

HUMBERTO ÁVILA

***TEORIA DA
INDETERMINAÇÃO
NO DIREITO***

*Entre a indeterminação aparente
e a determinação latente*

2ª edição

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



MALHEIROS
EDITORES

TAXONOMIA DA INDETERMINAÇÃO

1.1 Panorama da indeterminação. 1.2 Objeto da indeterminação. 1.3 Presença da indeterminação.

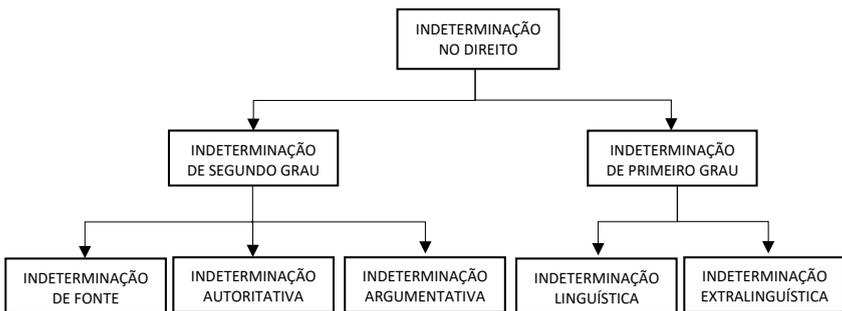
1.1 PANORAMA DA INDETERMINAÇÃO

Indeterminação há quando surge dúvida ou falta de clareza a respeito de alguma questão relevante que precise ser respondida e para a qual se busca uma resposta (mais ou menos) determinada. Uma indeterminação presente e efetiva será, pois, resultado da busca frustrada por uma resposta (mais ou menos) determinada a uma pergunta juridicamente relevante. Tal indeterminação manifesta-se – principalmente, mas não só – em dois níveis: (1) no nível acima do objeto, quando paira dúvida sobre o objeto a ser interpretado ou sobre o modo como deve ser interpretado (indeterminação de segundo grau); (2) no nível do objeto, quando não há clareza quanto ao conteúdo ou à extensão do objeto a ser interpretado (indeterminação de primeiro grau) [Chiassoni, 2019:227; Lanius 2019:99].

Manifesta-se a indeterminação de segundo grau especialmente nos casos em que há dúvida quanto: (1.1) à fonte, em sentido amplo (diploma, dispositivo, enunciado, frase, oração, expressão, palavra ou morfema), a constituir objeto de interpretação, como sucede, por exemplo, quando não se sabe ao certo se a fonte a ser interpretada deve ser a Constituição, uma lei complementar, uma lei ordinária, um tratado internacional ou um decreto regulamentar, ou ainda quando, definido o diploma normativo, persiste dúvida sobre que parte sua será pertinente ao problema a ser resolvido e, por tal razão, deverá constituir o objeto da interpretação, a exemplo do que ocorre quando não há clareza acerca de qual palavra, expressão, oração ou frase há de ser interpretada (indeterminação de fonte);

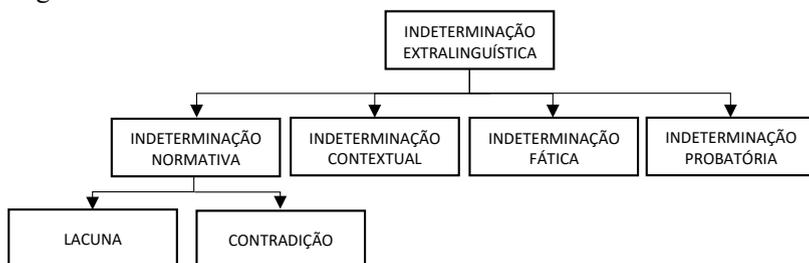
(1.2) à autoridade competente para editar uma fonte, proferir uma decisão ou praticar um ato, como acontece, por exemplo, quando se ignora se a autoridade competente para praticar algum ato é o Presidente da República ou um de seus ministros, se o órgão competente para proferir uma decisão é a Turma ou a Seção de um tribunal ou se a autoridade coatora com legitimidade para figurar no polo passivo de um mandado de segurança é o auditor fiscal, o delegado ou o superintendente regional do órgão competente para exigir o pagamento de um tributo (indeterminação autoritativa); (1.3) ao argumento a ser empregado ou, havendo conflito entre mais de um argumento, à definição de qual deverá prevalecer, como constatado, por exemplo, quando se desconhece se determinado enunciado deve ser interpretado com fulcro no argumento semântico ou no argumento teleológico e, havendo conflito entre estes, qual deverá predominar, com base no quê e por quê (indeterminação metodológica ou argumentativa).

A indeterminação de primeiro grau tem lugar, por sua parte, quando há dúvida com relação ao objeto a ser interpretado ou aplicado, podendo tal incerteza manifestar-se em dois principais planos: (2.1) no plano extralinguístico, quando o elemento mais saliente a ensejar a falta de clareza não reside na linguagem propriamente dita, mas em elementos não linguísticos, como contextos, fatos e provas (indeterminação extralinguística); (2.2) no plano linguístico, quando o móbil da obscuridade jaz precisamente na linguagem, em suas várias camadas originárias e derivadas de significação (indeterminação linguística). O exposto até aqui pode ser representado graficamente do seguinte modo:



Verifica-se a presença de indeterminação extralinguística sobretudo nas ocasiões em que há dúvida quanto: (2.1.1) à norma a ser aplicada, depois de ultrapassadas questões estritamente linguísticas (indeterminação normativa), seja por não haver clareza quanto à existência ou não de norma a regular uma dada situação (lacuna), seja por vacilar o discernimento sobre qual de duas normas há de preponderar quando a

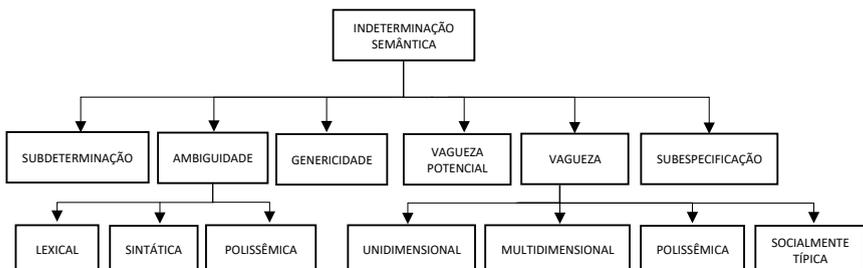
primeira determina uma dada coisa e a segunda estipula coisa diversa (contradição); (2.1.2) ao contexto a ser avaliado ou a quais elementos deste devem ser avaliados (indeterminação contextual), decorrendo aqui a falta de clareza não da situação objetiva de proferimento concernente à fixação da identidade do falante e dos destinatários, do tempo e do lugar da enunciação da frase (contexto restrito ou semântico, próprio do âmbito linguístico de indeterminação), mas de elementos não estritamente linguísticos a serem presumidamente reconstruídos com base em inferências contextualmente impregnadas, como é o caso das suposições de fundo, das intencionalidades presentes no uso da linguagem e das atividades dos interlocutores (contexto amplo ou pragmático); (2.1.3) ao que de fato ocorreu, à relevância do que ocorreu, ao grau de importância que se deve atribuir a um ou mais elementos atuantes naquilo que ocorreu, ou mesmo ao critério a ser utilizado para saber o que de fato ocorreu (indeterminação fática); (2.1.4) ao meio de prova a ser empregado para descobrir e provar o que de fato aconteceu e ao parâmetro de verossimilhança a ser adotado para se considerar provado determinado fato controverso (indeterminação probatória). O exposto até aqui pode ser representado graficamente do seguinte modo:



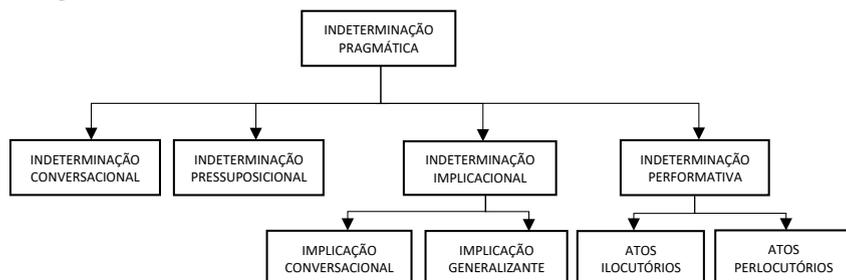
Exterioriza-se a indeterminação linguística notadamente nas situações em que há dúvida quanto: (2.2.1) ao que foi dito, expressa ou implicitamente (indeterminação semântica); (2.2.2) a algo diverso do que foi dito ou em adição ao que foi dito, não principalmente em razão do que foi dito, mas do fato de ter sido dita alguma coisa (indeterminação pragmática). O exposto até aqui pode ser representado graficamente do seguinte modo:



No primeiro caso (indeterminação semântica), pode a falta de clareza dar-se em razão de: (2.2.1.1) o termo (palavra ou expressão) requerer a fixação de variáveis indexais e expressões sensíveis ao contexto (subdeterminação); (2.2.1.2) o termo (palavra ou expressão) comportar dois ou mais significados (ambiguidade), podendo estes estar relacionados (polissemia) ou não (homonímia), e decorrer do uso de uma palavra (ambiguidade lexical) ou do modo como foi construída determinada frase (ambiguidade sintática ou anfíblia); (2.2.1.3) o termo (palavra ou expressão) encerrar um significado muito amplo, sem detalhamento ou especificação de elementos necessários à sua compreensão (genericidade ou generalidade de sentido); (2.2.1.4) o termo (palavra ou expressão) comunicar um significado a respeito do qual não se sabe se aplicável ou não a determinado caso-limite (vagueza), podendo semelhante dúvida aplicativa dar-se com relação a uma só dimensão saliente ou dominante do significado (vagueza unidimensional, quantitativa ou transparente), a mais de uma dimensão saliente ou dominante do significado (vagueza multidimensional, qualitativa, combinatória ou extravagante), à própria presença de uma ou mais dimensões do significado (vagueza multidimensional polissêmica) e ao enquadramento do caso no significado apurado com base em padrão valorativo de natureza ao mesmo tempo descritiva e normativa (vagueza multidimensional socialmente típica ou vinculada a parâmetro ou *standard* comportamental); (2.2.1.5) o termo (palavra ou expressão) transmitir um significado que, malgrado não se apresente indefinido com relação a casos-limite de aplicação no presente, pode (potencialmente) vir a sê-lo no futuro, em razão do surgimento de um elemento inicialmente não conhecido ou não reputado relevante (vagueza potencial ou textura/trama aberta); (2.2.1.6) o falante empregar, com literalidade, todas as palavras de uma frase, mas não a frase em seu conjunto, permitindo ao destinatário inferir, a partir do que foi dito e dos vários indícios contextuais, a existência de conteúdo implícito a especificar ou reforçar semanticamente o que foi dito (subespecificação ou indeterminação de implicitude). O mencionado até aqui pode ser graficamente ilustrado da seguinte maneira:



No segundo caso (indeterminação pragmática) pode a falta de clareza dever-se à presença de dúvida com relação: (2.2.2.1) ao que se quis comunicar, em determinado contexto de proferimento, em virtude da indeterminação da intenção comunicacional, ainda que o termo ou o enunciado seja semanticamente determinado (indeterminação conversacional); (2.2.2.2) ao que deve ser considerado verdadeiro para que aquilo que se disse também o seja (indeterminação pressuposicional ou de pressuposição); (2.2.2.3) ao que se quis também dizer além daquilo que foi dito/exprimido (indeterminação implicacional ou de implicação), seja em relação a contextos particulares (implicação conversacional particular), seja em relação a contextos gerais (implicação conversacional generalizante); (2.2.2.4) ao que é feito com a linguagem (indeterminação performativa ou de ato de fala ou linguagem), seja no que se refere ao que se faz dizendo algo (ato ilocutório) ou ao que se faz ao se dizer algo (ato perlocutório). O mencionado até aqui pode ser graficamente ilustrado da seguinte maneira:



Por aí se vê que o mapa assim traçado, embora se tenha valido da consistente categorização proposta pelo estudo de Lanius [2019], não apenas introduz diferenças substanciais em sua classificação e na de outros autores, como lhe altera ainda o objetivo de análise.

No que concerne à classificação, este trabalho, a par de reconstruir, especificar e, por vezes, modificar as definições preconizadas por aquela obra e por outras com o mesmo cunho categorizador [Pinkal 1995], propõe alterações fundamentais em sua categorização: introduz subespécies nas indeterminações de segundo grau; fixa a subdeterminação semântica como espécie de indeterminação linguística semântica; trata a indeterminação por genericidade não como espécie de indeterminação linguística pragmática conversacional causadora de vagueza, mas como espécie de indeterminação linguística semântica; insere a vagueza socialmente típica nas espécies de indeterminações linguísticas semânticas, em lugar de qualificá-la como espécie de indeterminação linguística pragmática,

ESPÉCIES DE INDETERMINAÇÃO E TIPO

4.1 Significado de tipo. 4.2 Confronto entre tipo e conceito. 4.3 Espécies tributárias e tipo. 4.4 Lei complementar e tipo.

4.1 SIGNIFICADO DE TIPO

O termo “tipo”, como palavra que exprime uma espécie de significado indeterminado, não constitui objeto de investigação da literatura especializada, quer no âmbito da teoria dos conceitos [Fodor 1998; Murphy 2002; Laurence/Margolis 1999; Belohlavek/Klir 2011; Burgess/Cappelen/Plunket 2020], quer no âmbito da teoria da indeterminação [Lanius 2019; Asgeirsson 2020]. Como se verá adiante, o referido termo exprime uma categoria de significados que é estudada sob diferente nomenclatura, a vagueza, sendo esta, sim, objeto de numerosos estudos monográficos, assim no plano geral [Williamson 1994; Keefe/Smith 1997; Shapiro 2006; Hyde 2008; Kluck 2014] como no plano jurídico [Endicott 2000; Keil/Poscher 2016].

Mesmo assim, e curiosamente, o termo “tipo”, examinado notadamente no âmbito da Teoria do Direito alemã em meados do século passado [Engisch 1968 [1953]; Larenz 1991 [1960]], foi empregado como sinônimo de uma espécie de indeterminação ou de algumas espécies de indeterminação pelo Supremo Tribunal Federal em dois recentes recursos extraordinários (ns. 651.703 e 677.725). Essa a razão principal que justificou seu enfrentamento no presente estudo: como um termo que exprime uma ou mais espécies de indeterminação. Este estudo, entretanto, não irá enfrentar o tema do ponto de vista dogmático, com a finalidade de saber se os termos constitucionais ou legais podem ou não exprimir “tipos”, tendo em vista os princípios constitucionais aplicáveis e o sistema de atribuição de competências legislativas. Essa perspectiva já foi objeto

de análise anterior, de maneira inaugural e compreensiva, no âmbito do direito tributário e do direito penal [Derzi 2021 [1988]]. Nesse estudo, de índole tanto metodológica quanto dogmática, a autora examina os significados próprios e impróprios do termo “tipo” e sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais fundamentais, concluindo pela ilegitimidade do seu emprego em determinados âmbitos, como naquele atinente à divisão de competências tributárias. Perspectiva similar foi adotada noutro trabalho, com finalidade específica e com relação às regras atributivas de competência tributária [Ávila 2018]. Nesse estudo, não foram analisados todos os significados do termo “tipo”, nem tampouco examinadas a sua existência e a sua compatibilidade com a Constituição em todos os seus aspectos. O seu objeto foi restrito a uma acepção específica do termo “tipo” lá expressamente indicada [Ávila 2018:9, 12], assimilável à aqui definida vagueza multidimensional socialmente típica. Além disso, sua finalidade não foi sustentar que o “tipo” jamais poderia ter conteúdo prescritivo, mas apenas examinar “se os termos constantes dos dispositivos constitucionais que atribuem poder de tributar na Constituição Federal de 1988 exprimem conceitos ou tipos, *nas acepções antes mencionadas*. Desse modo, não se está a investigar se dispositivos diversos, sobre matéria distinta, em ramo do Direito divergente, baseado em constituição diferente, exprime um conceito ou um tipo *em outras acepções*” [Ávila 2018:14, **grifo meu**]. O enfoque do presente estudo, diversamente dos referidos trabalhos, consiste em saber se os termos constitucionais *exprimem* “tipos”, especialmente do ponto de vista da Linguística, da Filosofia da Linguagem e da Lógica, e não primordialmente *se podem juridicamente exprimi-los*, como já feito e concluído, de maneira categórica, em sentido contrário pelos estudos referidos, e por outros tantos de cunho prevalentemente jurídico-dogmático.

O termo “tipo” é empregado pela doutrina, em contraposição ao conceito classificatório, para exprimir um significado caracterizado pela abertura, gradualidade, dispensabilidade e ponderação de suas propriedades: enquanto o conceito classificatório exprimiria propriedades necessárias (sem cuja presença não se aplicaria) e suficientes (com cuja presença se aplicaria), o tipo exprimiria propriedades não exaustivas – portanto, nem necessárias, nem suficientes (abertura); enquanto o conceito classificatório exprimiria propriedades cuja presença seria verificada por meio de um raciocínio disjuntivo e excludente “sim ou não”, o tipo exprimiria propriedades cuja presença seria verificada por meio de um raciocínio conjuntivo e comparativo “mais ou menos” (gradualidade); enquanto o conceito classificatório exprimiria propriedades que sempre deveriam estar presentes

para sua verificação, o tipo exprimiria propriedades que poderiam estar presentes ou não, de modo que poderia ser aplicado mesmo na ausência de uma ou mais de uma dessas propriedades (dispensabilidade); por fim, enquanto o conceito classificatório exprimiria propriedades com peso equivalente, o tipo exprimiria propriedades às quais se poderia atribuir um peso maior ou menor diante do caso concreto (ponderação) [Wank 2020:231; 1985:126 e ss.].

À conta dessas características, afirma-se que o conceito classificatório seria aplicável “somente quando e sempre quando” (*nur dann und immer dann*) presente a totalidade das propriedades conotadas por sua definição (*sämtliche Merkmale der Definition*), sem qualquer espécie de apreciação dessas propriedades com base em seu conjunto (*Gesamtbild*), à diferença do tipo, cujas propriedades poderiam estar presentes em medidas distintas – portanto, mais ou menos presentes (*unterschiedlichen Maße, “mehr” oder “weniger”*) –, sendo tais propriedades graduáveis e até certo ponto intercambiáveis (*abstufbar und bis zu einem gewissen Grad gegeneinander austauschbar*), devendo ser sempre avaliadas em conjunto, com esteio em uma diretriz valorativa (*leitender Wertgesichtspunkt*) [Larenz 1991 [1960]:221]. De acordo com essas definições, portanto, caracterizar-se-ia o tipo pela abertura (não exprimiria condições fixas), pela gradualidade (as condições poderiam estar presentes em graus diversos), pela dispensabilidade (as propriedades não precisariam estar todas presentes), pela intercambialidade (a presença de uma propriedade poderia compensar a ausência de uma ou mais propriedades distintas) e pela totalidade (as propriedades deveriam ser apreciadas em conjunto e à luz de uma diretriz valorativa) [Bydlinski 1991 [1982]:544].

Em adição a tais características, afirma-se que a questão concernente à possibilidade ou não de uma dada situação ser enquadrada em um tipo não dependeria apenas de verificar se suas costumeiras propriedades estariam todas presentes; antes dependeria de saber se estariam essas propriedades típicas em número e com força suficientes para corresponder, em seu conjunto, à imagem do tipo (*Erscheinungsbild des Typus*), razão pela qual não seria o tipo definido, mas descrito [Bydlinski, 1991 [1982]:221]. Exemplos de tipo seriam os termos “detentor de animais” (*Tierhalter*) e “diretor executivo” (*leitender Angestellter*) [Bydlinski 1991 [1982]:465].

Note-se que tanto Larenz quanto Engisch, responsáveis por difundir o emprego do “tipo” no âmbito da Ciência do Direito, serviram-se da obra de Hempel e Oppenheim como referência fundamental para o tratamento do tema. Afirma Larenz que “a estrutura lógica do conceito tipológico foi

investigada por Hempel e Oppenheim no trabalho *O Conceito Tipológico à Luz da Nova Lógica (Typusbegriff im Lichte der Neuen Logik)* (1936)” [Larenz 1991 [1960]:461]; Engisch, por sua vez, após mencionar os trabalhos filosóficos realizados sobre o assunto, revela que: “Passamos a falar do trabalho mais importante sobre o ‘tipo’ agora em discussão: o tratado de Carl Hempel e Paul Oppenheim; *O Conceito Tipológico à Luz da Nova Lógica*, 1936” [Engisch 1968 [1953]:243].

A basilar obra conjunta de Hempel e Oppenheim partiu de um trabalho individual anterior realizado por Oppenheim no qual este desenvolveu, com base em outros trabalhos, dentre os quais o de Carnap [1926:3, 9 e 24], o que, em oposição aos conceitos classificatórios, denominou de “conceitos ordenadores” (*Ordnungsbegriffe*), os quais se caracterizariam por exprimir propriedades graduáveis e por ser aplicados de modo gradual [Oppenheim 1926:221]. Foi com base nesse esforço prévio que Hempel e Oppenheim então elaboraram o estudo que se tornaria seminal ao contrapor os conceitos classificatórios aos conceitos tipológicos no tocante às citadas características de abertura, gradualidade, dispensabilidade e ponderação das propriedades. Entre tantas outras coisas, sustentaram os autores que um objeto é ou não é enquadrado em um conceito, ao passo que pode ser enquadrado em grau maior ou menor em um tipo [Hempel/Oppenheim 1936:2]; que a Ciência carece de conceitos graduáveis (*abstufbare Begriffe*) [Hempel/Oppenheim 1936:3]; que os conceitos classificatórios apresentam rigidez classificatória (*Starrheit*) e que os tipos são graduáveis (*Abstufbar*); que os conceitos são aplicados do modo “sim ou não” (*entweder-oder*), ao passo que os tipos são aplicados do modo “mais ou menos” (*mehr-minder*) [Hempel/Oppenheim 1936:6 e 8] – e assim por diante.

Importa notar que na mesma obra é estabelecida, ainda, uma distinção entre conceitos ordenadores unidimensionais e multidimensionais (*Ein- und mehrdimensionale Ordnungsbegriffe*) [Hempel/Oppenheim 1936:76 e ss.]. Embora Hempel e Oppenheim tenham trilhado suas carreiras sobretudo no âmbito da Física e da Química, respectivamente, e elaborado sua obra conjunta especialmente no âmbito da Psicologia e da Medicina [Hempel/Oppenheim 1936:3], foi do terreno particular da Física que colheram os exemplos assaz ilustrativos daquilo que pretendiam dizer com os chamados conceitos ordenadores unidimensionais e multidimensionais: um exemplo dos primeiros seria a “temperatura de um corpo” (*Temperatur eines Körpers*), que admitiria escala e seria graduável, estando presente em maior ou menor medida em determinado objeto; um exemplo dos segundos seria a “localização de um ponto de

massa” (*Ort [eines Messenpunkts]*), cuja configuração dependeria de três dimensões a serem conjugadas em um sistema de coordenação [Hempel/Oppenheim 1936:66].

Logo após a publicação desse trabalho em coautoria, Oppenheim, mencionando expressamente a ajuda de Hempel, redigiu um artigo em que resumiu a teoria então por ambos desenvolvida. Constam do texto algumas proposições sumamente elucidativas. Afirma-se, em primeiro lugar, que os conceitos classificatórios “são muito rígidos e traçam limites nítidos e arbitrários, onde na experiência existem propriedades graduáveis que permitem transições fluidas entre seus diferentes níveis de expressão. Isso mostra, por assim dizer, que um objeto pode se enquadrar mais ou menos sob um conceito classificatório” [Oppenheim 1937:70]. Em segundo lugar, afirma-se que os conceitos tipológicos “são conceitos graduáveis. Sua introdução coloca no lugar de uma linguagem em positivos uma linguagem em comparativos, no lugar do rígido ‘sim ou não’ um elástico ‘mais ou menos’, no lugar de classificações com seus limites nítidos as ordens com suas transições fluidas” [Oppenheim 1937:73].

Diante dessa caracterização, urge indagar: que espécie de indeterminação é exprimida pelo chamado “tipo”? Tal indagação deve ser respondida progressivamente. Em primeiro lugar, resta patente que a espécie de indeterminação exprimida pelo tipo é a vagueza, presente, como visto acima, quando há dúvida acerca da aplicação de um significado a casos-limite. De fato, quando Oppenheim afirma que “na experiência existem propriedades graduáveis que permitem transições fluidas entre seus diferentes níveis de expressão” e que “um objeto pode se enquadrar mais ou menos sob um conceito classificatório” [Oppenheim 1937:70], enquanto Larenz, por sua parte, menciona propriedades que “poderiam estar presentes em diferentes medidas, portanto mais ou menos presentes” [Larenz 1991 [1960]:221], um e outro estão fazendo referência a objetos cujo enquadramento em determinado significado suscita dúvida. Estão, pois, aludindo ao fenômeno da vagueza. Tanto é assim que o próprio Hempel, logo após ter imigrado para os Estados Unidos, publicou um artigo em Inglês intitulado “Vagueza e Lógica”, no qual tece uma crítica a um trabalho de Black sobre a vagueza [Black 1990 [1937]:108]. Nesse artigo faz notar que o tema da vagueza já fora abordado por Oppenheim individualmente em seu *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften* [Oppenheim 1937] e por ambos na monografia *Der Typusbegriff im Lichte der Neuen Logik* [Hempel/Oppenheim 1936]. Importante mencionar, ainda, que Hempel, depois de proceder ao exame de termos como “duro” (*hard*), de “casos duvidosos” (*doubtful cases*), acerca dos quais há

dúvida sobre o enquadramento de determinado objeto no significado de “duro”, e de instrumentos que podem tornar o significado do termo “duro” menos vago, afirmou categoricamente, em trecho que aqui se transcreve, por sua singular relevância [Hempel 1939:178]:

O termo “duro” deve então ser substituído pelo termo “mais duro que”, que não designa uma propriedade de uma substância, mas a relação que pode surgir entre duas substâncias. Uma das vantagens desse procedimento é que a vagueza do segundo termo é consideravelmente menor que a do primeiro, porque “mais duro que” tem sido definido por meio de um critério que admite uma aplicação intersubjetiva e que é formulado em termos que são menos vagos que o termo “duro” da linguagem ordinária. A definição acima obviamente torna graduável o conceito de dureza (*hardness*) sem, contudo, definir graus numéricos de dureza; na verdade, ela determina o que pode ser chamado de uma ordem puramente topológica [*purely topological order* – (*sic*)] de todas as substâncias de acordo com sua dureza. Na maioria dos casos, o desenvolvimento dá um passo além; transforma os conceitos vagos de propriedade [*vague property-concepts*] da linguagem ordinária, como “longo”, “pesado”, “quente”, “caro”, em termos métricos que designam magnitudes graduáveis, como “comprimento”, “peso”, “temperatura”, “preço” (nota 12: para mais detalhes sobre esse desenvolvimento na formação de conceitos científicos e seus fundamentos lógicos, v. Carnap (*Physicalische Begriffsbildung*, Karlsruhe, 1926), Hempel e Oppenheim (*Der Typusbegriff im Lichte der Neuen Logik*, Leiden, Sijthoff, 1936) e Oppenheim (*Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, Jena, Fischer, 1926). [Tradução nossa]

Ora, não apenas o próprio autor responsável pela difusão do termo “tipo” qualificou a espécie de indeterminação exprimida por seu significado como sendo a vagueza (“termos que são menos *vagos*”, “conceitos *vagos* de propriedade”) como, ainda, os exemplos que utilizou, tanto em sua obra seminal quanto em estudos posteriores, configuram ilustrações cintilantes de termos cujo significado é portador de vagueza conforme a literatura especializada: “longo”, “pesado”, “quente”, “caro”, “comprimento”, “peso”, “temperatura”, “preço”. Com efeito, todos esses termos exprimem significados cujas propriedades podem estar mais ou menos presentes (como exemplificado anteriormente, por meio da análise dos termos “calvo” e “duna”), desde os primórdios tratados como instanciações da vagueza por ensejarem dúvida quanto à sua aplicação a determinados casos-limite. Não é por outra razão que mesmo a doutrina jurídica, ao tratar do tipo, enquadrá-o na categoria dos conceitos vagos [Koch/Rüssmann 1982:194]. Bydlinski, por exemplo, conclui “que

nomeadamente com o ‘tipo’ na Ciência do Direito não se quer usualmente designar os conceitos comparativos ou relacionais, mas apenas os conceitos classificatórios em sentido estrito de uma qualidade específica: conceitos vagos (...)” [Bydlinski 1991 [1982]:544].

Em segundo lugar, as passagens precitadas atestam que, entre as espécies de vagueza, constituem os tipos instanciações tanto de vagueza unidimensional quanto de vagueza multidimensional. De um lado, exprimem significados portadores de vagueza unidimensional, qualitativa ou gradual, assim definida neste trabalho: será o significado de um termo gradual ou quantitativamente vago se e somente se houver dúvida quanto à sua aplicação a um dado caso-limite, em razão de uma dimensão saliente que comporte, e tal aplicação for suscetível de tolerância a pequenos incrementos dessa dimensão. Os autores anteriormente mencionados, quando fazem referência à gradualidade do tipo no sentido de que este exprimiria propriedades cuja presença seria verificada por meio de um raciocínio conjuntivo e comparativo “mais ou menos”, estão aludindo à vagueza unidimensional. Os exemplos eleitos por Oppenheim e Hempel – “longo”, “pesado”, “quente” e “caro” – constituem instanciações dessa espécie de vagueza. Seu significado não permite demarcar uma fronteira precisa a separar a extensão positiva dos predicados de sua extensão negativa, de sorte que em alguns casos-limite não se saberá ao certo se um objeto deve ou não ser enquadrado na classe exprimida pelos predicados “longo”, “pesado”, “quente” e “caro”.

De outro lado, consoante evidenciam as referidas passagens, casos há em que os tipos constituem instanciações de vagueza multidimensional: quando se afirma que o tipo seria caracterizado por sua abertura (as dimensões não seriam fixas), gradualidade (as dimensões estariam presentes em graus diferentes), dispensabilidade (as dimensões não precisariam estar todas presentes), intercambialidade (a presença de uma propriedade poderia compensar a ausência de uma ou mais propriedades distintas) e totalidade (as propriedades deveriam ser apreciadas em conjunto e à luz de uma diretriz valorativa), está-se a qualificá-lo como um significado portador de vagueza multidimensional, combinatória, qualitativa ou extravagante, assim compreendido o significado que suscita dúvida quanto à sua aplicação a casos-limite por não haver clareza sobre quais de suas dimensões devem ser satisfeitas e como e em que medida devem ser sopesadas entre si. É o que sustentam Hempel e Oppenheim quando tratam dos chamados conceitos ordenadores multidimensionais, cuja configuração dependeria da presença de várias dimensões a serem conjugadas em um sistema de coordenação [Hempel/Oppenheim 1936:66]. E é o que

também defende Larenz, por exemplo, quando argumenta que as dimensões exprimidas pelo tipo poderiam estar presentes em diferentes medidas e possuiriam propriedades graduáveis e até certo ponto intercambiáveis [Larenz 1991 [1960]:221].

Em terceiro lugar, comprovam ainda as passagens aludidas, e especialmente os exemplos que elas empregam, que, entre as espécies de vagueza, pode o tipo também configurar-se como instanciação de vagueza multidimensional socialmente típica. Como sobredito, no entendimento de alguns autores podem os tipos, para além da vagueza multidimensional, exprimir um significado cuja verificação dependeria de saber se determinadas propriedades típicas estariam presentes em número e força suficientes para corresponder, em seu conjunto, à imagem deles, razão pela qual não poderiam ser definidos, mas apenas descritos [Larenz 1991 [1960]:221]. Nessa acepção, o tipo mescla elementos descritivos e normativos, porquanto exprime um significado cuja presença só pode ser verificada com referência a *standards* comportamentais construídos a partir de comportamentos típicos. Como afirma Larenz, citando Strache, “‘costumes do tráfego’, ‘práticas comerciais’ e ‘moral social’ adquirem assim, para os juristas, significado de *standards*, isto é, ‘de medidas normais de comportamentos sociais corretos na realidade social’” [Larenz 1991 [1960]:464]. Exemplos desses tipos seriam os chamados “tipo real” (*Realtypus*), “tipo médio” (*Durchschnittstypus*) e “tipo frequente” (*Häufigkeitstypus*). Todos eles exprimem significados descritivos, isto é, visam a retratar determinada realidade e são avaliados conforme máximas da experiência [Larenz 1991 [1960]:465].

Essa acepção específica do tipo, exemplificada pelos chamados “tipos empíricos”, cuja verificação depende do exame daquilo que habitualmente acontece [Engisch 1968 [1953]:240], corresponde à noção de significados portadores de vagueza multidimensional socialmente típica, assim compreendidos os significados cuja delimitação é vinculada a parâmetros sociais de comportamento que conjugam elementos descritivos com elementos normativos [Luzzati 1990:303]. Corresponde, na terminologia de Lanius, à noção de “expressões relativas a padrão” (*standard-relative expressions*), porquanto dependente seu significado de um padrão contextualmente valorado [Lanius 2019:55]. As chamadas “cláusulas gerais” – “boa-fé”, “bons costumes”, “justa causa”, “diligência habitual”, “costumes do tráfego”, “bom pai de família”, entre outras tantas – são exemplos dos tipos ditos empíricos [Martins-Costa 2018:145; Luzzati 1990:299].

Das considerações anteriores, e especialmente das expressões e dos exemplos empregados pelos próprios autores, advêm que os tipos nada mais são que significados lexicais (conceitos) semanticamente indeterminados por vagueza unidimensional, multidimensional e/ou socialmente típica, a depender do sentido com que a palavra esteja sendo usada. Os tipos, na literatura antes referida, não são empregados para denotar significados potencialmente vagos ou portadores de uma textura/trama aberta, mas para designar significados efetivamente vagos. O adequado enquadramento do “tipo” no panorama das espécies de indeterminação linguística contribui, em primeiro lugar, para definir com maior clareza, precisão e explicitude as características da espécie de indeterminação de que se está tratando quando se emprega o termo “tipo”.

Com efeito, as espécies de indeterminação, notadamente a vagueza, têm sido estudadas na Filosofia desde a Antiguidade Clássica, com Diógenes Laércio, Galeno e Cícero [3 DC-2 DC e 106-43 BC]. No âmbito da Filosofia da Linguagem é objeto de investigações que recuam aos trabalhos iniciais de Peirce [1902], Russell [1997 [1923], Black [1990 [1937] e Weissmann [1945] e se estendem até as pesquisas mais recentes de Haack [1996 [1974], Sainsbury [1990], Williamson [1994], Keefe [2000], Shapiro [2006], Hyde [2008] e Kluck [2014], entre muitos outros. Mesmo no domínio da Ciência do Direito o tema tem experimentado longa e notável evolução nas últimas décadas, com estudos essenciais empreendidos por Hart [2012 [1961], Endicott [2000], Keil/Poscher [2016], Lanius [2019], Asgeirsson [2020] e muitos outros. Tais trabalhos, em sua maioria de orientação analítica, crescem em importância no âmbito da Ciência do Direito na medida em que os estudos que maior influência tiveram na difusão dos “tipos”, como as pesquisas de Engisch [1968 [1953] e Larenz [1935, 1940 e 1960], e que encontraram guarida primeiro na doutrina de direito civil e direito penal, sendo depois recebidos pela de direito tributário, primam pelo uso de linguagem indeterminada e metafórica, quando não empolada e incompreensível, na definição das categorias que empregam. Termos tais como “aberta”, “elástica”, “fluida” ou “porosa”, largamente utilizados por esses autores para tratar da indeterminação da linguagem, são, eles próprios, portadores de elevado grau de indeterminação, sobretudo por genericidade e vagueza, não cumprindo, pois, com os requisitos básicos de clareza e precisão definitiva, entre os quais está a exigência de evitar o uso de linguagem vaga, obscura e metafórica na definição de termos [Kelley/Hutchins 2021:19]. Quando, ao se tratar dos “tipos”, se emprega a palavra “graduável” (*Abstufbar*), por exemplo, se quer referir precisamente ao quê e em que sentido? Graduável seria a

presença de determinadas propriedades nos próprios objetos, como mais ou menos areia, no caso do termo “duna”? Ou seria propriedade ou dimensão do significado, como maior capacidade de memorização, no caso do significado do termo “inteligente”? Seria porventura a combinação entre as propriedades ou dimensões do significado, como mais diligência e menos atenção, no caso do significado de “negligente”? Ou quem sabe o enquadramento de um indivíduo em uma classe de indivíduos, como no caso do enquadramento de determinada pessoa na classe dos “diretores executivos” ou dos “detentores de animais”? Mas como seria possível esse último caso, se um indivíduo ou se enquadra ou não se enquadra em uma classe? Um indivíduo seria mais ou menos “diretor executivo” ou mais ou menos “detentor de animais”, do mesmo modo que, no caso do termo “roubo”, seria mais ou menos “ladrão”? E assim sucessivamente. Tais indagações, porém, não são respondidas, vendo-se a doutrina muitas vezes enrolada num emaranhado de palavras vagas, obscuras e figurativas, especialmente porque, no âmbito da Ciência do Direito, as obras que inicialmente difundiram o emprego do termo “tipo” foram elaboradas com alheamento aos estudos analíticos da vagueza empreendidos pelos filósofos da linguagem no início do século passado e remontam a um período anterior ao refinamento das categorias da indeterminação promovido pela Linguística, pela Filosofia da Linguagem e pela Teoria do Direito sobretudo a partir da segunda metade do século passado.

O adequado enquadramento do “tipo” no panorama das espécies de indeterminação linguística contribui, em segundo lugar, para evitar a errônea inclusão do significado de um termo em determinada classe de indeterminação. Por exemplo, se uma das acepções do termo “tipo” é a de significado portador de vagueza multidimensional, e os termos comumente usados para exemplificar essa espécie de indeterminação são vocábulos como “negligência” e “religião”, seria plausível afirmar que expressões como “propriedade predial e territorial urbana” e “transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis” exprimiriam a mesma espécie de indeterminação? O termo “propriedade”, por exemplo, possuiria dimensões a tal ponto indefiníveis e incomensuráveis que seu emprego não exprimiria um significado determinado e o legislador jamais poderia defini-lo estipulativamente? Se outra das acepções do termo “tipo” é a de significado portador de vagueza socialmente típica, e os termos habitualmente empregados para ilustrar essa espécie de indeterminação são expressões como “costumes do tráfico” e “bons costumes”, seria plausível afirmar que expressões como “importação de produtos estrangeiros” ou “transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou

direitos” exprimiriam a mesma espécie de indeterminação? O significado da expressão “transmissão *causa mortis*”, por exemplo, só poderia ser descrito em comparação com um padrão social de comportamento típico? Tais indagações, a que muitas outras se poderiam agregar, são suficientes para demonstrar que o emprego indiscriminado do termo “tipo” para qualificar a indeterminação da linguagem pode levar tanto à classificação de um dado termo como indeterminado, quando na verdade é determinado, quanto à caracterização de um termo como a exprimir uma espécie de indeterminação, quando na verdade ele exprime outra.

O adequado enquadramento do “tipo” no panorama das espécies de indeterminação linguística contribui, em terceiro lugar, para evitar ambiguidade no emprego do termo “tipo” pela Ciência do Direito e pela jurisprudência, especialmente porque a palavra “tipo” admite mais de um significado e foi traduzida de maneira imprecisa de várias formas. A esse respeito convém traçar as seguintes distinções, sobretudo para detectar uma das causas da equivocidade argumentativa de que padece parte da doutrina e da jurisprudência:

- (1) A expressão “hipótese de incidência” denota parte de uma espécie de regra, qual seja, aquela que refere uma classe de fatos, como sucede, por exemplo, quando se afirma que determinada regra tem como hipótese de incidência a transferência de propriedade de um bem imóvel. A expressão “hipótese de incidência” corresponde ao termo alemão *Tatbestand*, traduzido para o Português, no âmbito dos direitos penal e tributário, pela palavra “tipo”.
- (2) O significado portador de vagueza unidimensional, multidimensional e socialmente típica foi a princípio denominado em Alemão de *Typus*, em razão do desenvolvimento doutrinário muito particular acima reconstruído. *Typus* foi traduzido para o Português, no âmbito dos direitos civil e tributário, também pela palavra “tipo”.
- (3) O *standard* ou padrão comportamental, usado como referência para definir o significado de comportamentos típicos no caso de termos cujo significado seja portador de vagueza socialmente típica, foi denominado em Alemão, pela doutrina restrita antes referida, como *Typus*. O termo alemão foi traduzido para o Português, no âmbito do direito tributário, igualmente pela palavra “tipo”.

- (4) A expressão “conformidade do fato à hipótese de incidência” exprime uma norma que estabelece o dever, dirigido à autoridade fiscal, de constituir o crédito tributário se e somente se o fato previsto na hipótese de uma regra de tributação tiver concretamente ocorrido. A expressão “conformidade do fato à hipótese de incidência” corresponde ao termo alemão *Tatbestandsmäßigkeit* e foi traduzida para o Português, no âmbito dos direitos penal e tributário, pelo vocábulo “tipicidade”.
- (5) A expressão “dever de determinação da hipótese de incidência” exprime uma norma que estabelece o dever, dirigido ao legislador, de determinar o fato previsto na hipótese de incidência da regra de tributação. A expressão “dever de determinação da hipótese de incidência” corresponde ao termo alemão *Bestimmtheitsgebot* e foi traduzida para o Português, no âmbito do direito tributário, também pela palavra “tipicidade”.
- (6) A frequência com que determinados comportamentos são praticados é denominada em Alemão de *Typizität*, termo igualmente traduzido para o Português como “tipicidade”.
- (7) A padronização, usada amiúde pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo para estabelecer médias ou percentuais desconsiderando-se particularidades individuais, recebeu em Alemão a denominação de *Typisierung*, termo traduzido para o Português como “tipificação”.
- (8) A inserção de determinados fatos em hipóteses legais de incidência é denominada em Português de “tipificação”.

A exposição analítica dos termos, de seus significados e de suas traduções evidencia que termos iguais são empregados em Português para exprimir significados distintos. Nos casos 1, 2 e 3, por exemplo, utiliza-se o mesmo termo (tipo) para conotar três significados desiguais (hipótese de incidência, termo com significado portador de vagueza unidimensional, multidimensional e socialmente típica e *standard* comportamental) e de natureza distinta (parte de uma norma jurídica, uma espécie de indeterminação e um parâmetro comportamental de comparação). Nessas hipóteses o termo “tipo” reveste-se de ambiguidade, sendo que entre os significados 1 e 2 e 1 e 3 há ambiguidade lexical por homonímia perfeita (uma única palavra com mesma pronúncia e mesma grafia possui dois significados diversos não relacionados) e entre os significados 2 e 3 há ambiguidade polissêmica horizontal (uma mesma palavra possui dois significados diversos relacionados sem hierarquia de classe e subclasse).

Nos casos 4, 5 e 6 emprega-se o mesmo termo (tipicidade) para conotar três significados diversos (conformidade do fato à hipótese de incidência, dever de determinação da hipótese de incidência e frequência fática) e de natureza distinta (uma norma dirigida ao Poder Executivo, uma norma dirigida ao Poder Legislativo e um enunciado descritivo ou proposição). Nessas hipóteses o termo “tipicidade” apresenta ambiguidade lexical por homonímia perfeita (uma única palavra com mesma pronúncia e mesma grafia possui três significados diversos não relacionados).

Nos casos 7 e 8 recorre-se ao mesmo termo (tipificação) para conotar dois significados diferentes (utilização de padrões e inserção de fatos em hipóteses legais de incidência) e de natureza díspar (uma atividade administrativa ou legislativa de inserção de padrões e uma atividade legislativa de inserção de fatos em hipóteses). Nessas situações o termo “tipificação” apresenta ambiguidade polissêmica (uma mesma palavra possui dois significados diversos relacionados entre si).

Ocioso dizer que o emprego do mesmo termo com significados diversos e de termos bastante similares com significados distintos, muitas vezes sequer relacionados, distancia-se do ideal científico de transparência, pois, em lugar de propiciar, tanto quanto possível, clareza, univocidade, precisão e especificidade, acarreta obscuridade, plurivocidade, vagueza e genericidade. Com efeito, a ambiguidade terminológica, assim na doutrina como na jurisprudência, ao cobrir de sombras o sentido mesmo daquilo que se desejaria comunicar precisamente, constitui um problema não sem relevância. Por exemplo, qual o significado de “tipo legal”? Quer dizer hipótese de incidência, significado vago ou padrão legal? Qual o significado de “tipicidade”? Quer dizer conformidade do fato à hipótese de incidência, dever de determinação da hipótese de incidência ou frequência fática? E qual o significado de “tipificação”? Quer dizer utilização de padrões ou inserção de fatos em hipóteses legais de incidência? A linguagem, cujo propósito capital é servir de instrumento para a comunicação, converte-se, nesses casos, em instrumento de confusão – enorme confusão.

Uma causa das ambiguidades em pauta é a má tradução. Em algumas situações duas palavras diversas e com significados diversos no idioma alemão foram traduzidas ao Português pela mesma palavra: *Typus* e *Tatbestand* foram traduzidos por “tipo”, e *Tatbestandsmäßigkeit*, *Bestimmtheitsgebot* e *Typizität* por “tipicidade”. Em outras situações uma mesma palavra em Alemão (*Typus*), portadora de significado ambíguo (conceito vago e *standard*), foi traduzida pelo mesmo termo “tipo”. Em outras situações, ainda, duas distintas palavras nos idiomas Alemão e

Português (*Typizität* e “tipicidade”) têm, contudo, a mesma pronúncia e quase a mesma grafia, aparecendo como falsos cognatos, pois, a despeito da semelhança de *Typizität* e “tipicidade”, um dos significados desta não guarda nenhuma relação com o daquela. Novamente, a linguagem, de instrumento de comunicação, transforma-se em meio de confusão.

Veja-se que a má tradução do termo “tipo” pode produzir – como de fato tem produzido – problemas sérios de compreensão. Pegue-se o exemplo da obra de Hassemer, intitulada, em Alemão, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* [Hassemer 1968]. Seguindo o modo como o termo “tipo” tem sido empregado em trabalhos acadêmicos e decisões judiciais no Brasil, o título do referido livro seria provavelmente traduzido como *Tipo e Tipo*, quando, havendo termos específicos, deveria ser traduzido de forma diversa, próxima da tradução em italiano: *Fattispecie e Tipo: Indagini sull’Ermeneutica Penalistica* [Hassemer 2007]. Esta, contudo, ainda é genérica, na medida em que não especifica o conteúdo da misteriosa palavra “tipo”, na obra também empregada num sentido ainda mais específico que os anteriormente referidos: aplicação analógica do Direito em sentido amplo, de maneira contraposta à subsunção, com base em orientação hermenêutica da aplicação e ontológica da estrutura do Direito. Esse sentido foi especialmente difundido, no âmbito do Direito, por Kaufmann, entre outros [Kaufmann 1982 [1965]:44-54 e 94; idem, 1993:49 e 116; idem, 1999:59 e 79]. Para esse autor, defensor de uma visão ontológica do Direito [Kaufmann 1982 [1965]:470-508], a chamada “natureza das coisas” (*Natur der Sache*) remeteria à ideia de “tipo”, que, situando-se entre o abstrato e o concreto e possuindo as propriedades anteriormente difundidas por Larenz e Engisch, permitiria “de um lado, um ajuste (*Angleichung*) da situação de fato à norma, de outro lado um ajuste da norma à situação de fato” [Kaufmann 1994:111].

Outra causa das ambiguidades examinadas está no uso impreciso e intercambiável dos termos pela doutrina e pela jurisprudência. Exemplo eloquente de tal procedimento é o voto do Ministro-Relator no RE 677.725. A leitura atenta do voto evidencia aquilo que imediatamente não pode ser percebido: a palavra “tipo” foi empregada com o significado de padrão legal (p. 12: “tipificação compreende a formação normativa do tipo; refere-se à atividade legislativa de formação do tipo. É o recorte da realidade para a ordenação de dados semelhantes, implicando a simplificação e a praticabilidade fiscal”) e com o significado de conteúdo vago (p. 20: “a conformidade da situação fática com o fato gerador não ocorrerá pela subsunção, mas pela coordenação daquele a um tipo, atividade não

informada pela lógica formal (...); a palavra “tipicidade” foi empregada com o significado de “típico” (p. 12: “tipicidade é a qualidade do tipo jurídico, ou seja, o típico”), com o significado de exigência de determinação de hipóteses de incidência (p. 17: “tipicidade (fechada) tributária, ou princípio da determinação”) e com o significado de introdução de significados vagos em hipóteses de incidência (p. 27: “a tipicidade, considerada a possibilidade de adoção dos tipos, abertos por natureza”); e a palavra “tipificação” foi empregada com o significado de atividade legislativa de formação de um padrão legal (p. 12: “tipificação compreende a formação normativa do tipo; refere-se à atividade legislativa de formação do tipo. É o recorte da realidade para a ordenação de dados semelhantes, implicando a simplificação e a praticabilidade fiscal”) e com o significado de determinação das hipóteses de incidência (p. 19: “o legislador realiza a tipificação, especificando todos os aspectos da hipótese de incidência”). Ou seja, palavras iguais foram empregadas pela mesma decisão com vários significados diferentes e incompatíveis entre si, sem clara indicação de quando se está diante de um e de outro, o que é essencial para uma decisão de um tribunal, dirigida ao público em geral, e não a acadêmicos iniciados no estudo da vagueza.

As considerações anteriores são suficientes para demonstrar que o modo como o termo “tipo” tem sido empregado é especialmente causa de obscuridade e de ambiguidade, dificultando, por vezes até mesmo impedindo, sua compreensão. No âmbito da Ciência do Direito tal proceder impõe extraordinários entraves ao avanço científico, cuja consecução exige dos estudiosos, como dito à entrada deste livro, ser “claros, precisos e explícitos, de modo a que possam ser compreendidos e, por consequência, criticados por seus colegas” [Recanati 2020:21-22]. Não se trata, insista-se, de preciosismo linguístico, mas de preenchimento de condições mínimas de comunicação. Para que esta seja efetiva é preciso, de um lado, seguir a regra argumentativa da clareza: “Seja claro, honesto, eficiente e no ponto” [Emeren/Grootendorst 1992:50]; de outro, é preciso obedecer à máxima do modo de conversação: “Seja perspicaz! Evite obscuridade de expressão. Evite ambiguidade. Seja breve. Seja ordenado” [Grice 1989a [1967]:27].

No âmbito da jurisprudência esse modo de agir impede a fundamentação adequada das decisões judiciais e, por conseguinte, sua compreensão e sua análise crítica por parte dos destinatários. Novamente não se trata de preciosismo linguístico – trata-se, antes, de clareza linguística, elemento indispensável para que possa a linguagem atingir uma de suas finalidades essenciais: a transmissão efetiva de conteúdo. Quando se

emprega um termo de maneira indiscriminada em geral produz-se ambiguidade (o termo exprime mais de um significado não relacionado) ou polissemia (o termo exprime mais de um significado relacionado). Ocorre que, dada a falta de clareza a respeito do conteúdo da palavra “tipo”, pode-se chegar ao ponto de se produzir obscuridade ou indefinibilidade semântica (o termo exprime um significado indefinido) [Pinkal 1995:40]. Se a variedade de significados é produzida na argumentação, produz-se equívocidade (o enunciado pode ser interpretado de mais de uma forma, dependendo do significado do termo nele contido) [Walton 1996: 2, 3, 6 e 8]. Em suma, o termo “tipo”, se não substituído por um termo mais específico, conforme estudado há mais de um século pela doutrina especializada antes referida, ou definido de maneira singular, clara, precisa e explícita por quem o utiliza, é causa de verdadeira confusão, inconciliável tanto com o ideal de transparência científica quanto com a exigência de fundamentação analítica das decisões.

4.2 CONFRONTO ENTRE TIPO E CONCEITO

Como dito, a doutrina sobre o chamado “tipo” partiu originalmente de uma contraposição entre os conceitos classificatórios e os conceitos tipológicos (*klassifikatorische Begriffe* e *Typusbegriffe*) [Hempel/Oppenheim 1936:2 e ss.], mais tarde difundida no âmbito da Ciência do Direito [Engisch 1968 [1953]:240; Larenz 1991 [1960]:221]. Consistia tal contraposição em uma dicotomia radical de extremos estribada num raciocínio disjuntivo mutuamente excludente e conjuntamente exaustivo entre as espécies: conceito classificatório ou conceito tipológico. Não haveria outra opção (as opções seriam conjuntamente exaustivas), e um significado seria ou um conceito classificatório ou um conceito tipológico, sem terceira opção (as opções seriam mutuamente excludentes). Mais: como os conceitos classificatórios possuiriam as características de “rigidez”, “fechamento” e “uniformidade”, traçariam “fronteiras nítidas” e seriam submetidos a um processo “estático” de aplicação, ao passo que os conceitos tipológicos ou “tipos” seriam dotados das características de “flexibilidade”, “abertura” e “gradualidade”, traçariam “fronteiras fluidas” e seriam submetidos a um processo “dinâmico” de aplicação [Hempel/Oppenheim 1936:VI, 1, 2 e 3], a referida doutrina não apenas fez uso de uma dicotomia – ela fez uso *axiológico* de uma dicotomia, no sentido proposto por Bobbio: “Entendo por ‘uso axiológico’ a utilização executada para dividir o universo em questão em duas partes contrapostas com respeito ao valor, isto é, em duas partes, uma das quais representa o momento positivo, e outra o momento negativo, uma das quais deve ser

aprovada e eventualmente promovida, e a outra deve ser desaprovada e eventualmente rejeitada” [Bobbio 2007 [1977]:123 e 124]. Diante desse quadro, o essencial é saber se a dicotomia e seu uso axiológico estão corretos. Duas questões, portanto, devem ser respondidas: É correta a dicotomia radical, mutuamente excludente e conjuntamente exaustiva, entre os conceitos classificatórios e os conceitos tipológicos ou tipos em face da teoria dos conceitos? É correto o uso axiológico dessa dicotomia? Ambas as indagações merecem resposta negativa, como se passa a expor da maneira mais clara, concisa, precisa e explícita possível.

Não é correta a referida dicotomia, em primeiro lugar, porque a teoria dos conceitos admite vários conceitos com as propriedades que a doutrina particular em questão atribui exclusivamente aos chamados “tipos”. Dentre esses conceitos destacam-se os conceitos vagos (com uma indeterminação específica), indeterminados (com uma indeterminação genérica), disjuntivos (com propriedades alternativas), comparativos (com propriedades relacionais “maior ou menor que”), quantitativos (com medidas graduais “maior ou menor”), valorativos (com propriedades relacionadas a valores eticamente vinculados), descritivos (com propriedades verificadas na experiência) e funcionais (com propriedades avaliadas por meio de números, quantidades e limites) [Wank, 1985:25, 38 e 39; *idem*, 2020:233 e ss.; Koch/Rüssmann 1982:76; Rütters/Fischer/Birk 2020:123 e 80]. Vale dizer, as características imputadas exclusivamente aos “tipos”, como abertura, fluidez, multidimensionalidade, descritividade, comparabilidade e valoração, são abrangidas, com maior clareza e precisão, pelas categorias singulares presentes na teoria dos conceitos.

Não é correta a aludida dicotomia, em segundo lugar, porque no âmbito da Filosofia da Linguagem são estudadas várias espécies de conceitos dotados das propriedades que a particular doutrina em causa pretendeu atribuir com exclusividade aos “tipos”, como os “conceitos [com limites] borrados” (*fuzzy concepts*) [Belohlavek/Klir 2011:45], os “conceitos de aglomeração” (*cluster concepts*) [Putnam 1975 [1962]:50] e os “conceitos essencialmente contestáveis” (*essentially contested concepts*) [Gallie 1955-1956:167 e ss.]. Acresce ainda que no âmbito da Ciência Cognitiva várias são também as construções que permitem atingir os mesmos resultados ou resultados similares pretendidos pelos chamados “tipos”, como os “conceitos complexos” (com estruturas envolvendo várias propriedades, em oposição aos “conceitos atômicos”), os “modelos inferenciais” (com propriedades não necessárias, em oposição aos “modelos de concatenação”) e os “protótipos” (com representações complexas cuja estrutura codifica análises estatísticas) [Laurence/Margolis 1999:4, 23 e 27; Murphy 2002:11 e ss.].

Em suma, a distinção entre os conceitos classificatórios e os conceitos tipológicos nasceu baseada na “falácia das falsas alternativas ou da falsa dicotomia”, também conhecida como falácia do “branco e preto”: um raciocínio que restringe indevidamente o número de alternativas, entre as várias existentes, a não mais que duas, tratadas como mutuamente excludentes e conjuntamente exaustivas, com descarte de posições diversas e intermediárias. No bojo desse raciocínio opera, pois, um silogismo disjuntivo sob a forma “Ou P ou Q; não P, então Q” – isto é, se o significado se enquadra numa categoria não se enquadra na outra, e vice-versa, não havendo nem outras opções além de P ou Q, nem posições intermediárias entre P e Q [Kelley/Hutchins 2021:120; Hurley/Watson 2018:170; Damer 2009:143]. O problema está em que além e no entremeio de P e Q existem outras alternativas, o que torna arbitrária a seleção exclusiva de P e Q.

Além disso, a própria seleção entre P e Q está equivocada. A dicotomia, além de propor alternativas mutuamente excludentes e conjuntamente exaustivas, pressupõe que os conceitos traduzam significados abstratos, certos, prontos, acontextuais e incontroversos, de tal sorte que a necessidade de processos linguísticos e argumentativos para delimitar os significados conduziria inexoravelmente à existência de tipos em detrimento de conceitos. Em decorrência disso, haveria uma correlação entre a carência de processos linguísticos e argumentativos e a inexistência de propriedades necessárias e suficientes para a instanciação de um significado. Em suma, havendo necessidade de delimitar o significado por meio de processos linguísticos e argumentativos, estar-se-ia diante de tipos e, por consequência, diante de significados sem propriedades necessárias e suficientes. Esse raciocínio, contudo, correlaciona dois elementos que não necessariamente coexistem: necessidade de processos linguísticos e argumentativos e significados sem propriedades necessárias e suficientes. Um exemplo já referido, quando examinado do ponto de vista linguístico e argumentativo, pode melhor ilustrá-lo.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir se a cobrança de contribuição social sobre “folha de salários” poderia incidir sobre pagamentos feitos a trabalhadores autônomos e avulsos que não mantinham vínculo de emprego com a fonte pagadora (RE166.772-9, *Diário da Justiça* 16.12.1994). Para decidir essa questão era indispensável definir o significado de “folha de salários”. Diante disso, havia dois significados técnicos consolidados que poderiam ser associados ao termo “salário”: “salário” como remuneração paga pelo empregador ao empregado, este considerado aquele que mantém vínculo de subordinação habitual com

seu empregador (conceito de salário para o direito do trabalho); “salário” como toda e qualquer remuneração paga a todo e qualquer trabalhador (conceito de salário para o direito previdenciário). O Supremo Tribunal Federal entendeu que o emprego do termo “salário” teria incorporado o conceito de salário como remuneração paga pelo empregador ao empregado, este considerado aquele que mantém vínculo de subordinação habitual com seu empregador.

O ponto que aqui se deseja realçar é que, para chegar a essa conclusão, o referido Tribunal baseou-se nos seguintes argumentos: a Constituição teria empregado duas expressões (“salários”, no inciso I do art. 195, e “salários de contribuição”, no § 5º do art. 201, em sua redação original), de modo que, havendo no mesmo sistema duas expressões contrastantes, pertencentes ao mesmo universo semântico, uma das quais se referindo ao direito previdenciário, a outra só poderia exprimir o conceito de salário para efeito do direito do trabalho (voto do Min. Sepúlveda Pertence); o termo empregado pela Constituição não envolveria apenas a palavra “salário”, mas a expressão “folha de salários”, e como a remuneração paga a trabalhadores avulsos e autônomos não é paga em folha, a expressão “folha de salários” só poderia mesmo exprimir a remuneração paga a empregados, esta, sim, objeto de pagamento em folha (votos dos Mins. Sidney Sanches e Moreira Alves); a Constituição teria estabelecido um rol exaustivo, e não exemplificativo, das bases de cálculo de custeio da Seguridade Social, de tal sorte que cada uma destas exprimiria um significado convencional e técnico, e como a Constituição tinha escolhido o termo “salário” em vez do termo “remuneração”, não poderia o intérprete atribuir ao termo “salário” o significado de “remuneração” (voto do Min. Marco Aurélio); tendo a Constituição empregado uma expressão técnica, esta deveria ser interpretada com base em critérios técnicos, na exata e usual dimensão atribuída pelo direito do trabalho (votos dos Mins. Celso de Melo, Néri da Silveira e Octávio Gallotti). Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal afastou considerações a respeito da universalidade de financiamento da Seguridade Social, presentes nos votos dissidentes (votos dos Mins. Francisco Rezek e Carlos Velloso), tendo concluído que a expressão “folha de salários” exprimia a remuneração paga pelo empregador ao empregado, este considerado aquele que mantém vínculo de subordinação habitual com seu empregador. Vale dizer, o referido Tribunal chegou à conclusão, por meio de processos linguísticos e argumentativos, de que o termo “salários” exprimia um significado com propriedades necessárias e suficientes à sua ocorrência, isto é, um conceito. Não se revestisse o mencionado significado de propriedades