
POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES

(a interpretação/aplicação
do direito e os princípios)

Eros Roberto Grau

6ª edição refundida do
ensaio e discurso sobre
a interpretação/aplicação do direito



líticas. Dará a necessidade – inafastável – de penetrarmos o nível linguístico na prática das atividades próprias do profissional do direito. Note-se que, aqui – como adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr. [1978:8] –, “o estudo que se desenvolve não é de linguística, mas jurídico, pois não dispensamos, ao investigar a norma, as características operacionais da teorização jurídica”. Quando nos ocupamos com determinada expressão ou palavra jurídica – digo-o, agora, em linguagem corrente, sem qualquer rigor linguístico –, procuramos defini-la e/ou descrever o objeto que representa.¹

107. (segue)

As linguagens consubstanciam sistemas de símbolos convencionais.

Isso significa que não há qualquer relação necessária entre as palavras (de um lado) e os objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos (de outro) em relação aos quais as palavras cumprem suas múltiplas funções [Carrió 1990:91 e ss.].

As palavras – observou Hoppers [apud Gordillo 1977:2] – são como rótulos que colocamos nas coisas, para que possamos falar sobre elas: “Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira consequente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la”.

De outra forma disse-o já Shakespeare [s/d:302], na voz poética de *Julietta*:

“What’s in a name?
That which we call a rose
by any other name would smell as sweet”²

A alusão à voz de *Julietta* enseja a lembrança de outro personagem literário, *Guilherme de Baskerville*, no discurso sobre a tese dos teólogos imperiais: “Deus dissera a Adão para não comer da árvore do Bem e do Mal, e essa era a lei divina; mas depois o autorizara – o que estava dizendo? –, encorajara-o a dar nomes às coisas, e sobre isso tinha decidido livre o seu sítio terrestre. De fato, embora alguns, nos nossos

1. Adiante tratarei da distinção entre *conceito* e *definição jurídica*, anteriormente te verificando que conceitos jurídicos não representam objetos.

2. Ato II, Cena II.

A LINGUAGEM E OS CONCEITOS JURÍDICOS

Apêndice

106. Sobre a linguagem jurídica

O tratamento do tema da interpretação do direito não se faz completo se escaparmos à análise da questão da *ambiguidade* e da *imprecisão* das palavras e expressões da linguagem jurídica. Isso reclama o alinhamento de algumas anotações a respeito da linguagem jurídica e também dos conceitos jurídicos – para o que vou me valer de texto anterior, publicado em meu *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, porém revisito, de sorte que, embora mantida a sua estrutura, outro, aprimorado, é o seu conteúdo.

Os juristas, em geral, usam determinadas palavras e expressões jurídicas para trabalhar em suas respectivas disciplinas, supondo serem conhecidos e assentes os sentidos que nelas discernem.

Isso, contudo, não ocorre. Por isso, é imprescindível, para que possamos seguir adiante, de modo produtivo, no conhecimento do direito, *ocuparmo-nos* com as palavras e expressões jurídicas antes de as usarmos. Essa necessidade logo demonstarei ser inafastável.

Ocorre-me, neste passo – e para tanto valho-me da exposição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. [1978:6] –, lembrar que a relação básica entre direito e linguagem pode ser encarada em três diversos sentidos: (i) no primeiro deles considera-se que o direito tem uma *linguagem*, tomando o vocábulo como significativo, concomitantemente, de *língua* e *discurso*; (ii) no segundo assume-se a existência de um *direito de linguagem*, no qual esta aparece como objeto de disciplinação jusnormativa – e não lógica ou gramatical; (iii) no terceiro sentido cogita-se do *direito enquanto linguagem* – o que leva à afirmação da tese da intrascendentalidade da linguagem.

Fato incontestável é que o direito é, fundamentalmente, comunicação, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar po-

tempo, digam que *nomina sunt consequentia rerum*, o livro do *Gênesis* é, contudo, bastante claro sobre esse ponto: Deus levou ao homem todos os animais para ver como os chamaria, e, qualquer que fosse o modo como o homem tivesse chamado a cada ser vivente, esse deveria ser o seu nome. E, embora certamente o primeiro homem tivesse sido muito cuidadoso ao chamar, em sua língua edêmica, cada coisa e animal segundo a sua natureza, isso não impede que ele exercitasse uma espécie de direito soberano ao imaginar o nome que, a seu ver, melhor correspondia àquela natureza. Porque, de fato, é agora sabido que diferenças são os nomes que os homens impõem para designar os conceitos, e iguais para todos são apenas os conceitos, signo das coisas. Assim que certamente vem a palavra *nomen* de *nomos*, ou seja, *lei*, visto que justamente os *nomina* são dados pelos homens *ad placitum*, isto é, por livre e coletiva convenção” [Eco 1983:403].

Podemos – com Hoppers – apor rótulos convencionais sobre determinadas garrafas ou fazê-lo de modo arbitrário. Optando pela segunda alternativa, da sua adoção não resultará alteração alguma no conteúdo do contêiner arbitrariamente rotulado. Apenas, se o nosso propósito não for o de instalar, no mínimo, confusão, cumpre deixarmos bem esclarecido aos seus potenciais usuários quais conteúdos encontrarão em cada uma delas.

Assim com as palavras. Se não as tomarmos com a significação usual, cumpre-nos informar aos nossos ouvintes ou leitores os sentidos que lhes atribuímos. Ainda segundo Hoppers [apud Gordillo 1977:4], “qualquer um pode usar o ruído que quiser para se referir a qualquer coisa, contanto que esclareça o que designa o ruído em questão”.

108. (segue)

Sendo a linguagem um sistema de vocábulos convencionais, os significados das palavras ou expressões linguísticas dependem sempre de uma *convenção*.

A convenção – observa Carrió [1990:91-92] – pode ser *explícita* e “*ad hoc*” ou *tácita* e *geral*. Aí no primeiro caso as linguagens artificiais; no segundo, as linguagens naturais.

Além disso, a convenção pode conduzir a *definições léxicas* (aquelas que recolhem os significados, sempre imprecisos, na linguagem natural) ou a *definições estipulativas* (as que se sustentam sobre as regras precisas de uso das palavras, da linguagem artificial).

No uso da linguagem jurídica – estou me valendo, ainda, da exposição de Carrió [1990:49] – lançamos mão de palavras e expressões da linguagem natural ou definíveis em termos dela. Tomamos os termos de que fazemos uso da linguagem natural, até porque não praticamos o hábito – ou isso não nos é permitido – de cunhar palavras novas para expressar determinados significados; hábito desenvolvido pelos especialistas em outros ramos do conhecimento. Lembro, neste passo, a observação de Pollock e Matiland [apud Hohfeld 1968:36, nota 19]: “Possivelmente ninguém, de los términos de nuestro vocabulario jurídico han sido siempre términos técnicos. La licencia que el científico se toma al acunar palabras nuevas le está negada a los juristas por la naturaleza misma de las cosas. Los juristas tienen que tomar sus términos del lenguaje popular; gradualmente, las palabras así tomadas son definidas; a veces, una palabra continúa teniendo un sentido técnico para los juristas y un significado distinto y más vago para los legos; a veces, la palabra que los primeros han adoptado es abandonada por los últimos”.

Daí por que a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa [Carrió 1990:55].

Tanto quanto a linguagem natural, portanto, a linguagem jurídica – que naquela vai se nutrir – apresenta textura aberta, nela proliferando o que Hohfeld [1968:45-46] refere como palavras “camaleão”, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro como para a expressão lúcida.

Assim, *ambigüidade* e *imprecisão* são marcas características da linguagem jurídica. Manifesta-se a primeira em virtude de as mesmas palavras em diversos contextos designarem distintos objetos, fatos ou propriedades. A mesma palavra em contextos diversos *conota* sentidos distintos. Algumas palavras “em estado de dicionário” – imagem drummondiana – *denotam* inúmeras referências ou designações. Quando, todavia, elas são desprendidas do dicionário e passam a ser usadas em um texto, não é mais sua carga *denotativa*, seu espectro referencial possível, porém o sentido sob o qual foram usadas, que conta. Cumpre ver, pois, que uma palavra com largo arco de denotação (extensão) *conota* sentidos diversos em distintos contextos (= compreende distintas *intencões*). Por isso, é imprescindível – se desejarmos determinar qual o sentido (*intencão*), entre os inúmeros possíveis, sob o qual a palavra está sendo usada, aqui ou ali – descobrirmos qual sua *conotação* aqui ou ali, neste ou naquele contexto [Canotilho 1982:429 e ss.].

Quanto à *imprecisão*, decorre de flidez de certas palavras, cujo limite de aplicação é impreciso. Buscando exemplos na linguagem co-

mum, ali teremos os vocábulos “jovem”, “alto”, “calvo”. Transcrevendo Carrió [1990:31-32]: “Há casos centrais e típicos, frente aos quais ninguém vacilaria em aplicar a palavra, e casos claros de exclusão, em relação aos quais ninguém duvidaria em não usá-la. Mas no meio há uma zona mais ou menos ampla de casos possíveis frente aos quais, quando se apresentam, não sabemos o que fazer”.

109. (segue)

A textura aberta da linguagem jurídica decorre do fato de nutrir-se da linguagem natural, na qual aqueles fenômenos se manifestam.

Cumprir, ainda, lembrar, todavia, que as línguas naturais não sobrevivem fundando-se exclusivamente em uma sintática e em uma semântica, mas também sobre uma *pragmática*. Isto é – como observa Umberto Eco [2001:43-44] –, “baseando-se em regras de praxe, que levam em consideração as circunstâncias e os contextos de emissão, e estas mesmas regras de praxe estabelecem a possibilidade dos usos retóricos da língua, graças aos quais as palavras e construções sintáticas podem adquirir significados múltiplos (como ocorre, por exemplo, com as metáforas)”.

Ademais – e aqui também a transcrição é de Umberto Eco [2001:44] –, a língua natural não é *omnitável*, isto é, “capaz de exprimir toda a nossa experiência física e mental, e, portanto, de poder expressar sensações, percepções, abstrações e responder até mesmo à indagação por que haja o Ser em lugar do Nada”. E prossiga, ao afirmar que a língua verbal não é totalmente *efável*, sugerindo: “Experimentalmente-se descrever em palavras a diferença entre o perfume da verbena e do alecrim”.

Isso será tão mais grave quando se observe que dificilmente conseguimos distinguir aquilo que não podemos nomear. A propósito, diz Alberto Manguel [2001:48-49]: “Enquanto todas as línguas comportam distinções de claro e escuro, e a maioria tenha palavras que denotam as cores primárias e as secundárias, nem todas as línguas têm termos específicos para as cores. O idioma Tarahumara, do Norte do México, não tem palavras especiais para o verde e o azul; em consequência, a capacidade do Tarahumara de distinguir matizes entre essas duas cores é bem menos desenvolvida do que no falante do Inglês e do Espanhol. A leitura que um Tarahumara fará de uma pintura azul e verde será forçosamente afetada pelas aptidões linguísticas do espectador. (...) O que o exemplo do povo Tarahumara parece sugerir é que, até certo ponto, o que vemos

não será determinado nem pela realidade sobre a tela, nem por nossa inteligência e por nossas emoções como espectadores, mas sim pelas distinções fornecidas pela própria língua, em toda sua majestade arbitrária”.

110. (segue)

Não é um mal injustificável, de toda sorte, este de que padece a linguagem jurídica. E isso porque, se as leis devem ser abstratas e *gerais*, necessariamente não de ser expressas em linguagem de textura aberta. A propósito, contudo, enfatiza Martino [1973:65] a necessidade de distinguirmos *sito*, contudo, enfatiza Martino [1973:65] a necessidade de distinguirmos *sito*, contudo, enfatiza Martino [1973:65] a necessidade de distinguirmos nas normas legais – nos textos normativos, direi – entre a má técnica legislativa e as necessárias ambiguidade e imprecisão dos textos legais.

Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer, porém, dizer que não tenham elas significação determinável.

Se assim não fosse, aliás, as palavras – como observa Bandeira de Mello [1981:245] –, “seriam meros ruídos sem qualquer conteúdo. Não seriam signos, é dizer, significantes, e a comunicação humana tornaria-se impossível”.

O fato é que – como observa Karl Larenz [1983:83] –, “a linguagem jurídica deve ser considerada como um ‘jogo de linguagem’, no sentido que a essa expressão atribuiu Wittgenstein. O papel das palavras neste ‘jogo’ não é captável mediante uma definição, visto que, ao defini-las, estaremos a nos remeter ao seu significado em um outro ‘jogo de linguagem’”. O papel delas *no* jogo de linguagem, nestas condições, só poderá ser desvendado na medida em que passemos a participar do mesmo jogo. Desta *participação no jogo* decorre a possibilidade de *comprendermos* a linguagem jurídica – tarefa que é instrumentada pela dogmática –, o que importa, segundo Larenz, que, de fato, as palavras e expressões ganhem na linguagem jurídica sentidos mais precisos do que aqueles que têm na linguagem usual.

É certo, pois, que, ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas expressam significações sempre determináveis.

Desde este flanco – o que faz alusão à indeterminação dessas palavras e expressões, donde a alegada “indeterminação dos conceitos jurídicos” – alcançamos o tema dos conceitos jurídicos. Isso porque, no atual estágio de sua evolução, a teoria da interpretação dos textos jurídi-

cos recusa a tese que sustenta operar-se no âmbito da discricionariedade da Administração o preenchimento dos equivocadamente designados “conceitos indeterminados”. Irems bem além desse ponto, contudo.

III. Conceito e conceito jurídico

O *conceito* na concepção aristotélica compreende, em sentido amplo, a *simplex apprehensio rei*, envolvendo também a representação sensitiva ou imagem do objeto conceituado. Em sentido estrito compreende a *simplex apprehensio essentiae rei*. Ao formulá-lo extrairamos mentalmente do objeto sua aparência singular ou individual. Daí por que o conceito, em oposição à imagem ou representação concreta, ou gráfica, é sempre abstrato.

A cada conceito corresponde um *termo*. Este — o termo — é o signo linguístico do conceito. Assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto).

Logo, o conceito na concepção aristotélica está referido, pela mediação do *termo* (signo do conceito), a um *objeto*.

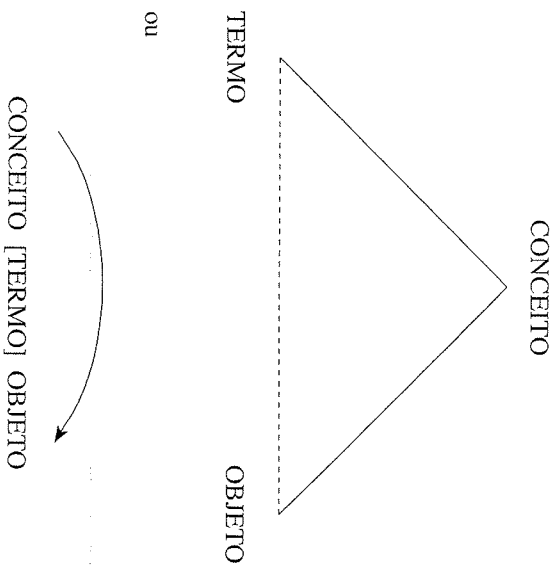


Figura 1

112. (segue)

Os conceitos jurídicos não são referidos a *objetos*, mas sim a *significações*. Não são conceitos *essencialistas*.

O “objeto” do conceito jurídico não existe “em si”; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe “para mim”, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade no mundo jurídico quando a este “para mim”, por força de convenção normativa, corresponde um — seja-me permitida a expressão — “para nós”.

Apenas e tão somente na medida em que o “objeto” — a significação — do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza.³

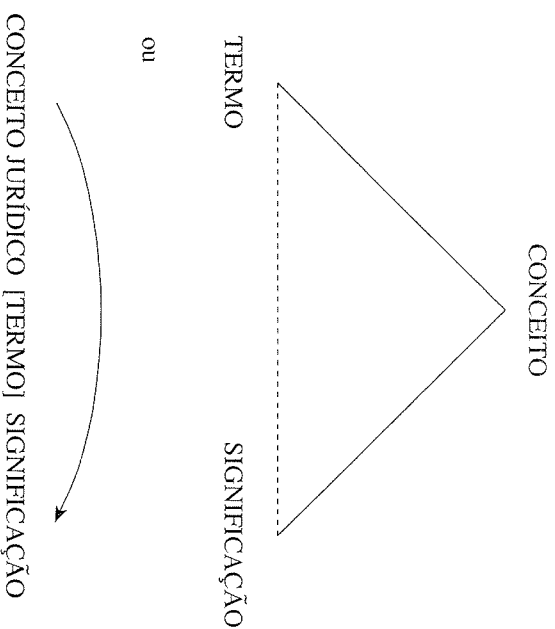


Figura 2

3. Por isso mesmo sustento que, a se admitir possa existir conceito “indeterminado” — ou seja, cuja significação não é reconhecível uniformemente por um grupo social —, a interpretação/aplicação do direito será procedida à margem dele próprio, o direito.

113. (segue)

O conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma *suma de ideias*.

Quando expressado, através do termo, o conceito envolve um ato de expressão.

O termo, pois, é a *expressão do conceito*. Esta expressão é um signo.

O signo é uma coisa que representa outra coisa, isto é, o seu *objeto*.

O signo não é o objeto, apenas está no lugar do objeto. Se representa o objeto, produz na mente do intérprete alguma coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, porém pela mediação do signo.

114. (segue)

Os conceitos jurídicos, como afirmei, são referidos a *significações*, e não a *objetos* (coisas).

Isto é: seus *termos* (expressões desses conceitos) são – enquanto *signos dos conceitos* – signos de significações de coisas (coisas, estados ou situações).

Posso, então, dizer que os conceitos jurídicos expressados (através de seus termos) têm como objeto *significações atribuíveis a coisas* (coisas, estados ou situações).

Nisto é que os conceitos jurídicos se distinguem dos conceitos essencialistas:

- O conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o *primeiro signo* do “objeto”.
- O conceito jurídico, expressado, é o *segundo* signo de um *primeiro signo*: a *significação da coisa* (coisa, estado ou situação); está no lugar não da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível – ou não atribuível – à coisa (coisa, estado ou situação).

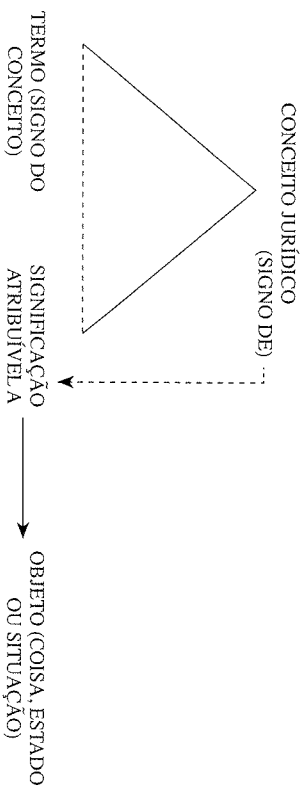


Figura 3

115. (segue)

No conceito – produto da reflexão (*suma de ideias*) – temos uma *ideia universal*.

O conceito é a representação de uma *ideia universal* que, quando intencionada, conduz à formulação de uma *imagem* no pensamento do intérprete.

Esta *imagem* no pensamento do intérprete – expressão de uma *ideia universal* – é um *terceiro signo*, na cadeia assim concebida:

- *Significação atribuível* – ou não atribuível – à coisa (coisa, estado ou situação) = primeiro signo.
- *Expressão* do conceito (termo) = segundo signo.
- *Imagem* produzida pelo conceito = terceiro signo.

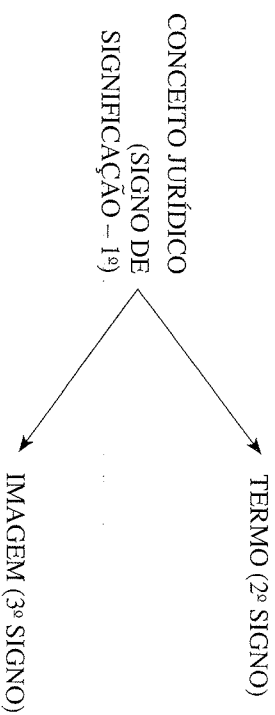


Figura 4

Daquela significação, em regra, não temos representação concreta ou gráfica.

Os conceitos jurídicos, portanto, nos seus atos de expressão — isto é, nos seus *termos* (note-se que o conceito jurídico, *em si mesmo*, não é ato de expressão; o que tem significação é o seu *termo*, expressão do conceito) —, são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis — ou não atribuíveis — a coisas, estados ou situações.

116. (segue)

Na linguagem — ou instância — jurídica, portanto, as expressões dos conceitos jurídicos são *signos de segundo grau*, isto é, signos de *significações* (signos de primeiro grau) atribuíveis — ou não atribuíveis — a coisas, estados ou situações.

O *objeto* do conceito jurídico expressado, assim, é uma significação atribuível a uma coisa, estado ou situação — e não a coisa, estado ou situação.

A enunciação (expressão) do conceito jurídico produz em nossas mentes uma imagem, que é um signo de terceiro grau, isto é, um signo — terceiro — da expressão conceitual — segundo — da significação — primeiro.

- IMAGEM [SIGNO, DE TERCEIRO GRAU] DO
- TERMO [SIGNO, DE SEGUNDO GRAU] DA
- SIGNIFICAÇÃO (CONCEITO) [SIGNO, DE PRIMEIRO GRAU] ATRIBUÍVEL A
- COISA, ESTADO OU SITUAÇÃO

Figura 5

Esta imagem (que é a imagem de uma ideia universal, o conceito) está relacionada à coisa, estado ou situação pela mediação de *dois signos* — a expressão do conceito e a significação atribuível à coisa, estado ou situação — e não de *um signo*, apenas.

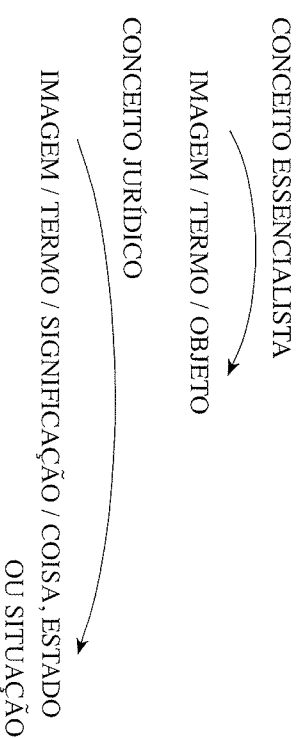


Figura 6

117. Ascarelli e os conceitos jurídicos

A esta altura, no entanto, impõe-se a introdução de precisão indispensável à plena compreensão do conceito de *conceito jurídico*.

Desejo distinguir, entre os conceitos jurídicos, a partir da classificação formulada por Ascarelli [1952: XIII-XVII],⁴ os conceitos jurídicos meramente formais, as *regulae iuris* e os conceitos tipológicos (*fattispecie*), que cumprem diferentes funções na linguagem jurídica.

Os *conceitos meramente formais* (v.g., “ônus”, “sujeito jurídico”, “direito”, “obrigação”), tal como as normas jurídicas, estão ancorados no terreno formal, e o estudo de suas características específicas permite o desenvolvimento de uma quase topologia (que pode realmente definir-se como uma teoria geral do direito), indicativa de uma série de posições lógicas. Os *conceitos meramente formais* não possuem realidade histórica própria. A elaboração desses esquemas — prossegue Ascarelli [1952: XV] —, seu enriquecimento e seu desenvolvimento revelam-se indispensáveis à expressão das valorações normativas, que, na sua ausência,⁵ pode tornar impossível essa elaboração, dando lugar a uma analogia com a matemática.

As *regulae iuris* consubstanciam expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um

4. Cf. Meroni [1989: 282-291].

5. Ausência de esquemas formais adequados.

sistema normativo, a modo — diz Fábio Konder Comparato [1983:269] — de autêntica estenografia legal. Tome-se como exemplo dessa espécie de conceito o de *propriedade*, que apenas assume alguma significação na medida em que tenhamos sob consideração a função, por ele cumprida no discurso do direito, de resumir toda a disciplina normativa atinente ao modo de aquisição e aos poderes, faculdades e deveres decorrentes da aquisição de uma posição jurídica subjetiva em relação a um bem [Meroni 1989:285]. A utilidade do conceito de *propriedade* — e isso o torna, na prática, insubstituível — está na enorme economia de tempo e de energia que seu uso permite a quem pretenda expor o conteúdo do subsistema normativo aplicável à *propriedade* [Meroni 1989:285; no mesmo sentido Ross 1976:165-181].

Por fim, os *conceitos jurídicos tipológicos (fattispecie)*, universalmente, são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e Países; ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico — independentemente dos quais é eventualmente impossível a disciplina, e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada um, a uma coerência própria —, bem como a preocupações e hábitos econômicos e a féis religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções do mundo [Ascarelli 1952:XIV]. Referem-se a fatos típicos da realidade [Comparato 1983:269]. Aí encontramos conceitos cujos termos são, v.g., “boa-fé”, “bon pai de família”, “coisa”, “bem”, “causa”, “dolo”, “culpa”, “erro”. Atribuir significado a esses termos equivale à identificação das espécies de fato alcançadas por um texto normativo [Meroni 1989:283].

Os *conceitos jurídicos tipológicos (fattispecie)* em verdade não são *conceitos*, mas *noções*, como veremos adiante.

Observa, ainda, Fábio Konder Comparato [1983:269] que conceitos tipológicos (*fattispecie*) “não deixam de ser jurídicos, pois eles compõem a previsão normativa; mas o seu conteúdo é, sem dúvida, extrajurídico, porque se referem a uma classificação tipológica da realidade social. Por isso mesmo, em relação a eles não se põe nenhum problema de definição jurídica: o seu sentido é o da linguagem comum. Assim, por exemplo, quando o Código Civil brasileiro⁶ declara que ‘todo homem é capaz de

6. A referência é ao Código de 1916.

direitos e obrigações na ordem civil’ (art. 2º), está empregando a palavra ‘homem’ no seu sentido comum, que dispensa qualquer definição propriamente jurídica. Ao contrário, quando edita a regra de que ‘é nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz’ (art. 145, n. I), o mesmo Código se utiliza de vários termos ou expressões que não encontram correspondência na linguagem comum, porque, justamente, não se referem a uma classificação tipológica da realidade social, e sim àquilo que Jhering denominou ‘construções jurídicas’, isto é, conjuntos sistemáticos de normas, como ‘nulo’, ‘ato jurídico’ e ‘pessoa absolutamente incapaz’. Estes últimos conceitos, correspondentes às *regulae* da sentença de Paulo, são ‘mudos’ em matéria interpretativa, no sentido de que não podem constituir uma premissa para a solução do caso em espécie. O intérprete não pode partir de tais conceitos para extrair consequências jurídicas, mas deve, antes de tudo, perquirir qual o complexo de normas a que eles se referem e iniciar, então, a sua argumentação jurídica, unicamente a partir desse conjunto normativo, condensadamente expresso pela *regulae*” [v. Ascarelli 1959a:169].

118. Ainda os conceitos jurídicos

Cumpre ver, por outro lado, que os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas, sim, para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Expressados, são signos de signos (significações) cuja finalidade é a de possibilitar aquela aplicação.

Quanto aos tipológicos (*fattispecie*), a eles poderemos nos referir como *signos de predicados axiológicos*. Não sendo signos de coisas (coisas, estados ou situações), atuam como referenciais que, em si, não estão ligados a coisa alguma (coisas, estados ou situações), embora apósemos a ligar-se a qualquer coisa (coisa, estado ou situação), dentro de um elenco finito. Assim — tal como outros conceitos que não são signos de coisas —, representam uma essência universal de significação amoldável a individualidades ou a essências universais, concebíveis pela mente e exprimiáveis em outros signos; seus, enquanto realidades, que não o signo do conceito jurídico; pouco importa se um ou outro.

Tome-se de um exemplo: Fulano ataca Beltrano com uma faca; há, aí, um gesto de agressão. Tal gesto é conceituável, há um signo (conceitual) que lhe corresponde (signo do gesto); a qualificação deste gesto como

expressivo de legítima defesa ou não, contudo, é resultante da atribuição do conceito de legítima defesa como *referencial axiológico* do gesto — ou não; a *legítima defesa* — conceito jurídico — não existe como coisa, estado ou situação, isto é, como realidade, senão como signo de um outro signo, atribuível ao gesto; evidente que da atribuição ou não atribuição da significação de legítima defesa ao mencionado gesto dependerá o envolvimento do sujeito desse gesto por ou um outro conjunto de normas jurídicas.

Este ponto, pois, necessita — no meu modo de ver — ser enfatizado: os conceitos jurídicos são *signos de predicados axiológicos*. Ou, dizendo-o de outra forma, prestam-se a atribuir um *acidente axiológico* à coisa, estado ou situação.

Atribuída à coisa, estado ou situação determinada significação (conceito jurídico), quanto a ela aplicar-se-ão umas — e não outras, ou nenhuma — determinadas normas jurídicas.

Esta, de resto, a finalidade dos conceitos jurídicos: não o conhecimento ou uma descrição da essência de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação, a uma coisa, estado ou situação, de determinada norma jurídica ou de determinado conjunto de normas jurídicas.

119. (segue)

A alusão a estes *conceitos jurídicos tipológicos (Gattispecie)* reclama breve menção aos *tipos* jurídicos.

Estes, segundo a doutrina, não são definíveis, em seus termos; apenas se descrevem. Sob a descrição do tipo não se pode subsumir; apenas se pode observar se determinado fenômeno se integra, ou não, no tipo [Larenz 1983:211].

O conceito é abstrato, existe e sobrevive como abstração. Os tipos são noções apreendidas no mundo real; não são inventados, mas descobertos a partir da análise da realidade [Comparato 1983:33].

Para que um conceito jurídico possa — e deva — ser atribuído a uma coisa, estado ou situação, é necessário que todas as suas notas (dele, signo de significação) sejam subsumíveis na coisa, estado ou situação à qual se o vai atribuir [Comparato 1983:33 e Larenz 1983:211]. Já isso não ocorre com os tipos: nem todas as suas notas precisam estar reproduzidas na coisa, estado ou situação para que se dê a integração desta no tipo

[Larenz 1983:299]. Daí por que o tipo não substitui o conceito, embora este possa substituir aquele [Engisch 1968:430] — razão pela qual frequentemente o *conceito é transformado em tipo*. O conceito, ademais, é elemento do raciocínio dedutivo, ao passo que o tipo é elemento do raciocínio indutivo [Engisch 1968:430 e ss. e Comparato 1983:34].

Karl Larenz [1983:452] menciona a utilização, pelo direito e pela chamada ciência do direito, de *tipos médios ou de frequência* — que surgem quando descrevemos um comportamento ou uma situação como “típica”, ou seja, esperada segundo o curso normal — e de *tipos de totalidade ou de figura* — que surgem quando aludimos a um mínimo mais ou menos grande de propriedades e de características de uma figura, em sua totalidade; trata-se, aí, de *tipos empíricos*. Os *tipos de totalidade ou tipos-figuras* consubstanciavam o que Larenz refere como “tipo real normativo” (“representante de comércio”, “chefe de administração”). Além daqueles, contudo, Larenz [1983:456-457] menciona os *tipos jurídicos-estruturais*, que são *tipos-figuras normativos* surgidos na realidade jurídica, referindo-se a conteúdos de regulação classificados de modo determinado. Aí os fatos jurídicos, entre os quais os negócios jurídicos.

120. Conceitos e definições jurídicas

Importa, agora, apontarmos a distinção que aparta os *conceitos* das *definições jurídicas*.

Os conceitos jurídicos — vimos — são expressados através de *termos*: o *termo* é o signo do conceito.

Ora, porque esses termos são colhidos na linguagem natural, que é virtualmente ambígua e imprecisa, inúmeras vezes textos normativos operam a enunciação estipulativa de conceitos — ou seja: *definem* seus respectivos termos. O que se tem referido por “conceito estipulativo ou legal” corresponde, em regra, a uma *definição*, que o texto normativo contempla visando a superar a ambiguidade ou imprecisão do termo de certo conceito.

A *definição jurídica*, pois — “Para os efeitos desta Lei entende-se por (...)” —, é a explicitação do *termo* do conceito, e não deve ser confundida com o conceito jurídico. Este é o signo de uma significação,

expressado pela mediação do *termo*. A definição jurídica está referida ao termo, e não diretamente ao conceito; consubstancia – repita-se – uma *explicitação do termo do conceito*.

Não fora virtualmente ambígua e imprecisa a linguagem jurídica, bastar-nos-iam os conceitos jurídicos, sendo prescindíveis as definições ou “conceitos estipulativos ou legais”. Mas não é bem e apenas assim, contudo. Muitas vezes o ordenamento jurídico alberga conceitos que, embora diversos, são expressados por um mesmo termo. Nesta hipótese, sob o mesmo termo conceitual – o que torna ainda mais complexo e desafiador, para o intérprete, o problema da ambiguidade dos termos e expressões jurídicos – sob o mesmo termo conceitual, dizia eu, repousam, plasmados pelo ordenamento, distintos conceitos jurídicos. A distinção entre tais conceitos é evidente, visto que, embora destacados de um núcleo conceitual comum, as coisas, estados ou situações a que são aplicados sujeitam-se a diversos regimes jurídicos ou a diversas normas jurídicas.⁷

Refiro-me especialmente às definições legislativas do tipo que Natalino Irti [*Iapud Tarello 1980:177*] menciona como “definizione-descrizione degli elementi della fattispecie”, que descrevem, com palavras da língua comum ou do léxico jurídico, modalidade e elementos da *fattispecie*, ou seja, da *hipótese* da norma.

Essas definições legislativas são vinculantes para o intérprete, re-duzindo as bordas daquilo que Kelsen denominou “moldura da norma” e chamo de *moldura do texto e da realidade*.

Outro aspecto a enfatizar é o relativo à circunstância de que a estipulação de uma definição legal pode inúmeras vezes nos conduzir a conclusões equivocadas. Isso ocorre quando, enganosa ou enganadamente, substituímos o conceito pela definição do seu termo, estipulada no âmbito e para os efeitos de determinado contexto normativo [v. *Grau 1988:94-99*].

121. Os chamados “conceitos indeterminados”, os tipos de conceitos jurídicos e a interpretação

Os administrativistas – sobretudo os administrativistas brasileiros – insistem e reinsistem em afirmar a existência de “conceitos indeterminados”.

7. Para exemplos disso, v. Grau [1988:85 e ss. e 166-171].

Em inúmeros textos afirmei ser isso de todo insustentável, dado que – assim argumentava eu – a *indeterminação* apontada em relação a eles não é dos conceitos (ideias universais), mas de suas expressões (termos). Daí minha insistência em aludir a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos indeterminados*.

Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extrema: não existem *conceitos indeterminados*. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma soma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma soma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma *suma determinada de ideias*, não chega a ser conceito.

Retorna-se, neste ponto, à oposição essencialismo/convencionalismo. No primeiro polo os que sustentam que os conceitos refletem determinada *essência* que é expressada pela linguagem;⁸ a essência dos conceitos seria expressada mediante a linguagem, de modo que existiria um vínculo ou nexó metafísico entre o termo empregado e a realidade que os homens devem captar ou reconhecer. A tese essencialista, metafísica, remonta ao século XI e ganha curso na escolástica medieval. A tese convencionalista, ao contrário, sustenta que a relação entre linguagem e realidade é estabelecida livremente pelos homens [Sauca 2000:251-253]. É evidente que a tese essencialista resulta demolida quando cogitamos dos *conceitos jurídicos meramente formais e das regulae iuris*, que não podem ser definidos em termos de experiência. Quanto aos *conceitos jurídicos tipológicos (fattispecie)*, efetivamente não são *conceitos*, mas *noções*. Não obstante, a se admitir que aí se trata de *conceitos*, dir-se-á que, precisamente porque não há uma relação de necessidade entre a palavra e aquilo que ela designa, uma e outro seriam dotados de fluidez. O equívoco está em tomarmos os *conceitos jurídicos tipológicos (fattispecie)* como *conceitos* – equívoco que procuro corrigir, convencido, agora, de que são *noções*. É correta, pois, a afirmação de que aos conceitos, sempre precisos – caso contrário não seriam conceitos –, podem corresponder, embora isso não ocorra necessariamente, termos (= palavras) preci-

8. A fluidez das palavras seria expressão da fluidez dos conceitos.

sos. No que tange às *noções*, tanto elas quanto seus termos são fluidos. Mas não porque as palavras sejam consequência das coisas, porém porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, fluida, e as *noções* são históricas e temporais.

122. (segue)

Os conceitos jurídicos que se aponta como “indeterminados” são os *tipológicos* (*fatispecie*). Quanto aos meramente formais e às *regulae juris* – os primeiros porque abstratos e dissociados da realidade histórica, as segundas porque sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas – , não padecem de qualquer “indeterminação”.

Os conceitos jurídicos meramente formais e as *regulae juris* não devem constituir problema maior para o intérprete do direito – o reverso ocorrendo, contudo, em relação aos conceitos jurídicos *tipológicos* (*fatispecie*), em torno deles gravitando, mercê dessa “indeterminação” de que equivocadamente falam nossos publicistas, parte relevante dos desafios da interpretação.

Não vou me deter, neste passo, na análise do tanto que tem produzido a doutrina a propósito dos “conceitos indeterminados”. Relembrem-se Larenz, Engisch, Heck, Forsthoff, Queiró, Sainz Moreno – entre tantos outros. Por outro lado, lembrem-se aos publicistas, que não costumam fazer leituras de direito privado, as construções que a boa doutrina erigiu a propósito dos *standards* jurídicos.

Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tídos como “indeterminados” os “conceitos” cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como “conceitos” carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções plúlicas predominantes; concepções, essas, que variam conforme a атаção das forças sociais [Forsthoff 1973:17-18]. Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade, seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, *sempre*, é da *participação no jogo*

de linguagem no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. Como observei anteriormente, ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas (= os termos dos conceitos) expressam significações sempre determináveis.

123. Conceito e noção

Durante vários anos mantive acesso debate com os colegas administrativistas que, por necessidade lógica, sustentam a existência desses “conceitos indeterminados”. A afirmação dessa existência é indispensável à construção da tese da *discriminatoriedade* da Administração, que, por sua vez, outra irá fundamentar: a da configuração dos regulamentos como meros atos administrativos, voltados única e exclusivamente à orientação das autoridades administrativas inferiores. Tratei desses aspectos em meu *O direito posto e o direito pressuposto* [Grau 2011:189 e ss.], ao qual remeto o leitor. Penso ter ali demonstrado de modo suficiente que nossa doutrina administrativista confunde *discriminatoriedade* e *interpretação*.

Creio, contudo, ter, na evolução do meu pensamento, encontrado outra explicação para o fenômeno dos “conceitos jurídicos indeterminados”.

É que temos indevidamente chamado de *conceito* as *noções* às quais correspondem as *fatispecie* ou conceitos tipológicos. Disso agora me dou conta, ao ler as seguintes observações de Sartre [1968:134]:⁹

Althusser sustenta que o homem faz a história sem o saber. Não é a história que o reclama, mas o conjunto estrutural em que está situado que o condiciona. Mas Althusser não vê que há uma contradição permanente entre a estrutura prático-inerte e o homem que descobre estar condicionado por ela. Cada geração toma, em relação a essas estruturas, uma outra posição, e é esta posição que permite as mudanças das próprias estruturas. Althusser, como Foucault, além-se à análise das estruturas. Do ponto de vista epistemológico, isso resulta em tomar partido pelo *conceito* contra a *noção*. O conceito é atemporal. Pode estudar-se

9. Diz Balbar [1996:268], em nota biográfica de Althusser, que: “Visant explicitement Althusser et son influence. Sartre dira qu’il s’agissait de ‘prendre parti pour le concept, contre la notion’”.

como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objecto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A *noção*, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas. É o que Foucault chama de “doxologia”, e que ele recusa.

Deveras, a questão da *indeterminação* dos *conceitos* resolve-se na *historicidade* das *noções* — lá onde a doutina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado* há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* [Sartre 1968].

Em outro texto, o próprio Sartre [1976:95-96] volta ao tema: “Científico implicaria uma rigueur de *concepts*. Philosophique, j’essaie d’être rigoureux par des *notions* et la différence que je fais entre *concept* et *notion* est la suivante: un *concept* est une définition en extériorité et qui, en même temps, est atemporelle; une *notion*, selon moi, est une définition en intériorité, et qui comprend en elle-même non seulement le temps que suppose l’objet dont il y a *notion*, mais aussi son propre temps de connaissance. Autrement dit, c’est une pensée qui introduit le temps en elle. Ainsi, lorsque vous étudiez un homme et son histoire, vous ne pouvez procéder que par *notions*. Par exemple, la *passivité* — qui a une telle importance chez Flaubert —, si on en fait un *concept*, ne signifie plus rien puisqu’on se place sur le plan de l’extériorité. Si vous voulez la prendre comme un tout historique, il faut montrer d’où elle vient et comment elle se développe (la *passivité* de Flaubert écrivant *Madame Bovary* n’est bien sûr pas la même que celle du nourrisson); en plus, il faut que, dans la *notion* même de *passivité*, on voie sa découverte et la façon dont la pensée — ma pensée, en l’occurrence — la saisit jusqu’au bout. Vous avez donc deux éléments temporels: la genèse et le développement de la *passivité*, avec la méthode essayant de la reprendre, et en même temps l’intériorité, c’est-à-dire des idées qui s’imbriquent les unes dans

les autres, qui ont des rapports de négation interne entre elles, bref des rapports dialectiques. Tout cela est donné dans la *notion*. La distinction que je fais entre *concept* et *notion* recoupe celle que j’établis entre *connaissance* et *compréhension*. Pour comprendre un homme, l’attitude nécessaire est celle de l’*empathie*”.

124. (segue)

Esse entendimento será por certo contestado, sob o argumento de que estou apenas substituindo nomes (“conceito jurídico indeterminado” por “noção”).

A mim encantam a tranquilidade e a segurança dos gênios-para-si-mesmos, donos de respostas-para-tudo, que disparam em qualquer situação ou circunstância, sem perda de tempo na prática de exercícios aos quais os antigos se dedicavam, a leitura e a reflexão.

As *fattispecie* ou “conceitos tipológicos” não são conceitos (não podem ser entendidas como conceitos), porque os conceitos são *atemporais* e *ahistóricos*, e elas — as *fattispecie* ou “conceitos tipológicos” — são notável e peculiarmente homogêneas ao desenvolvimento das coisas, isto é, caracterizadamente históricas e temporais.

Dá, justamente, a riqueza da interpretação/aplicação das *noções* (e não *conceitos*) que o intérprete opera mediante a formulação de *juízos* de legalidade, em cujo processo maneja textos e fatos. Toda essa riqueza se perde quando se as conceba — as *fattispecie* ou “conceitos tipológicos” — como “conceitos indeterminados”, cuja aplicação se daria mediante a formulação de *juízos* de oportunidade; portanto, à margem da legalidade.

O *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre indifferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente: o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto, nos limites da legalidade.

Lembro ainda, a propósito da distinção que cumpre estabelecermos entre *conceito* e *noção*, as observações de Norbert Elias [1994:26]: “Conceitos matemáticos podem ser separados do grupo que os usa. Triângulos admitem explicações sem referência a situações históricas. Mas

o mesmo não acontece com conceitos como ‘civilização’ e *Kultur*’. Triângulo é *conceito*; não é jamais pensado na dinâmica da história; é o universal sem a negatividade dos particularismos. “Civilização” e *Kultur* são *noções*. Prossigue Norbert Elias [1994:26-27], usando *conceito* por *noção*: “Talvez aconteça que determinados indivíduos os tenham formado com base em material linguístico já disponível de seu próprio grupo, ou pelo menos lhes tenham atribuído um novo significado. Mas eles lançaram raízes. Estabeleceram-se. Outros os captaram em seu novo significado e forma, desenvolvendo-os e polindo-os na fala e na escrita. Foram usados repetidamente até se tornarem instrumentos eficientes para expressar o que pessoas experimentaram em comum e querem comunicar. Tornaram-se palavras da moda, *conceitos* de emprego comum no linguajar diário de uma dada sociedade. Este fato demonstra que não representam apenas necessidades individuais, mas coletivas, de expressão. A história coletiva neles se cristalizou e ressoa. O indivíduo encontra esta cristalização já em suas possibilidades de uso. Não sabe bem por que este significado e esta delimitação estão implicados nas palavras, por que, exatamente, esta nuance e aquela possibilidade delas podem ser derivadas. Usa-as porque lhe parece uma coisa natural, porque desde a infância aprende a ver o mundo através da lente desses *conceitos*. O processo social de sua gênese talvez tenha sido esquecido há muito. Uma geração os transmite a outra sem estar consciente do processo como um todo, e os *conceitos* sobrevivem enquanto esta cristalização de experiências passadas e situações retiver um valor existencial, uma função na existência concreta da sociedade — isto é, enquanto gerações sucessivas puderem identificar suas próprias experiências no significado das palavras. Os termos morrem aos poucos, quando as funções e experiências na vida concreta da sociedade deixam de se vincular a eles. Em outras ocasiões eles apenas adormecem, ou o fazem em certos aspectos, e adquirem um novo valor existencial com uma nova situação. São lembrados então porque alguma coisa no estado presente da sociedade encontra expressão na cristalização do passado corporificada nas palavras” (grifos meus nesta última transcrição). Aqui se manifesta um problema de linguagem. É que a língua alemã usa a mesma palavra — *Be-griff* — para conotar *conceito* e *noção*. Observe, no entanto, v.g., que ao traduzir para o francês o livro de Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* [1994:136], Michel Fromont, sensível à distinção entre um e outra — *conceito* e *noção* —, menciona “la notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff*)”.

125. (segue)

Assim, procurando uma síntese da exposição produzida sobre os conceitos jurídicos — e retornando a Ascarelli —, teremos que o intérprete do direito maneja, ao interpretá-lo, (i) conceitos jurídicos meramente formais, (ii) *regulae iuris* e (iii) os chamados “conceitos tipológicos” (*fattispecie*), que, não obstante, não são *conceitos*, porém *noções*.

Essa verificação instrumental a plena compreensão da atividade de interpretação/aplicação do direito.