



O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE NA OBRA DE RICCARDO GUASTINI: UMA CRÍTICA AO CONCEITO DE TEXTURA ABERTA DE HERBERT HART

Guilherme Morais Régis de Lucena¹

RESUMO

O presente artigo estuda os pontos de encontro e de distinção entre os conceitos de discricionariedade em Herbert Hart e Riccardo Guastini. Diante disso, pergunta-se: existe crítica às concepções hartianas de textura aberta a partir do conceito de discricionariedade presente nas obras de Riccardo Guastini? Assim, esse trabalho desenvolve-se em três seções: na primeira, elucida-se o conceito de textura aberta em Hart; na segunda, compreende-se a norma como significado em Guastini; na terceira, expõe-se a textura aberta às críticas de Guastini a partir do seu conceito de discricionariedade. Por fim, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, tendo por base o método analítico-sintético.

Palavras-chave: Realismo Jurídico Genovês. Textura Aberta. Discricionariedade. Riccardo Guastini. Herbert Hart.

1 INTRODUÇÃO

Tomando-se o Direito como objeto de estudo, faz-se imprescindível delimitar uma primeira questão: de que forma o fenômeno jurídico chega ao pesquisador? Diante desse

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, membro do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT) e membro do Grupo de Pesquisa Realismo Jurídico.

questionamento, o presente trabalho funda-se em uma perspectiva de estudar o direito a partir da sua manifestação por meio da linguagem.

Todavia, a própria locução “linguagem jurídica” é uma expressão ampla e ambígua. Desse modo, nesse artigo dá-se enfoque à linguagem jurídica referente ao tema das decisões judiciais e seu respectivo exercício hermenêutico.

A razão de ser deste trabalho surge do debate suscitado por Riccardo Guastini no capítulo VIII da sua obra “Das fontes às normas” (2005), no qual destina críticas à concepção de textura aberta de Herbert Hart, apresentada no capítulo VII da obra “O conceito de Direito” (2001).

O problema, portanto, será: existe crítica às concepções hartianas de textura aberta a partir do conceito de discricionariedade presente nas obras de Riccardo Guastini? Nesse sentido, compreende-se que a postura guastiniana reside no reconhecimento da ampliação do grau de poder discricionário durante o processo de tomada de decisão na prática dos tribunais. Assim, inclui-se essa discricionariedade no momento de decisão de quais casos caem naquilo ao qual Hart definiu como zona de penumbra.

Para a investigação proposta, compreende-se por necessária a satisfação do seguinte caminho: I) compreender o surgimento do conceito de textura aberta na perspectiva da filosofia da linguagem em Hart; II) esclarecer o conceito de norma em Guastini como resultado da interpretação; III) e expor a textura aberta às críticas da percepção de discricionariedade em Guastini.

No intuito de satisfazer esse caminho metodológico, o trabalho é dividido em cinco seções, contando a introdução e as considerações finais. Na primeira parte do desenvolvimento é explicitada a relação da filosofia da linguagem com a construção do conceito de textura aberta na obra “O conceito de Direito” de Hart (2001). No segundo momento, elucida-se a distinção entre norma e disposição na obra de Guastini, possibilitando a compreensão do modo pelo qual os conceitos são entendidos através de um estudo da interpretação.

Em um último momento, é explanado o conceito de discricionariedade em Guastini, assim como a forma com a qual esse conceito influi nas críticas do autor italiano às concepções hartianas acerca da textura aberta.

Ressalva-se, contudo, que o artigo não se propõe a uma negação absoluta dos conceitos hartianos. Por outro lado, busca-se instigar um debate sobre os graus e momentos de exercício da discricionariedade nos diferentes autores, assim como compreender suas respectivas tentativas de descrever o fenômeno jurídico. Isso, sobretudo, em relação à interpretação jurídica diante da indeterminação relativa da linguagem.

2 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E A TEXTURA ABERTA EM HART

Antes de qualquer consideração sobre a textura aberta em Hart, é preciso apontar um detalhe primordial em seu pensamento: sua filiação à filosofia da linguagem.

Ainda que divergências teóricas estejam presentes, MacCormick e Lancey entendem que as teorias desenvolvidas nas Universidades de Oxford e Cambridge tiveram importância substancial no desenvolvimento da obra teórica do autor (CAMPOS, 2018, p. 24). Desse modo, a obra de Hart promoveu, a partir dos estudos sobre a linguagem, renovações no modo de encarar a filosofia do direito (GRAEFF, 2015, p. 14).

A denominada “virada linguística” foi marcada por uma mudança de percepção em relação à análise da linguagem como meio de resolução de problemas filosóficos. E, dessa forma, proporcionou a Hart, também professor da Universidade de Oxford, bases para compreensão da realidade jurídica como objeto de pesquisa (CAMPOS, 2018, p. 42). Além dos influentes apontamentos de J. L Austin e das considerações de Wittgenstein, o conceito de textura aberta no Direito surge, sobretudo, do contato com a obra de Waismann (HART, 2001, p. 280).

Essa constante comunicação entre a filosofia da linguagem e o Direito coloca-se como a base do presente trabalho. A renovação trazida por Hart está no modo de encarar o fato evidente que é a expressão do Direito por meio dos atos linguísticos, sejam esses decisórios ou legislativos. Isso também é trazido pelo próprio Guastini como estudioso de Hart.

A interpretação, embora seja uma atividade mental do intérprete, produz discurso, sendo, também, uma atividade discursiva. Nesse sentido, faz-se possível “submeter a interpretação à análise lógica”, de modo que se analisa a interpretação como discurso do intérprete (GUASTINI, 2005, p. 24).

Diante disso, ao compreender as relações entre a linguagem e os padrões jurídicos, as teorias hartianas passam a estar situadas em uma zona intermediária entre o formalismo e o ceticismo de regras. Dessa forma, a teoria de Hart não nega o positivismo jurídico, mas tece críticas à medida que objetiva defendê-lo (GRAEFF, 2015, p. 15).

Conforme as bases que remontam às discussões do positivismo, Hart realiza um recorte metodológico proposto por Kelsen no primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como dever ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 2015, p. 1)

Busca-se, assim, uma percepção do direito que afaste as considerações políticas e morais, pelo que se possa atentar à realidade jurídica em particular. Isto é, às regras que constituem o sistema jurídico que fornece o guia de conduta para a vida social:

Assim a asserção de que ‘uma lei injusta não é lei’ tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, se não de falsidade, que as afirmações ‘as leis do parlamento não são leis ou ‘o direito constitucional não é direito’. É característico das oscilações entre os extremos, que constituem a história da teoria jurídica, que aqueles que não viram na assimilação estreita do direito e da moral mais do que uma inferência errada do fato de o direito e a moral partilharem um vocabulário comum de direitos e deveres, tivessem protestado contra ela, em termos igualmente exagerados e paradoxais (HART, 2001, p. 12)

Importa frisar que tal recorte não significa a compreensão de que o direito funcione, na prática, independente de quaisquer valores. Essa discussão tem o intuito, por outro lado, de delimitar o direito como fenômeno a ser definido conceitualmente, de modo que, ao diferenciá-lo da moral e da política, possam ser traçadas linhas para debates sobre o seu conceito (HART, 2001, p. 18).

Contudo, como tratado nos parágrafos anteriores, o posicionamento de Hart frente ao positivismo jurídico resvala em uma postura crítica. Isso ocorre a partir da ideia de que o próprio positivismo jurídico não é uno, mas abriga um extenso debate conceitual.

Ainda nesse sentido, ao tratar das teses principais que compõem a base dos teóricos do Novecentos, Chiassoni diferencia diversas teorias do direito positivo (2017, p. 172-173). Nesse diapasão, denomina a teoria de John Austin, constituída nas bases teóricas dos Novecentos, de positivismo imperativista. Em contrapartida ao pensamento austiniano, a título de exemplo, tem-se a teoria do direito positivo de Savigny, a qual rechaça o legalismo – isto é, a ideia da lei, enquanto criação do legislador, como fonte exclusiva do direito. Bem como, a teoria de Thon, que rechaça as teses do legalismo, da coercibilidade e do estatismo, ou seja, a ideia a qual considera o direito como sinônimo exclusivo do direito estatal.

As teses hartianas, assim como as dos seus antecessores, entram nas discussões sobre o conceito de direito. O autor constrói, portanto, conforme define Chiassoni, um positivismo

jurídico analítico (2017, p. 217), que reconhecerá os limites do formalismo a partir da indeterminação da linguagem.

Apesar das críticas as quais reserva ao positivismo imperativista, no que tange à regra fundamental de reconhecimento da permanência das normas, Hart exprime um elogio: John Austin reconheceu, assim como Bentham, a indeterminação da linguagem no universo jurídico (GRAEFF, 2015, p. 57). Dessa forma, ao tratar da zona de penumbra, Hart busca resgatar as raízes positivistas, aperfeiçoá-las metodologicamente e defendê-las das críticas, sobretudo, dos realistas jurídicos.

Tratar sobre a penumbra em Hart pressupõe retomar a menção à influência da teoria de Waismann. Com base nas teses desse autor, resguardadas as particularidades de cada abordagem teórica, Hart definirá a ideia de textura aberta e zona de penumbra.

Em Waismann, as definições empíricas são expandidas diante de um horizonte aberto. Isso ocorre diante da impossibilidade de a definição abarcar todas as nuances da realidade (WAISMANN, 1965, p. 126). Todavia, esse fato não representa uma pobreza da linguagem, nem ao menos uma insuficiência a qual mina qualquer tentativa de constituição de ciência (GRAEFF, 2015, p. 54). O autor entende, por outro lado, que essa ideia constata uma realidade: sempre haverá um caso para o qual a definição criada não será conclusiva. Isso possibilita enfrentar de modo mais adequado os problemas filosóficos.

Essa ideia influenciou diretamente a concepção de zona de penumbra trazida na teoria hartiana sobre o direito. Desse modo, o reconhecimento da indeterminação da linguagem implica na necessidade de se encarar o sistema jurídico de uma outra perspectiva. Isto é, de uma perspectiva na qual sua organização não se restrinja à aplicação silogística das regras pelos tribunais (HART, 2001, p. 16). Há casos, portanto, suscetíveis a discussões fundadas na possibilidade de mais de um resultado:

Situações de fato particulares não esperam por nós já separadas uma das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer (HART, 2001, p. 139).

A zona de penumbra, nesse sentido, é posta como um espaço no qual caem aqueles casos-limite caracterizados por apresentarem uma textura aberta (*open texture*). Trata-se, assim, daqueles casos de exceção nos quais a regra apresenta um ponto de indeterminação, isto é, nem

poderá ser automaticamente subsumida, nem automaticamente descartada (HART, 2001, p. 141). Estão presentes, dessa forma, semelhanças parciais em relação aos casos padrões – esses que, conforme Hart, aparecem em maior número na realidade jurídica –, mas, também, surgem particularidades próprias dos casos excepcionais.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 2001, p. 148)

Dois questões gerais e humanas fundamentam, para Hart, a existência da textura aberta: a relativa indeterminação de finalidade e a relativa ignorância dos fatos. Ambos os fundamentos estão diretamente relacionados às infinitas possibilidades que ocorrem na realidade, não sendo possível delimitar todos os problemas a serem resolvidos por intermédio do direito. Além disso, ainda que não houvesse tal ideia de infinita quantidade de traços na formação do mundo, haveria a necessidade, para eliminar a textura aberta das regras, do conhecimento total das possibilidades por parte dos seres humanos e, em específico, dos legisladores.

As observações supracitadas resultam da constatação de que o mundo não consegue ser, por inteiro, subsumido, de modo que não possa ser regrado através de uma jurisprudência mecânica (HART, 2001, p. 141). Todavia, assim como observado por Waismann, a textura aberta não se limita a uma ideia de limitação e pobreza da linguagem. Em contrapartida aos anseios dos juristas racionalistas aos quais, no contexto revolucionário francês, objetivavam a estipulação de leis que respondessem às “exigências universais humanas” (BOBBIO, 1995, p. 64-67), Hart compreende a textura aberta como um aspecto importante ao funcionamento dos sistemas jurídicos:

É, contudo, importante apreciar por que razão, posta de parte esta dependência da linguagem tal como efetivamente ocorre, com as suas características de textura aberta, não devemos acarinhá-la mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos humanos, não deuses (HART, 2001, p. 141).

Essa indeterminação da linguagem acarreta, portanto, a necessidade de serem ponderadas as finalidades sociais trazidas por determinados casos concretos. Sendo assim, a presença de casos fronteira na realidade fática resulta na compreensão de que deve haver o desprendimento da utopia formalista. Dessa forma, tendo em vista as demandas as quais chegam à prática jurídica em um contexto futuro distinto do passado no qual foram elaboradas as regras (HART, 2001, p. 143).

A ideia de textura aberta, no entanto, não resulta na negação da capacidade do direito em fornecer guias de conduta às autoridades e aos cidadãos. De modo concomitante às críticas que realiza à utopia formalista, Hart destina críticas ao ceticismo de regras, isto é, às ideias de que o direito consiste apenas nas decisões dos tribunais.

O autor aponta que, uma vez que a zona de penumbra é reservada apenas a alguns casos excepcionais, a grande maioria dos casos pode ser resolvida a partir da simples aplicação das regras. Todavia, observa a existência de uma tendência de contestação das regras como pontos centrais da estrutura de um sistema jurídico e atenta à necessidade de demonstrar que as autoridades devem agir de forma discricionária. Isso ainda no exercício da escolha em situações de textura aberta das regras. (HART, 2001, p. 150).

Essa discricionariedade é apresentada por Hart como contraposição à ideia de decisionismo, visto que, enquanto este estaria manifesto em escolhas arbitrárias e irracionais, aquela estaria exercida dentro dos limites razoáveis da legislação e dos precedentes. Por conseguinte, compreende que a maior parte das decisões são tomadas segundo a obediência às regras. Dessa forma, seria impensável que a maior parte das decisões fosse construída intuitivamente e resultasse, apenas posteriormente, na busca do magistrado pela sua fundamentação jurídica (HART, 2001, p. 154). O autor entende, assim, que essas atitudes afrontariam a realidade, ou seja, a utilização corriqueira das normas como padrões orientadores de decisão e da vida social.

Nas próximas seções mostra-se que Guastini, dentro do debate teórico do realismo genovês, não discorda totalmente dos apontamentos de Hart. Ambos partem das relações entre a linguagem e o direito, de modo que, enquanto Hart propõe um positivismo analítico, Guastini propõe um realismo analítico.

As divergências, portanto, residem, inicialmente, no conceito de norma em Guastini, bem como na posição da norma como resultado da interpretação. A partir desse conceito, compreende-se que, ainda que Guastini coincida com Hart na defesa da racionalidade e coerência do sistema jurídico para a organização da vida social (HART, 2001, p. 156), o teórico italiano entende por diferente o grau de discricionariedade existente na atuação dos tribunais.

Dentro da perspectiva teórica do realista jurídico italiano, a discricionariedade faz-se presente anteriormente à escolha da aplicação das regras naqueles casos nos quais evidencia-se a textura aberta. Ocorre, diante disso, uma escolha discricionária – e aqui reitera-se a noção de ponderação –, por parte dos tribunais, na determinação de quais casos caem na chamada zona de penumbra.

3 A NORMA COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO EM GUASTINI

A despeito da visão hartiana do realismo jurídico como sede de posturas céticas em relação ao direito, compreende-se aqui que o realismo não se trata de uma defesa da distribuição arbitrária das decisões. Comporta-se, por outro lado, como um movimento o qual objetiva “constituir uma ciência empírica do direito, menos limitada que o formalismo, na medida em que é voltada a descrever a realidade jurídica (FREITAS, 2009, p. 34).

Não significa dizer, contudo, que o realismo não adota uma postura cética em relação às normas. Em contraponto ao pensamento de Hart, afirma-se que tal ceticismo não está reduzido ao descrédito em relação ao discurso das fontes, bem como não se relaciona ao apego à ideia de infalibilidade do magistrado.

O realismo jurídico é entendido, portanto, como um movimento que apresenta uma proposta metodológica de descrição do direito, tendo por característica essencial o afastamento em relação ao decisionismo, assim como em relação ao extremo legalismo:

Enquanto o legalismo exegeta enfatiza o legislador e desprivilegia o julgador que seria apenas a boca da lei, é correto perceber que o realismo acentua o papel do julgante. Todavia, é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador (FREITAS, 2009, p. 36).

É válido afirmar, nesse sentido, que dentro do realismo jurídico, nem todas as decisões são admitidas:

A primeira garantia é a obrigação de motivar toda medida judicial [...] Evidentemente isso impede que os juízes decidam arbitrariamente. A obrigação de motivar, enquanto

tal, sujeita os juízes a alguma forma de controle social – sobretudo, o controle crítico que é exercido pela própria cultura jurídica (GUASTINI, 2005, p. 264-265).

Diante disso, tem-se o apego ao precedente no Sistema da *Common Law* (direito comum), em relação ao realismo jurídico americano e o apego aos textos normativos, em relação ao realismo jurídico italiano. É nesse último que o presente trabalho dedica seu enfoque.

Nesse contexto, o realismo jurídico italiano surge no contexto pós-fascismo, a partir da influência tanto do realismo americano, como do realismo jurídico escandinavo. Trata-se, portanto, de um movimento ligado às influências da filosofia analítica na filosofia do direito (MELLO, 2016, p. 190). Além disso, é possível compreender que também incidem sobre seus teóricos, as discussões acerca da interpretação constitucional suscitadas pela promulgação da Constituição Italiana de 1948.

Esse movimento também pode ser denominado como realismo jurídico genovês, em razão do seu desenvolvimento estar concentrado na Universidade de Gênova. Além do destaque ao pioneirismo do professor Giovanni Tarello (NASCIMENTO, 2019, p. 40), o movimento tem por nomes de destaque outros teóricos, como Riccardo Guastini, Mauro Giuseppe Barberis e Pierluigi Chiassoni. Esses com publicações recentes e atuais em relação à filosofia do direito.

O amplo espaço de discussão dentro da chamada escola genovesa requer uma delimitação metodológica. A perspectiva teórica adotada para a formulação da crítica à textura aberta em Hart, como já mencionado anteriormente, é a teoria das fontes e da interpretação em Riccardo Guastini.

Percebe-se, assim, que o exercício da discricionariedade e o reconhecimento do papel do judicante implica a ideia do realismo como movimento constituinte do debate hermenêutico. Dessa forma, no caso do presente trabalho, faz-se fundamental a compreensão da norma em Guastini como conceito estritamente dependente do processo de interpretação.

Há uma ressalva feita pelo autor italiano nesse aspecto: não é correto falar em “interpretação de normas”. Essa expressão corriqueira pode gerar confusões que comprometem a compreensão do conceito de norma, uma vez que implica a norma como objeto da interpretação.

Em Guastini, a interpretação aparece como processo – e aqui diz respeito à atividade mental do intérprete – mas, também, como produto, quando aparece como discurso daquele que interpreta (2014, p. 31-32). As normas, portanto, compõem, em sua teoria, o discurso resultante do processo interpretativo.

A compreensão das normas como resultado da interpretação implica, por sua vez, a dissociação da crença da norma como um sentido anterior à interpretação, preexistente nas disposições normativas. Afasta-se, dessa forma, a ideia do juiz como um intérprete que precisará escavar o texto normativo e encontrar seu sentido uno (GUASTINI, 2014, p. 23-24).

A partir da particularização da norma como resultado da interpretação, compreende-se que há na teoria de Guastini um rompimento com a ideia da interpretação como mero ato declaratório. Em contrapartida, entende-se que a concepção de norma em Guastini abrange as nuances de um sistema que conta com uma multiplicidade de fontes de direito (BONFIGLIO, 2020, p. 159).

Para organizar a posição da norma em sua teoria da interpretação, Guastini distingue os conceitos de “norma” e “disposição”. Trata-se de uma distinção entre a disposição como enunciado o qual compõe o discurso das fontes, isto é, que constitui os documentos normativos emitidos por autoridades legitimadas para tal. Isso enquanto as normas como resultados do processo interpretativo sobre tais documentos (GUASTINI, 2005, p. 25-26).

Existe a possibilidade, nesse sentido, das normas serem resultado da combinação de fragmentos de enunciados de distintos textos normativos, bem como das normas como o próprio sentido literal de uma disposição normativa, visto que o próprio sentido literal é atribuído através de um processo interpretativo (GUASTINI, 2005, p. 32). O intérprete comporta-se, assim, como um tradutor:

‘Traduzir’ significa reformular um texto numa língua diferente daquela na qual este é formulado. ‘Interpretar’ significa reformular um texto, não importa se na mesma língua em que é formulado ou numa língua diferente. Em direito, a interpretação é a reformulação dos textos normativos das fontes (GUASTINI, 2005, p. 26-27).

Há que se mencionar, contudo, os limites da interpretação. Nesse sentido, não é de todo certo afirmar que apenas os juízes criam o direito, seria inconcebível, e contraditório com a própria realidade dos ordenamentos jurídicos. No entanto, é plausível a afirmação que o direito é criado pelos órgãos de aplicação e legislação, nesses incluídos a figura dos juízes e legisladores.

Essa percepção implica a ideia de o direito, ainda que dependente da interpretação, não ter sua criação restrita aos intérpretes. Não há interpretação sem um texto normativo o qual se porte como objeto da atividade de reformulação realizada pelo intérprete (GUASTINI, 2018, p. 442-443). O conceito de norma em Guastini, portanto, não objetiva legitimar decisões

irracionais, mas compreender o papel criador dos juízes e negar os pressupostos de um formalismo que reduz a decisão ao silogismo estrito. Além disso, fornece bases para o entendimento da distinção existente entre interpretação e integração do direito, sendo essa a criação de normas sem a presença de disposição que a exprima (GUASTINI, 2005, p. 43).

Diante disso, observa-se que o autor aponta como limite à interpretação o seu próprio objeto: o texto normativo. Não é aceitável qualquer decisão e, portanto, não é aceitável qualquer interpretação. Isso está fundamentado no fato de que o resultado do processo interpretativo deverá adequar-se aos significados admissíveis dentro da moldura normativa (GUASTINI, 2014, p. 76).

Tendo em vista as bases introdutórias sobre a norma e a teoria da interpretação em Guastini e, também, a desmistificação da ideia do realismo como sinônimo de decisionismo, passa-se às discussões relativas ao conceito de discricionariedade. Ademais, retoma-se a discussão sobre a textura aberta em Hart e sua possibilidade de crítica no autor genovês.

4 A TEXTURA ABERTA E A DISCRICIONARIEDADE EM GUASTINI

Ao tratar sobre as teorias da interpretação jurídica, Guastini distingui-as entre: a teoria cognitiva e a teoria cética e a teoria intermediária. Desse modo, o próprio autor delimita o campo de discussão mencionado desde o início desse trabalho. Isto é, a contraposição entre formalistas defensores da averiguação empírica do sentido da norma; os céticos que encaram a interpretação como atividade de valoração e decisão (GUASTINI, 2005, p. 140); e a zona intermediária defendida por Hart, a qual distingue a presença de zonas luminosas e de penumbra nas normas.

Nesse diapasão, a denominada teoria cética é aquela que representa os pontos de união nas visões dos realistas jurídicos escandinavos, americanos e italianos. Sobre isso, Chiassoni definirá características paradigmáticas comuns às teses realistas do direito. Para o recorte necessário ao presente artigo observam-se três dessas características que fundamentam a visão interpretativa do realismo: a fluidez; o caráter instrumental do direito; e a sistematicidade extrínseca.

Essas percepções realistas e, portanto, céticas, compreendem o ordenamento como um conjunto normativo fluído e, por sua vez, em constante mutação. Isso ocorre tendo em vista o fato de que os ordenamentos não estão colocados como objetivo último do direito, uma vez que

– e aqui está um dos inúmeros pontos de encontro entre as teses hartianas e o realismo – o direito busca fornecer bases de concretização dos objetivos perquiridos pela vida social.

A fluidez e o caráter instrumental do direito fundamentam a não existência de uma sistematicidade intrínseca do ordenamento jurídico. Tem-se, por outro lado, a concepção do ordenamento como possuidor de uma sistematicidade extrínseca, isto é, o realismo não compreende o ordenamento como um conjunto ordenado e coerente. Dessa forma, os ordenamentos são descritos como “coacervos de materiais a espera de sistematização por obra dos juristas, no âmbito da assim denominada ciência jurídica” (CHIASSONI, 2017, p. 519).

A percepção do ordenamento como fluído, instrumental e objeto de potencial construção e sistematização, implica aquele já mencionado ceticismo em relação às regras, de modo que se entende que a aplicação dos textos normativos não é automática. Ademais, resulta na compreensão da não redução da discricionariedade àqueles casos difíceis delimitados estritamente pelas fronteiras da zona de penumbra.

Diante dessas concepções, ao apontar a teoria intermediária, caracterizada pela distinção entre os casos que caem no núcleo luminoso da norma, e aqueles casos difíceis que caem na penumbra, Guastini realiza uma objeção ao grau da discricionariedade elencada por Hart:

Pode-se sustentar, todavia, que os intérpretes – em particular, os juízes – fazem uso da discricionariedade não somente no decidir a solução de controvérsias que caem na “zona de penumbra”, mas também no decidir se uma controvérsia cai, ou não, no “núcleo” luminoso (GUASTINI, 2005, p. 143).

Essa objeção é desenvolvida no capítulo VIII da obra “Das fontes às normas”, no qual o autor italiano trata sobre o conceito de textura aberta em Hart.

A teoria de Hart é compreendida, portanto, como uma defesa da teoria normativista da ciência jurídica. De modo que a ideia da zona de penumbra não estaria relacionada a uma afirmação principal da vagueza e ambiguidade das normas, ou do caráter de sistematicidade extrínseca do ordenamento. Esse ponto da indeterminação estaria tratado de forma secundária, como pretexto para outra defesa.

Ao contrário de um enfoque primário na indeterminação da linguagem e na existência da discricionariedade na prática jurídica, o enfoque principal seria aquele da existência dos casos-limite como constatação do mínimo exercício da discricionariedade. Nesse sentido, Hart apontaria que, ainda que exista uma restrita quantidade de casos concretos aos quais a

aplicabilidade da norma é passível de discussão, existem, em contrapartida, uma maioria de casos de aplicação – ou não aplicação – pacífica (GUASTINI, 2005, p. 147).

Essa tentativa de defesa realizada por Hart é criticada por Guastini. Todavia, a crítica não se dá em relação à teoria completa, mas, sobretudo, ao ponto de vista da discricionariedade. Afasta-se, por sua vez, as críticas de Hart às limitações do formalismo – entendidas pelo autor genovês como plausíveis –, ao tempo em que se discute aquelas críticas destinadas por Hart ao realismo jurídico.

O questionamento levantado por Guastini é no sentido dos limites que Hart impõe à discricionariedade, assim como ao momento de realização da discricionariedade. Compreende-se, contudo, que, como tratado ao final da seção anterior, a ideia de interpretação em Guastini não está relacionada a uma ideia de decisionismo. Ao tratar do direito jurisprudencial no preenchimento de lacunas e na resolução de antinomias, aponta:

Os usos linguísticos existentes dentro de uma comunidade linguística, os eventuais hábitos interpretativos já creditados e consolidados permitem uma certa gama de possíveis interpretações e, ao mesmo tempo, dela excluem outras que, por alguma razão, parecem improponíveis ou intoleráveis. [...] As normas potencialmente expressas por disposições legislativas existentes são, portanto, inúmeras, mas não infinitas (GUASTINI, 2005, p. 223-225).

O autor não faz uma defesa da arbitrariedade ou de um irracionalismo das decisões judiciais, mas descreve a realidade jurídica ao observar limitações às teses de Hart. Desse modo, Guastini parte de uma primeira constatação: não é totalmente adequado igualar a linguagem jurídica à linguagem natural. Essa observação está fundada nas particularidades que envolvem a argumentação jurídica e, conseqüentemente, o processo interpretativo. Para constatar esse apontamento, esse autor apresenta um exemplo:

Digamos assim: na comunicação cotidiana, dificilmente alguém colocaria em dúvida que a uma pessoa sem cabelo algum convenha o atributo de ‘calvo’; mas caso se tratasse de interpretar o vocábulo ‘calvo’ enquanto pertencente à linguagem legislativa (isto é, enquanto utilizado numa lei), não poucos juristas estariam dispostos a levantar uma tal dúvida e isso não seria motivo de espanto para os seus colegas (GUASTINI, 2005, p. 149).

Essa ilustração corriqueira permite outra constatação: uma vez que a linguagem legislativa – assim como a linguagem dos órgãos de aplicação – dispõe sobre a determinação

de deveres e a garantia de direitos, não há como falar em uma obviedade quase geral nesse tipo de linguagem. Isso resulta na possibilidade de discussão do alcance dos termos presentes nas normas jurídicas em geral. Há, por sua vez, uma ampliação do grau de discricionariedade, tendo em vista que esse está para além da zona de penumbra hartiana, na qual caem os casos difíceis.

Ainda na reflexão sobre a particularidade da linguagem jurídica e acerca das suas consequências ao conceito de discricionariedade, Guastini apresenta uma contestação relacionada ao momento em que é exercida a discricionariedade.

Em Hart, a discricionariedade é exercida na medida em que as cortes se deparam com um caso difícil, isto é, passível de discussão e para o qual a norma reserva uma zona de pouca luminosidade. No ponto de vista guastiniano, existe o apontamento de que os próprios juízes exercem discricionariedade ao traçar a fronteira existente entre as zonas luminosa e de penumbra.

A ideia de lacuna do direito, ou a incerteza da aplicação de uma norma, não estão, portanto, determinadas intrinsecamente pela pura indeterminação da linguagem. Mas, também, na prática jurídica, pelos intérpretes, tanto aqueles que possuem uma pretensão a ser avaliada pelas cortes quanto pelas próprias cortes. (GUASTINI, 2005, p. 148-150).

Cabe ressaltar que esse exercício interpretativo está limitado pelas necessidades de justificação das decisões, pela referência às disposições legais, pelos valores formais e substanciais a serem seguidos constitucionalmente. Outrossim, pela própria tendência de padronização das interpretações construídas na prática jurídica.

Essa proposta de crítica em Guastini resulta na concepção do autor sobre os “jogos interpretativos”. Dessa forma, a visão sobre o processo interpretativo – se formalista, se cética ou intermediária – estaria relacionada, também, ao modo de jogo adotado pelo indivíduo na prática jurídica (GUASTINI, 2005, p. 140). Cabe ao estudioso do direito, por sua vez, percebê-los e estudá-los. Sendo assim, a ideia de um formalismo poderia estar relacionada a uma percepção mais estática do ordenamento e, conseqüentemente, a uma fidelidade restrita à lei, ligada à percepção da interpretação como declaração de um fato.

Existe na visão formalista, assim, a análise da interpretação como verdadeira ou falsa. Por outro lado, o ponto de vista cético estaria relacionado a uma abertura argumentativa para a construção de significado, sem a discussão de verdade do ato interpretativo, mas, da validade da interpretação frente à moldura normativa, em busca da realização dos objetivos visados pelas partes no processo judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos apontamentos do trabalho, compreende-se que Hart possui uma contribuição teórica fundamental em relação às mudanças de perspectiva no estudo da teoria do direito. Por conseguinte, observa-se a importância da aplicação dos estudos da filosofia da linguagem ao direito, tendo em vista suas implicações no estudo da indeterminação da linguagem jurídica e nas teorias das fontes e da interpretação jurídica.

Destarte, observou-se que a preponderância de uma filosofia jurídica analítica não se restringe ao ambiente anglo-saxão, mas, como demonstrado ao longo das seções do artigo, foi desenvolvida, segundo as respectivas particularidades históricas de cada lugar. Entre os países que forneceram bases importantes para as discussões para uma filosofia jurídica analítica, tem-se o destaque para o amplo debate suscitado pelos filósofos italianos do direito, tendo como um dos seus representantes o professor Riccardo Guastini.

Nessa perspectiva, Guastini fornece bases concretas para uma teoria da interpretação que responda às necessidades dos sistemas jurídicos contemporâneos, de modo que se conclui que o conceito de norma guastiniano está atrelado a uma compreensão do ordenamento como construção interpretativa a partir da atividade discursiva dos juristas.

Ante o exposto, conclui-se que o presente trabalho contribui para a continuidade das discussões sobre as obras de Hart e Guastini, tanto em relação ao teste de suas teses frente às bases de outras visões interpretativas do direito, quanto no que diz respeito ao reconhecimento das categorias dos autores para a construção de um debate jurídico na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Org. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONFIGLIO, Stefani Urnau. **Das normais legais às normas de decisão: a inefetividade dos precedentes vinculantes do Brasil**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9511>>. Acesso em: 4 mai 2021.

CAMPOS, Fernando. **Filosofia da linguagem do século XX no conceito de direito de Herbert Hart**. 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/185972>>. Acesso: em 1 mai 2021.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Trad. Heleno Taveira Torres, Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 2 mai 2021.

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/132347>>. Acesso em: 29 abr 2021.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **La interpretación de los documentos normativos**. Trad. César E. Moreno More. Naucalpan de Juárez: CIJUS, 2018.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3 ed. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MELLO, Cláudio Ari. O realismo metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 187-244, jul/dez. 2016. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/409>>. Acesso em 25 abr 2021.

NASCIMENTO, Antônio Rodrigues. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil: da erosão da legalidade à usurpação da legitimidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/41648>>. Acesso em: 2 mai 2021.

WAISMANN, Friedrich. **The principles of linguistic philosophy**. New York: St. Martin's Press, 1965.

THE CONCEPT OF DISCRETIONARITY IN RICCARDO GUASTINI'S THEORY: A CRITICISM ABOUT THE CONCEPT OF OPEN TEXTURE OF HERBERT HART

ABSTRACT

This article investigates the points of contact, as well as the criteria of distinguishment between the concepts of discretionarity in Herbert Hart and Riccardo Guastini. So, the question to be answered is: is there a critique on the concept of open texture of Herbert Hart, based in the concept of discretionarity in Riccardo Guastini's theory? This work is developed in three sections: the linguistic philosophy and open texture in Herbert Hart; the norm as meaning in Riccardo Guastini's theory; the Guastini's critique of the concept of open texture in Hart's theory. This paper bibliographic research is based on the analytic-synthetic method. **Keywords:** Genoese legal realism. Open texture. Discretionarity. Riccardo Guastini. Herbert Hart.