se regras diferentes; mas essas regras não são estabelecidas explicitamente: estabelecem-se implicitamente, por meio do uso”.

---

encontrar-se-á *este processo*: o que aprende *denomina* os objetos. Isto é, fala a palavra, quando o professor aponta a pedra. – Sim, encontrar-se-á aqui o exercício ainda mais simples: o aluno repete a palavra que o professor pronuncia – ambos processos de linguagem semelhantes. Podemos também imaginar que todo o processo do uso das palavras em (2) é um daqueles jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Chamarei esses jogos de ‘*jogos de linguagem*’, e falarei muitas vezes de uma linguagem primitiva como de um jogo de linguagem [...]”.

Botelho (2010, p. 22) destaca que com essa nova concepção de linguagem, Wittgenstein promoveu uma verdadeira mudança de paradigma na filosofia da linguagem, que antes era centrada na semântica, passando para a pragmática. A partir de então, essa concepção passou a influenciar diversos autores, inclusive filósofos do Direito. Struchiner (2001, p. 2) afirma que “O jusfilósofo responsável por realizar essa ponte entre a filosofia da linguagem e a filosofia do direito foi o professor de Oxford H. L. A. Hart” (1907-1992), e o fez ao trabalhar o conceito de “textura aberta da linguagem” aplicada ao Direito em sua obra “O conceito de Direito” (*The Concept of Law*), publicado em 1961. É o que será tratado logo adiante. Antes, importa tecer algumas considerações sobre a “linguagem jurídica”.

## **2 A LINGUAGEM JURÍDICA (NORMATIVA) E SEUS PROBLEMAS**

O que se entende por “linguagem jurídica”? Sgarbi (2007, p. 41) afirma que quando se pretende designar algo e há dúvidas quanto ao seu significado, “o campo de inteligibilidade perde clareza e abre-se margem a confusões”. Segundo o autor, é o que normalmente ocorre com o termo “linguagem jurídica”, isso porque por ela pode-se entender: “(a) A linguagem a qual as normas [enunciados normativos] são expressas; como, também, (b) A linguagem que os juristas utilizam em seus afazeres especializados” (SGARBI, 2007, p. 41-42).

Para os fins do presente trabalho, interessa a primeira aceção, que, apoiados na doutrina de Sgarbi (2007, p. 42), pode-se designar como “linguagem normativa”, que é a linguagem dos “textos legais”, dos “enunciados normativos”<sup>9</sup>. Antes de prosseguir, faz-se necessário apresentar a importante distinção entre “norma” e “texto” (ou “enunciado normativo”). Quem apresenta a distinção de forma bem elucidativa é Ávila (2013, p. 33, grifo do autor) ao afirmar que “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Nesse sentido, os dispositivos ou “enunciados normativos” (textos) são o objeto da interpretação ao passo que as normas o seu resultado.

Feitos esses esclarecimentos, importa-nos agora definir com maior precisão o que é “linguagem normativa”. Segundo Carrió (1986, p. 237):

---

<sup>9</sup> A outra aceção, conforme Sgarbi (2007, p. 41-42), (“linguagem dos juristas”) diz respeito ao “[...] discurso dos juristas quando assimilam como objeto básico a linguagem legal [normativa] (o que se costuma chamar de doutrina)”.

*Por “lenguaje normativo” entenderé, sin gran precisión, el lenguaje que usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos, afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o um castigo, etcétera.*

Sgarbi (2007, p. 42) esclarece que a “linguagem normativa” se expressa por meio da “linguagem natural” (“ordinária”). Sendo assim, ela depende “das regras, práticas e convenções que informam e condicionam a linguagem da comunidade em que se encontra inserida (por exemplo: no Brasil, o português)”. Usando uma expressão *wittgensteiniana*, depende do “jogo de linguagem” em que se encontra inserida. Ocorre que muitas vezes, prossegue Sgarbi (2007, p. 42), “[...] a riqueza semântica<sup>10</sup> da linguagem natural pode ser um problema, pois a vagueza e a ambiguidade de seus termos apresentam-se como uma dificuldade adicional para a elaboração dos textos normativos”.

Conforme adverte Struchiner (2001, p. 45), muitas vezes “[...] podemos ficar indecisos sobre qual é o comportamento que uma regra jurídica escrita pretende proibir, permitir, ou obrigar”. Isso porque, acrescenta o autor, “As regras escritas são potencialmente vagas, elas possuem uma textura aberta em função da natureza da linguagem por meio da qual são confeccionadas”. Isso gera dúvidas na hora da interpretação e, conforme adverte Nino (2010, p. 307):

Em direito, ter dúvidas interpretativas sobre o significado de um texto legal supõe uma falta de certeza sobre a identificação da norma contida nesse texto; ou o que dá na mesma, implica indeterminação das soluções normativas que a ordem jurídica estipulou para certos casos.

É possível identificar alguns problemas que a “linguagem normativa” pode apresentar<sup>11</sup>. O primeiro deles diz respeito a sua *ambiguidade* que ocorre quando “uma mesma palavra ou expressão é utilizada para indicar dois objetos ou fenômenos distintos” (SGARBI, 2007, p. 1). Ou, como diz Nino (2010, p. 307), quando “algumas das palavras que

<sup>10</sup> Aqui cabe um esclarecimento a respeito das dimensões da linguagem humana. Toda linguagem humana possui três dimensões: a *sintática*, a *semântica* e a *pragmática*. Herrero (2008, p. 166) explica essas três dimensões abrem três âmbitos de investigação sobre a linguagem: “a *sintática* que investiga a relação dos sinais lingüísticos entre si; a *semântica* que se ocupa com a relação dos sinais com o significado, isto é a dimensão referencial com os objetos significados; e a *pragmática* que explicita a relação dos sinais com os sujeitos e com o uso que estes fazem dos sinais e das proposições”.

<sup>11</sup> Conforme foi salientado os problemas da “linguagem normativa” normalmente têm origem nos problemas que a “linguagem natural” apresenta.

integram a oração têm mais de um significado ou porque a oração tem uma equívocidade sintática [ou ambiguidade semântica]”. A *vagueza* é outro problema que costuma afetar a inteligibilidade das palavras que compõem os “enunciados normativos”; “[...] diz-se que a palavra é vaga ou apresenta vagueza quando falta precisão no seu significado, com o que há dificuldade de delimitação entre o que está incluído e o que está excluído no mesmo” (SGARBI, 2007, p. 2).

Carrió (1986, p. 31-32) explica que tal fenômeno acontece, por exemplo, toda vez que uma palavra tem como critério relevante de aplicação a presença de uma “característica” ou “propriedade”. O autor cita como exemplo as palavras “calvo”<sup>12</sup> e “jovem”. Já se sabe o significado das expressões “calvo” e “jovem”, logo, carece de sentido perguntar-se qual a idade que alguém precisa ter para ser considerado “jovem”, ou quanto de cabelo alguém precisa ostentar para não ser considerado “calvo”, ou, ainda, quanto alguém precisa medir para ser considerado “alto”. No campo do Direito existem as expressões “prazo razoável”, “erro substancial”, “culpa”, “injúria grave”, “perigo iminente” e “velocidade excessiva” como exemplos de palavras vagas utilizadas nos “enunciados normativos”.

Nino (2010, p. 312, grifo do autor) esclarece que tais palavras “se referem a uma propriedade que ocorre na realidade em graus diferentes, sem que o significado do termo inclua um limite quantitativo para a sua aplicação”, e que,

[...] em relação às palavras vagas, a realidade pode ser classificada em três áreas: uma de *clareza*, constituída pelos fatos denotados com certeza pelo termo (por exemplo, as pessoas que medem mais de 1,80 m, em relação à palavra “alto”); outra de *obscuridade*, formada por fatos a respeito dos quais se sabe que a palavra, sem dúvida, não se aplica (por exemplo, as pessoas que medem menos de 1,65 m, em relação a “alto”); e a última, de *penumbra*, constituída por caso sobre os quais temos dúvida em aplicar ou não o termo (as pessoas quem medem entre 1,70 e 1,80 m, em relação à alto).

Nino (2010, p. 313) explica ainda que às vezes pode ocorrer de estarem ausentes algumas das propriedades que seriam relevantes para o uso de certa palavra e, no entanto, ela é usada da mesma maneira, dada a presença de outras propriedades relevantes. O autor explica que o próprio Wittgenstein identificou esse fenômeno na palavra “jogo”, ao desenvolver sua concepção de “jogos de linguagem”. Com efeito, Wittgenstein (1999, p. 52,

---

<sup>12</sup> É o mesmo exemplo apresentado por Sgarbi. O autor explica: “Porque ainda que seja correto que calvo designa <<aquele que não tem cabelo>> sempre é possível perguntar se aquele que tem um pouco de cabelo pode ser chamado de calvo ou não; e, se assim for, quanto de cabelo é necessário possuir para não ser calvo” (2007, p. 2).

grifo do autor) afirma que aquilo que é designado “jogo” não possui um “elemento comum” necessário e suficiente para que algo seja considerado um “jogo”.

Considere, por exemplo, os processos que chamamos de “jogos”. Refiro-me a jogos de tabuleiro, de cartas, de bola, torneios esportivos etc. O que é comum a todos eles? Não diga: “Algo deve ser comum a eles, senão não se chamariam ‘jogos’”, – mas veja se algo é comum a eles todos. – Pois, se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a *todos*, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles (WITTGENSTEIN, 1999, p. 52, grifo do autor).

Ou seja, mesmo que possível apontar um elemento comum (o divertimento, por exemplo, o que não é o caso, já que os jogos educativos podem não ser divertidos), ainda assim o “divertimento” não seria uma característica suficiente e necessária para determinar o que é um “jogo”, já que ir ao cinema é divertido, mas não é um “jogo” (STRUCHINER, 2001, p. 17). O que há entre os diferentes “jogos”, afirma Wittgenstein (1999, p. 52), são “semelhanças”, “parentescos”. Nas suas palavras “uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente”, que ele caracteriza como “semelhanças de família”<sup>13</sup>, e o mesmo ocorre com a linguagem (STRUCHINER, 2001, p. 17).

Pode-se apontar uma série de outros problemas que a “linguagem normativa” pode apresentar, tais como: “a carga afetiva da linguagem”, a “força das orações”, “as contradições entre normas jurídicas”<sup>14</sup>, entre outras, mas para os fins do presente trabalho, faz-se necessário comentar apenas mais um deles: “a textura aberta da linguagem”. Carrió (1986, p. 35) afirma que é comum pressupor que os critérios que presidem o uso das palavras que empregamos para falar acerca da realidade estão totalmente determinados, mas tal ideia, conforme o mesmo, é uma ilusão, isso porque, pode-se indicar certo número de características ou propriedades presentes em uma palavra e achar que todas as outras propriedades possíveis “não incluídas” entre aquelas estão, por isso, “excluídas” como “não relevantes”. Na verdade, esclarece Carrió (1986, p. 35), só é possível reputar “excluídas” como “irrelevantes” as características ou propriedades possíveis que tenham sido consideradas, mas não as que não tenham sido. Estas últimas não estão, na verdade, “excluídas”.

Pode ocorrer que existam dúvidas, diante de um caso concreto, em que aquelas propriedades ou características que havíamos reputado “excluídas” ou “irrelevantes”

---

<sup>13</sup> Para maiores esclarecimentos sobre o conceito de “semelhanças de família”, Cf. PENCO, *op.cit.*, p. 145-147 e também STRUCHINER, *op. cit.*, p. 16-23.

<sup>14</sup> Cf. NINO, 2010, *passim*.

aparecem qual o verdadeiro significado de uma palavra e tais dúvidas “*no pueden ser eliminadas por un proceso de pura deducción a partir del significado corriente de la palabra*” (CARRIÓ, 1986, p. 35). Neste caso, o uso da palavra em questão pode estar “*totalmente ‘abierto’*”, isto é, “*dispuesto a admitir extensiones o restricciones*” (CARRIÓ, 1986, p. 35). O autor que trabalhou esse conceito de “textura aberta da linguagem” e o aplicou ao Direito foi Herbert L. A. Hart (1907-1992), em sua obra “O conceito de Direito” (*The Concept of Law*)<sup>15</sup>. A seguir tratar-se-á como esse conceito foi trabalhado por Hart e apontar as implicações disso para a interpretação jurídica.

### **3 O PROBLEMA DA “TEXTURA ABERTA [DA LINGUAGEM] DO DIREITO” E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

Simon (2006, p. 99) afirma que o pensamento de Hart está situado na Escola da Jurisprudência Analítica da tradição anglo-saxã, tendo sido influenciado por filósofos do Direito como John Austin (1790-1859) e Jeremy Bentham (1748-1832), e pelas teorias da filosofia da linguagem de Oxford, mormente as de John Langshaw Austin (1911-1960) e Ludwig Wittgenstein, na segunda fase de seu pensamento. Segundo Simon (2006, p. 99), essas influências levaram Hart a se preocupar com o Direito a partir de uma perspectiva analítica.

Com efeito, logo no prefácio da obra “O conceito de Direito”, Hart (2009, p. IX) adverte que o livro seria visto pelos juristas “[...] como um ensaio sobre a teoria analítica do direito, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico [...]”, isto é, o objetivo do autor é “[...] retirar da análise do direito dúvidas e ambiguidades que surgem por causa de *usos* errôneos e *descontextualizados* de noções jurídicas relevantes (SIMON, 2006, p. 99, grifo nosso).

Struchiner (2001, p. 26) esclarece que ao tratar do tema da interpretação jurídica<sup>16</sup>,

---

<sup>15</sup> Struchiner (2001, p. 8) explica que “O conceito de ‘textura aberta’ (*open texture*) da linguagem foi empregado de forma pioneira pelo filósofo da linguagem, Friedrich Waismann”. Segundo ele, de acordo com o próprio Waismann, “o termo ‘textura aberta’ é proveniente de uma sugestão do Sr. Kneale para [a] tradução do termo ‘*Porosität der Begriffe*’ (porosidade dos conceitos), cunhado por Waismann no alemão”. Ainda segundo o autor, “A noção de textura aberta da linguagem emerge no contexto mais amplo da discussão sobre a possibilidade de verificação das afirmações em geral, principalmente no âmbito da discussão acerca da possibilidade de se fornecer uma verificação conclusiva para as afirmações sobre objetivos materiais (afirmações empíricas)”.

<sup>16</sup> Sgarbi (2007, p. 463) esclarece que Hart não apresentou, propriamente, uma “teoria da interpretação em sentido forte”, mas tão somente “um conjunto de observações e desenvolvimentos sobre problemas linguísticos,

Hart iniciou sua abordagem “[...] enfrentando aquilo que é uma das suas principais questões: como é possível o direito?”. Com efeito, Hart (2009, p. 161) inicia o capítulo VII de seu livro “O conceito de Direito” afirmando:

Em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – não orientações específicas transmitidas separadamente a cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social. Se não fosse possível transmitir, sem nenhuma orientação adicional, padrões gerais de conduta compreensíveis para multidões de indivíduos – padrões que exigem deles certos comportamentos em determinadas circunstâncias –, não existiria nada do que hoje entendemos por direito. Em consequência, o direito deve referir-se preferencialmente, embora não exclusivamente, a *classes* de pessoas e a *classes* de condutas, coisas e circunstâncias; e o êxito de sua atuação sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis.

Ou seja, em regra o Direito regula de forma geral e se utiliza, para tanto, de uma “linguagem generalizante”. Struchiner (2001, p. 26) afirma que Hart admitiu que o uso de uma linguagem que emprega termos gerais está sujeita a dificuldades de aplicação, ou seja, os limites da linguagem e as incertezas da comunicação apresentam problemas relevantes para o campo da interpretação. Para Struchiner (2001, p. 24), “A ocorrência dessas dificuldades resulta nos chamados ‘*hard cases*’, ‘casos difíceis’ ou ‘casos insólitos’”.

Hart prossegue nas suas análises distinguindo duas teorias sobre a interpretação jurídica: a “teoria formalista”, defendida pelo “positivismo jurídico tradicional” e a “teoria cética” ou “antiformalista” da interpretação. Sgarbi (2007, p. 463) sintetiza essas duas concepções explicando que:

[...] o formalismo interpretativo, defendido pelo positivismo jurídico tradicional, considera que para cada enunciado jurídico seja possível se obter uma única interpretação correta. Nesse sentido, a tarefa do operador-intérprete é a de aceder este sentido, revelá-lo. O pressuposto óbvio dessa asserção é ser o intérprete agente que não erra, ou, ao menos, que existe uma interpretação alcançável por não haver qualquer discricionariedade na atividade interpretativa.

Por outro lado, a postura antiformalista do ceticismo interpretativo consiste na defesa de ser a atividade interpretativa um exercício de discricionariedade absoluta, pois não existe um único sentido que se possa descortinar ou se obter interpretativamente. Sendo assim, o texto interpretativo não ataca ou prende o intérprete com algum tipo de vínculo.

---

tais como: a indeterminação da linguagem e seus reflexos no campo jurídico sob as vestes de casos ‘fáceis’ e de casos ‘difíceis’”.

Neste ponto, Hart (2009, p. 163-164) adverte:

Boa parte da teoria do direito do século XX consistiu na gradativa compreensão (e algumas vezes no exagero) do fato importante de que a diferença entre as incertezas da comunicação feita por exemplos dotados de autoridade (precedente), de um lado, e as certezas da transmissão feita por uma linguagem geral vinculante (legislação), por outro, é muito menos sólida do que sugere essa contraposição ingênua. Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. As situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos.

Considerando tais questões, Sgarbi (2007, p. 464-465) explica que Hart propôs uma “teoria conciliadora”, na qual articulou os “dois polos extremos” há pouco referidos, a saber: as teorias “formalista” e “cética” da interpretação. Para tanto, Hart passou a trabalhar com a ideia de “textura aberta” da linguagem e, por conseguinte, do direito.

Sgarbi (2007, p. 465) explica que,

Seu objetivo [de Hart] é o de afirmar haver na linguagem a ocorrência de núcleos de significados certos contornados por uma área de penumbra, impondo, portanto, a compreensão teórica (salomônica) “mista” dos processos interpretativos; essa teoria, conseqüência da linguagem da característica de vagueza inerente à linguagem. Portanto, por “textura aberta” deve-se entender esta zona de penumbra ou de indeterminação da linguagem jurídica que gera nos juízes a necessidade de exercer poder de eleição de sentido (dos muitos possíveis) sem que a técnica jurídica proveja os meios suficientes e necessários para se reduzir a margem de apreciação [dos juízes].

Hart (2009, p. 164) ilustrou seu raciocínio com o seguinte exemplo:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?). Estas últimas são situações de fato, continuamente criadas pela natureza humana ou pela inventividade humana, que possuem apenas alguns traços presentes nos casos simples, enquanto outros estão ausentes.

Conforme o exemplo dado, existe no vocábulo “veículo” um núcleo de significado certo (“claro”), que certamente inclui a expressão “automóvel”, e uma “zona de penumbra”, cabendo ao juiz decidir se as palavras “bicicleta”, “avião” e “patins” estão abrangidas no campo de incidência da disposição legal que, *p. ex.*, veda “automóveis” estacionarem no

parque. Logo, neste caso caberá ao juiz *decidir* se a palavra “veículo” abrange as expressões “bicicleta”, “avião” e “patins”.

A partir dessas considerações, conclui-se que, “[...] as regras de conduta elaboradas por uma linguagem de caráter geral não são suficientes para prescrever todas as possibilidades de comportamento” (SIMON, 2006, p. 126) já que elas podem apresentar uma margem de incerteza no momento de sua aplicação.

Assim, para Hart (2009, p. 175):

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.

Sgarbi (2007, p. 465) esclarece que Hart entendeu que essa “margem de discricionariedade” dos tribunais e funcionários (do Estado) não possui “qualquer valor necessariamente positivo ou negativo”, mas *necessário* ao próprio funcionamento do direito. Na verdade, “Segundo alguns teóricos do direito, quando as regras, por si só, não são capazes de fornecer uma única resposta correta para o caso particular, então o juiz deve recorrer ao seu poder discricionário” (STRUCHINER, 2001, p. 24). Porém, Struchiner (2001, p. 83) adverte que,

Infelizmente, apesar de exigir que os juízes apliquem, nos casos de penumbra, a abordagem paradigmática e criteriológica (Hart, 1998: 127<sup>17</sup>), que demonstrem certas virtudes judiciais como a imparcialidade e a neutralidade (Hart, 1998: 205), que levem em consideração os interesses de todos que serão afetados pela decisão (Hart, 1998: 205), que façam uso de princípios gerais aceitáveis (Hart, 1998: 205), que empreguem os cânones de interpretação (Hart, 1998: 126), Hart não esmiuça esses critérios apresentando uma análise superficial da atividade discricionário”.

Isso porque a preocupação de Hart na sua investigação sobre o direito se resumiu a verificar a nossa capacidade de entendermos a “linguagem legislativa” (normativa) (STRUCHINER, 2001, p. 83).

De tudo que foi dito, verificou-se que a concepção de “uso contextualizado da linguagem”, defendida pelo “segundo Wittgenstein”, pareceu ter influenciado filósofos do direito como Hart. Esse é o entendimento de Simon (2006, p. 126) ao afirmar que:

---

<sup>17</sup> Tais referências referem-se à edição norte-americana da obra “*The Concept of Law*”, de Hart utilizada na dissertação de Struchiner.

Hart assume a complexidade do mundo e da linguagem, admitindo o funcionamento desta como dependendo das formas de sua utilização, dependendo do contexto. Ele assume a visão pragmática da linguagem que, na perspectiva de Wittgenstein, só pode ter seu sentido apreendido no funcionamento de um jogo de linguagem específico. E, uma vez que o direito é encarado como o instrumental da filosofia da linguagem ordinária, não podia deixar de ser dotado de imprecisões que dão margem à discricionariedade do juiz no momento em que se depara com a impossibilidade de aplicação imediata da norma ao fato (subsunção). Sempre é possível que exista uma zona cinzenta que imponha a necessidade de o juiz fazer determinadas escolhas no momento da aplicação da norma.

Portanto, as ferramentas apresentadas por Wittgenstein em *Investigações Filosóficas*, como o conceito de “jogos de linguagem”, podem ser uma chave para resolver os problemas referentes ao fenômeno da “textura aberta da linguagem” em geral e da “textura aberta da linguagem do Direito” em particular. Cabe ao juiz, no momento da aplicação, levar em conta o “uso”, o “contexto”, a “finalidade” e as “regras” do “jogo de linguagem” em que a norma está inserida e, assim, encontrar a “resposta adequada” para o caso concreto.

#### 4 CONCLUSÕES

Inicialmente, foi verificado que as reflexões sobre a linguagem é antiga e que a concepção de linguagem do pensamento Ocidental mudou muito no decorrer dos tempos. De uma concepção “objetivista” e “essencialista” da linguagem, defendida pela tradição, passou-se a uma concepção “pragmática” onde a linguagem passou a ser o *meio* através do qual o homem tem acesso ao mundo, quer dizer, a linguagem passou a ser o “*médium* constitutivo de todo o sentido e validade” (HERRERO, 2008, p. 166) para o conhecimento humano.

Percebeu-se que os problemas apresentados pela “linguagem natural” (“ordinária”) geram reflexos para a inteligibilidade e aplicação da “linguagem normativa”. Afinal, o Direito se utiliza da “linguagem natural” para se expressar, isto é, as palavras que compõem os “enunciados normativos” são palavras utilizadas pelos falantes da comunidade em que se encontram inseridas. Tais problemas, por sua vez, geram reflexos para a interpretação jurídica.

Um desses problemas foi identificado por Hart que, ao trabalhar o conceito de “textura aberta do Direito”, percebeu que as normas jurídicas, por se utilizarem de uma “linguagem geral”, possuem um “núcleo de certeza” e uma “zona de penumbra” dificultando

sua aplicação. Quando isso ocorre, os órgãos aplicadores do Direito, dentre eles o juiz, lançam mão de seu poder discricionário visando, assim, encontrar a “resposta adequada” para o caso concreto. Verificou-se que os “instrumentos” oferecidos pela filosofia da linguagem, sobretudo aqueles desenvolvidos pelo “segundo Wittgenstein”, podem ser úteis para a mitigação desses problemas.

## **REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANQUINHO, João. **Enciclopédia de termos lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.  
HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERRERO, F. Javier. *Ética do discurso*. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de Araújo (Org.). **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p 163-192.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PENCO, Carlo. **Introdução à filosofia da linguagem**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIMON, Henrique Smitd. **Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. 2001. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tractatus Logico-philosophicus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.