

Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica¹

Ambiguity and vagueness in legal interpretation

Ralf Poscher²

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha
rechtsphilosophie@jura.uni-freiburg.de

Resumo

A vagueza e a ambiguidade são problemas-chave nas teorias da interpretação jurídica. O artigo primeiramente delimita a vagueza e a ambiguidade e coloca essa questão em relação com fenômenos similares como a generalidade das expressões jurídicas (i). A vagueza se mostra um fenômeno multifacetado que pode ser sistematizado por meio de três distinções: vagueza de individuação e classificação, vagueza de grau e de combinação, e vaguezas semântica e pragmática. Para o Direito, a vagueza pragmática é de particular importância (ii). Quanto às origens e explicações da vagueza, as diferentes abordagens são classificadas em explicações lógicas, ônticas, epistêmicas e semânticas, sendo que explicações epistêmicas e semânticas mostram a maior proximidade com as teorias da interpretação jurídica (iii). A última seção argumenta que a vagueza não é uma ameaça à interpretação jurídica e ao Estado de Direito propriamente compreendidos. Ela é cautelosa, apesar disso, em relação a alguns valores sugeridos da vagueza. No entanto, o artigo enxerga um valor da vagueza em reduzir os custos de decisão, que não podem ser completamente contemplados por outros atributos semânticos de conceitos vagos como generalidade (iv).

Palavras-chave: filosofia do direito, hermenêutica jurídica, ambiguidade, vagueza.

Abstract

Vagueness and ambiguity are key problems in theories of legal interpretation. The article first delimits vagueness and ambiguity and sets it into relation to related phenomena like the generality of legal expressions (i). Vagueness proves to be a multifaceted phenomenon which can be systematised along three distinctions: vagueness of individuation and classification, degree and combinatory vagueness, and semantic and pragmatic vagueness. For law pragmatic vagueness seems of specific import (ii). As for the origins and accounts of vagueness the different approaches are sorted into logic,

¹ Originalmente publicado como "Ch. 9. Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation". In: P. TIERSMA; L. SOLAN (ed.), *Oxford Handbook of Language and Law*. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 128-144. Agradecemos à Oxford University Press pela autorização para uso do original na versão em português. Tradução de Rafael Giorgio Dalla Barba (PPGD/Unisinos).

² Albert-Ludwigs-Universität. Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie. Abteilung 2 (Rechtsphilosophie). KG II - 5. OG - Raum 2572. 79098 Freiburg im Breisgau, Alemanha.

ontic, epistemic and semantic accounts with epistemic and semantic accounts showing the closest relations to legal theories of interpretation (iii). The last section argues that vagueness is not a threat to legal interpretation and rule of law values properly understood. It is cautious, though, with regard to some suggested values of vagueness. However, it sees a value of vagueness in reducing decision costs, which cannot be completely accommodated by other semantic features of vague concepts like generality (iv).

Keywords: philosophy of law, legal interpretation, ambiguity, vagueness.

Introdução

Poucos tópicos na teoria da linguagem são tão próximos da interpretação jurídica quanto a indeterminação linguística associada com a ambiguidade e a vagueza. Partes significativas do sistema jurídico institucional, especialmente tribunais de apelação e cortes supremas, estão em sua maioria preocupadas não em deslindar os fatos dos casos, mas com a indeterminação do Direito. Não seriam necessárias instituições com estruturas altamente desenvolvidas se a lei contivesse apenas regras claras com deveres e direitos exatos para cada caso. Existem casos difíceis que se encontram no coração da interpretação jurídica enquanto empreendimento profissional, e é por essa razão que casos situados na penumbra são a “o pão de cada dia das faculdades de Direito” (Hart, 1958, p. 615). Para o Direito enquanto disciplina profissional, a ambiguidade e a vagueza estão no coração de um dos tópicos centrais do Direito.

Em um sentido coloquial, tanto a vagueza quanto a ambiguidade são empregadas geralmente para indicar indeterminação. Esse é o sentido no qual a vagueza é entendida pela doutrina da “nulidade por vagueza”, de acordo com a qual um código é considerado nulo se é formulado em termos tão indeterminados que seu significado só pode ser adivinhado (Amsterdam, 1960). Para essa doutrina é irrelevante se a indeterminação de um código advém da ambiguidade ou vagueza ou generalidade em sentido técnico. Ela busca assegurar os valores do Estado de Direito como a previsibilidade e a prevenção de arbitrariedade, os quais são afetados por todos os tipos de indeterminação. Em um sentido mais técnico, no entanto, a ambiguidade e a vagueza são fenômenos muito mais específicos.

Vagueza, ambiguidade e outras formas de indeterminação

À primeira vista, ambiguidade é provavelmente o conceito mais acessível. Expressões ambíguas têm sig-

nificados múltiplos, como no caso do homônimo *bank* (banco), o qual pode significar tanto *river bank* (margem de rio) quanto *commercial bank* (banco comercial). A ambiguidade é raramente um problema na interpretação jurídica (Solan, 2005, p. 79). Normalmente conceitos que contêm expressões ambíguas são tão distintos que o contexto proporciona a desambiguação necessária. Se a lei determina que um depósito seja feito em um banco, é muito improvável supor que ela requeira que o dinheiro seja jogado em um rio. No Direito, é mais frequente deparar-se com problemas envolvendo a ambiguidade ou anfíbolia sintática. Por exemplo, um código da Califórnia que trata da demissão de professores a permitia em casos de “condenação por um delito grave ou por qualquer crime envolvendo *depravação moral*”. É sintaticamente ambíguo se a expressão “depravação moral” se refere apenas à última ou a ambas as expressões anteriores³ (Wagner *et al.*, 2007, p. 34-36).

Em contraposição a isso, uma expressão é vaga se tem casos limítrofes. Casos limítrofes são casos “nos quais simplesmente não se sabe se a expressão é aplicável ou não, e a incerteza não é causada por uma ignorância dos fatos” (Grice, 1989, p. 177). Nós podemos saber tudo que quisermos sobre pudim, mas ainda estarmos incertos se ele pode ser considerado algo sólido.

Expressões vagas não apresentam questões limítrofes em todos os casos, mas apenas em relação a certos casos nos quais nós não estamos certos se devemos “aplicar a expressão ou não”. Não temos problemas em classificar pedras, madeira, aço, etc. como objetos sólidos; apenas casos como o pudim no causam dúvida.

A ambiguidade, então, tem a ver com múltiplos significados; a vagueza com o significado em casos limítrofes. Mais tecnicamente, a ambiguidade vem sendo caracterizada como uma questão que se refere a sentenças e palavras – como pré-proposicional – e a vagueza como uma questão que se refere a proposições e conceitos como o significado de palavras e sentenças (Sorensen, 2001, p. 413). *Bank* (banco) denota dois conceitos diferentes, mas nem o conceito de *river bank*

³ 50 Cal.App. 3d 920, 123 Cal. Rptr. 830 (2d Dist. 1975).

(margem de rio) nem o de *commercial bank* (banco comercial) nem qualquer outro conceito é ambíguo: a maioria, entretanto, são vagos.

Em segundo lugar, apenas a vagueza é reflexiva. Conceitos vagos têm casos limítrofes e casos limítrofes apresentam questões de alta controvérsia porque pode ser duvidoso se um caso ainda constitui um caso limítrofe. A ambiguidade não é nem uma questão de caso limítrofe nem é reflexiva. Não há casos limítrofes entre uma margem de rio e um banco comercial, e a ambiguidade em si – ao menos em seu sentido técnico – não é ambígua.

Em terceiro lugar, interlocutores podem resolver a ambiguidade através do contexto, mas o interlocutor não tem poder sobre casos limítrofes nos quais, por definição, interlocutores competentes não sabem se caem na extensão de uma expressão (Sorensen, 2006, § 2). Visto que a ambiguidade e a vagueza são distintas, expressões podem conter ambas as características. A palavra “criança” é ambígua entre os conceitos de “prole” e “prole imatura”; no sentido de “prole imatura”, ela apresenta casos limítrofes na dimensão da maturidade (Sorensen, 2006, § 2).

A ambiguidade e a vagueza são distintas da generalidade. A generalidade é a característica que mede o grau de termos gerais – em contraposição, por exemplo, a nomes –, para se aplicar a conjuntos de objetos ou situações. Tanto para a ambiguidade quanto a vagueza, a distinção da generalidade pode ficar obscurecida. A ambiguidade pode ser vaga em sua relação com a generalidade. Pode haver casos limítrofes nos quais é difícil dizer se um conceito geral compreende certas nuances de significado ou se uma palavra denota conceitos diferentes. O exemplo de Quine é “hard” (1960, p. 130): se nós falamos sobre “hard cases” (casos difíceis) e “hard chairs” (cadeiras duras), é “difícil” decidir se temos um conceito mais geral ou “difícil” ou se a palavra “difícil” é ambígua em si mesma e denota dois conceitos diferentes. Pode haver um *continuum* entre generalidade, polissemia e homogeneidade (Moore, 1981, p. 182).

Termos gerais podem ser vagos, mas geralmente não implicam vagueza (Sorensen, 1989; Sorensen, 2001, p. 406; Waldron, 1994, p. 522). No Direito assim como na vida, a generalidade é funcional. Na vida porque torna possível falar sobre grandes conjuntos de fatos; no Direito porque torna possível regular grandes conjuntos de situações usando uma regra geral. A generalidade é normalmente relacionada com subinformações (*underin-*

formativeness) (Sorensen, 1989, p. 175), mas não necessariamente com vagueza (Sorensen, 1989; Hyde, 2008, p. 2). O conceito de “árvore” é menos geral do que o conceito de “ser vivo”, mas ele apresenta mais questões limítrofes (Waldron, 1994, p. 522), apesar de ser mais informativo. A regra que permite encarceramento entre 2 e 20 anos é precisa, mas não muito específica, e por conseguinte não muito informativa. A condenada sabe que vai para a cadeia, mas não sabe se verá seus filhos crescerem. H.L.A. Hart às vezes é levado a cometer generalidade confusa e vagueza em sua asserção de que “a incerteza em casos limítrofes é o preço que se paga pelo uso de termos gerais de classificação” (1994, p. 128). Hart parece equiparar a incerteza em casos limítrofes com a generalidade, mas não há uma relação necessária (Sorensen, 2001, p. 407).

O Direito Constitucional alemão promove inclusive diferentes doutrinas para questões de vagueza e generalização. Como a tradição anglo-saxã, ele tem uma doutrina de nulidade por vagueza (*void-for-vagueness-doctrine*).⁴ Além disso, no entanto, o Direito alemão tem uma doutrina-de-questões-essenciais que aborda a generalidade com uma preocupação específica. Segundo a doutrina-de-questões-essenciais no Direito Constitucional alemão, o próprio parlamento deve decidir questões essenciais.⁵ Isso barra o parlamento de se esconder em regras altamente gerais – como permitir à Administração Pública tomar “medidas apropriadas” – em questões essenciais, especialmente em se tratando de direitos fundamentais.

A vagueza é definida não apenas em termos de casos limítrofes, mas em termos de casos limítrofes que “não são relacionados à ignorância dos fatos” ou outras limitações cognitivas superáveis. Essa reivindicação adicional é às vezes usada para distinguir entre casos limítrofes absolutos e relativos (Sorensen, 2004, p. 21-39), com apenas os primeiros dando espaço para a vagueza. Em comparação com os números 3, 5, 11, deve ser difícil dizer à primeira vista se 11.197 é um número primo. O conceito de “número primo”, no entanto, não é vago. 11.197 é apenas um “caso limítrofe relativo” de um número primo – relativo às nossas capacidades *ad hoc* de lidar com complexidades matemáticas de números altos. Como a matemática, o Direito produz casos limítrofes relativos desse tipo por causa de sua complexidade. As regras jurídicas podem conter tantas multicamadas e ser tão ricas em exceções e contraexceções que isso pode levar às vezes até mesmo um jurista espe-

⁴ BVerfGE 6, 32, 42; 56, 1, 12.

⁵ BVerfGE 20, 150, 157; 49, 89, 126.

cializado a caminhos tortuosos. Códigos tributários são notórios candidatos para esse tipo de regulação. Todavia, a complexidade por si só não cria vagueza para a interpretação jurídica.

Tipos de vagueza

A vagueza pode estar relacionada a individualização ou classificação (Alston, 1967, p. 219, “vagueza da aplicação”). A vagueza da individualização diz respeito à delimitação precisa de um objeto. Afeta predicados e termos singulares (Quine, 1960, p. 128). A realidade física é contínua, mas nós temos conceitos distintos para diferentes partes dessa realidade contínua (Waldron, 1994, p. 516). Então sempre haverá questões limítrofes em objetos físicos individuais. Isso é óbvio onde a continuidade do mundo é evidente para as nossas percepções sensoriais ordinárias. Onde começa uma nuvem ou uma montanha ou – para pegar um termo singular – o Monte Everest? Mas a vagueza mereológica da individualização é penetrante (Hyde, 2008, p. 112). Nós temos que apenas aumentar a resolução discriminatória para ir aos mesmos problemas com objetos que parecem distintos à percepção ordinária. Determinar quais moléculas até essa margem ainda pertencem à minha escrivinha é no mínimo tão difícil quanto decidir a delimitação exata do Monte Everest. Questões de vagueza de individualização podem aparecer no Direito, também. A distinção no Direito Romano entre *peius* e *aliud* (Schwenzer, 2005, p. 414s.) é um exemplo clássico, o qual reflete a vagueza da individualização. Se o navio de Teseu é vendido, qual é a última tábuca que pode ser removida antes de se transformar em *aliud*, impossibilitando, assim, que a obrigação de venda seja pactuada (cf. Hyde, 2008, p. 112-127 sobre o exemplo de Teseu e um conjunto de variáveis)?

Mais difuso no Direito do que questões de individualização são questões de vagueza classificatória. Não se trata meramente que os objetos do mundo sejam contínuos, mas que eles também vêm em sombras contínuas, as quais mudam os termos distintos da nossa linguagem. Há dois tipos de vagueza classificatória (Sorensen, 2001, p. 394). Um é quantitativo – vagueza do grau. Certas qualidades de objetos vêm em graus, deixando-nos com o problema de desenhar uma linha em uma escala. O espectro contínuo de cores entre vermelho e laranja produz casos limítrofes para a aplicação dos nossos conceitos de cores.

O segundo tipo de vagueza classificatória é qualitativa ou combinatória (Alston, 1967, p. 219). Para alguns conceitos genéricos, nós não decidimos ou não podemos decidir sobre quais propriedades de objetos precisam possuir uma ordem a ponto de pertencer a certa categoria de coisas. O ladrilho de vidro é um elemento da fachada de uma janela?⁶ Uma bota é uma “ferramenta perigosa” quando atirada contra a cabeça de alguém?⁷ O Missouri é um afluente do Mississippi ou vice-versa (Quine, 1960, p. 128)? Indeterminações como essas não são questões de grau. Elas advêm da nossa indecisão em relação a certas propriedades necessárias – se o conceito de “janela” requer a possibilidade de abrir e fechar; se armas também incluem objetos não designados como tais; se afluentes são julgados pelo volume ou comprimento. Nesses casos, a indeterminação advém do número de possibilidades ou até mesmo de combinações estabelecidas de condições necessárias e suficientes as quais produzem resultados diferentes para o caso concreto.

A maioria dos termos genéricos têm casos limítrofes combinatórios; por conseguinte, eles também são muito comuns no Direito. Além disso, o Direito frequentemente emprega termos ordinários, mas lhes dá um significado técnico que é usualmente mais preciso e às vezes se diferencia até mesmo do seu significado ordinário. No famoso exemplo de H.L.A. Hart a respeito da “regra da proibição de veículos no parque”, um caminhão de bombeiros pode ser considerado como não sendo um veículo nesse sentido jurídico apesar de ser um exemplo óbvio de um veículo no sentido ordinário. A vagueza combinatória também resulta de desacordos difusos sobre o significado preciso de termos jurídicos, o que leva a interpretações jurídicas divergentes de termos como “devido processo” ou “punições cruéis e inusitadas”. Muitos termos jurídicos têm uma estrutura similar aos conceitos contestados de Walter Brice Gallie (1956).

No caso de vagueza combinatória, cada uma das sugestões combinatórias possíveis ou até mesmo estabelecidas pode ser considerada como um conceito diferente – p. ex., um conceito mais amplo ou estreito de “janela” ou “arma” ou um conceito de “afluente” mais orientado pelo comprimento ou pelo volume. Isso torna a vagueza combinatória similar à ambiguidade. Em termos estruturais, a vagueza combinatória pode ser retratada como um caso especial da ambiguidade entre conceitos possíveis ou até mesmo estabelecidos, mas concorrentes

⁶ BGH, NJW 1960, 2092 f.

⁷ BGH, NSZ 1999, 616-617.

(cf. Pinkal, 1995, p. 103-105). Contrariamente aos casos clássicos de ambiguidade, no entanto, em casos de vagueza combinatória os conceitos diferentes em jogo tipicamente compartilham um núcleo comum de extensões. O núcleo comum de extensões dá à vagueza combinatória a estrutura de núcleo-penumbra também típica da vagueza de grau. Uma pistola é uma arma tanto em sentido amplo quanto estreito, mas não há nenhum objeto coberto por ambos os conceitos denotados com um homônimo: não há objetos que sejam tanto margens de rios quanto bancos comerciais. Isso também é verdade para a maioria dos termos polissêmicos como “*bank-building*” (prédio do banco) e “*bank-corporation*” (empresa bancária). Mas já a polissemia de “criança” como prole e prole imatura tem um núcleo de extensões comuns. “Visitantes acompanhados de crianças pagam uma taxa reduzida” é ambíguo, mas não é vago. O que parece tornar “criança” polissêmico, e não vago, é o significado bem estabelecido dos dois conceitos. Mas ser bem estabelecido é uma qualidade graduável. Isso torna a diferença entre vagueza combinatória e polissemia vaga em termos de grau (Pinkal, 1995, p. 76-79, 104s., 248s.).

A diferença entre vagueza e ambiguidade depende, no entanto, menos da extensão na qual conceitos diferentes são bem estabelecidos do que das pressuposições em jogo. A ambiguidade assume um significado preciso – embora possa não ser claro o que isso é; a vagueza pressupõe uma carência de precisão – até mesmo na presença de conceitos precisos. Em um contexto bem geral, “democracia” pode levar a dúvidas se ela pode abarcar um sistema com um único partido político, apesar de que cada um dos conceitos socialistas e liberais de democracia bem estabelecidos chega a um resultado diferente. Nesse contexto “democracia” seria vago.

Em contraposição a isso, na Constituição da antiga República Democrática da Alemanha o significado de democracia era ambíguo em termos de conceitos socialistas e liberais, com o contexto estabelecendo o significado. A diferença em pressuposições implica uma diferença na interpretação. A ambiguidade implica uma escolha entre alternativas preestabelecidas; a vagueza permite uma formação criativa de conceitos até mesmo se conceitos preestabelecidos são próximos. Se “democracia” é ambíguo entre os conceitos socialistas e liberais, a escolha é limitada a essas duas alternativas. Se “democracia” é vago, isso permite uma interpretação – p. ex., deliberativa – ao lado de descrições previamente estabelecidas. No passado, isso deu margem à suspeita de que os juízes preferem a vagueza em detrimento da ambiguidade, porque a vagueza lhes dá mais discricionariedade na interpretação jurídica (Azar, 2007).

Uma distinção fundamental similar que pode ser feita entre vagueza de individuação e vagueza genérica é a distinção entre vagueza semântica e pragmática. Geralmente o contexto pragmático ajuda a retirar as ambiguidades e esclarecer expressões. Mas o contexto pode funcionar em ambos os sentidos. Expressões podem ser vagas não apenas pelos conceitos que empregam, mas também pelo contexto pragmático da expressão. *Kettcars* não são casos limítrofes de carros de brinquedo, mas casos positivos claros. Se se diz a uma criança para levar todos os seus brinquedos para dentro de casa, pode não ser claro se ela deve também levar seu *kettcar* para dentro de casa, devido ao seu tamanho. O *kettcar* se transforma em um caso limítrofe de “carro de criança” devido ao contexto pragmático da ordem.

Para as teorias pragmáticas da linguagem, a distinção entre vagueza semântica e pragmática deve parecer menos óbvia. Se toda a semântica pode ser reduzida à pragmática, então a vagueza é pragmática até os ossos. Mas até mesmo em teorias pragmáticas da linguagem, a diferença pode ser reconstruída em diferentes níveis da prática linguística. No contexto cotidiano, no qual uma noção menos elaborada, paradigmática de um conceito é pragmaticamente suficiente, as práticas linguísticas atribuem um conteúdo semântico menos elaborado a certos termos. Em contextos mais específicos, recorreremos aos mesmos termos para cumprir tarefas mais específicas e pragmáticas. A noção cotidiana menos elaborada de um conceito pode, entretanto, não estar à altura da tarefa específica ou até mesmo entrar em conflito com ela e, assim, criar uma vagueza pragmática específica (cf. Rayo, 2007).

A vagueza pragmática é central para a interpretação judicial. O Direito não é uma discussão sobre semântica, mas sobre o formato pragmático de relações sociais em sentido amplo. A relação do Direito com a linguagem é instrumental. O Direito usa expressões linguísticas para estabelecer regulações de modo a alcançar certos fins sociais. O papel instrumental da linguagem no Direito explica por que o propósito pragmático de uma regulação é um argumento tão poderoso no Direito. Isso não implica que a semântica não tenha importância. Para quem tem que interpretar a lei, o aspecto semântico das expressões constitui os meios primários de decifração do propósito social de uma regulação, mas o propósito pragmático social pode prevalecer sobre as convenções semânticas – até mesmo se certas formas de textualismo debatem a legitimidade dessa característica geral da prática jurídica. A regra-de-proibição-de-veículos-no-parque de Hart não é semanticamente vaga no que diz respeito ao caminhão de bombeiros. Os caminhões de bombeiros não são casos

limitrófes de veículos. No caso de um incêndio no parque, no entanto, o propósito pragmático do dispositivo anula o aspecto semântico. No exemplo batido de *Riggs v. Palmer*,⁸ o assassino do testador preenche todos os requisitos para receber a herança de acordo com a dimensão semântica do código. Ele se transforma em um caso limitrófe por razões pragmáticas. Não era nem um pouco algo claro se a regulação que dispõe sobre testamentos realmente pretendia deixar alguém se beneficiar de sua própria torpeza.

A vagueza é tão penetrante no Direito porque, enquanto prática linguística complexa, às vezes com propósitos pragmático-sociais conflitivos e contestáveis, ela se presta a todos os tipos de vagueza semântica e pragmática, e a toda combinação imaginável. Geralmente o aspecto pragmático ultrapassa o semântico. Isso é verdade ao menos até o ponto em que não haja regras especiais para a interpretação jurídica limitar esse efeito. No Direito Penal, o princípio “*nulla poena, sine lege*” (Hall, 1937, p. 165-193) e a regra *in dubio pro reo* (Price, 2004, p. 885-942) dão azo para considerações pragmáticas em casos limitrófes, mas a prevalência pragmática é barrada frente aos candidatos negativos ou positivos semanticamente claros.

Diferentes tipos de vagueza dão azo a diferentes problemas. Todos os tipos de vagueza nos confrontam com a questão de como classificar casos limitrófes. Teoricamente, casos limitrófes desafiam princípios lógicos básicos como a bivalência e a lei do terceiro excluído. Um enunciado sobre um caso limitrófe é verdadeiro, falso, nem um nem outro, ou algo mais? Tais princípios básicos de lógica mantém ocupada toda uma grande indústria de literatura lógica. Para o Direito, as dificuldades causadas por casos limitrófes são igualmente perturbadoras se considerarmos que os juízes em um caso limitrófe devem chegar a uma decisão positiva ou negativa: “nem um nem outro” não é uma opção na interpretação jurídica.

Além desse problema geral, a vagueza de graus contém uma irritação mais intrincada: o paradoxo Sorites. Ele se baseia no princípio da tolerância de acordo com o qual uma diferença diminuta em termos de quantidade não muda a qualidade de uma entidade. Esse paradoxo clássico do monte é o seguinte:

Premissa 1: 10.000 grãos de areia são um monte.

Premissa 2: o conjunto de grãos de areia menos um grão é ainda um monte.

Conclusão: 9.999 grãos de areia ainda são um monte.

Após 9.999 repetições do silogismo nós somos levados à falsa conclusão de que 1 grão de areia é um monte (para o estudo do caso do tipo Sorites no Direito, ver Von Savigny, 1991). Chegamos a uma óbvia conclusão equivocada, embora nenhum dos silogismos individuais e nenhuma das premissas pareçam incorretas. Sem falar que não apenas os lógicos acham isso difícil de engolir. No Direito isso parece sustentar um ceticismo radical em matéria de determinação jurídica. Se a indeterminação dos casos limitrófes já é vista como uma ameaça ao Estado de Direito, o Sorites é o fundo do poço. O Sorites parece demonstrar que conceitos jurídicos vagos – penetrantes no Direito – não têm nenhum limite. Qualquer coisa serve. A aplicação de regras jurídicas parece radicalmente indeterminada, e o Estado de Direito uma mera questão de poder político (Endicott, 2000, p. 15s.).

Origens e causas da vagueza

Existem pelo menos quatro diferentes pontos de vista a partir dos quais é possível expressar os problemas causados pela vagueza: lógica, ontologia, epistemologia e semântica.

Lógica

Uma maneira óbvia de acomodar os problemas lógicos causados pela vagueza é modificar nossa lógica. Talvez seja nossa lógica-padrão que habita no coração do problema; talvez a lógica-padrão não seja igual à tarefa e precise de melhoramento para refletir a vagueza (Sorensen, 2007). Existem duas estratégias lógicas básicas para melhorar a lógica-padrão com respeito à vagueza.

Uma é estender o número de valores de verdade. A maneira mais óbvia de acomodar casos limitrófes é introduzir um terceiro valor lógico, como, p. ex., “indeterminado”. A lógica difusa é a mistura mais refinada da mesma estratégia. A lógica difusa reflete vagueza de graus não só com um valor de verdade adicional, mas com um *continuum* de valores de verdade. Dependendo da sua proximidade para com casos positivos e negativos claros, a um caso limitrófe pode ser atribuído um valor de verdade entre 1 e 0. “Ladrilho de vidro é janela” poderia ser 0.723 verdadeiro. A lógica multivalorativa parece não ficar intimidada com casos limitrófes – pode simplesmente atribuir um valor de verdade

⁸ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

intermediário – e a lógica difusa poderia solucionar o paradoxo Sorites ao refutar o princípio da tolerância: pequenas mudanças não são irrelevantes, mas correspondem a pequenas mudanças em valor de verdade.

Deixando de lado todas as complicações lógicas que se colocam à frente de uma lógica multivalorativa, deve-se pontuar que introduzir valores de verdade adicionais poderia não tornar as coisas mais fáceis. Se há casos limítrofes entre candidatos positivos e negativos, também haverá casos limítrofes entre positivos e indeterminados, assim como entre indeterminados e negativos, sem falar das massas de casos limítrofes que são produzidos em lógica difusa dependendo de quão refinada é. A lógica multivalorativa meramente parece multiplicar os limites nos quais casos limítrofes e, dessa forma, uma ordem de vagueza mais elevada podem emergir. Para o Direito, então, um sistema multivalorativo não parece ser muito atrativo. Embora seria teoricamente viável em casos judiciais com resultados graduáveis, o Direito não prevê vereditos graduáveis. Casos limítrofes de assassinato não podem ser julgados 0.6-assassinato nem mesmo se o Direito local não exige a pena de morte, mas uma sentença de prisão gradual no lugar dela.

A segunda estratégia é admitir lacunas (*gaps*) nos valores de verdade. Casos limítrofes não têm um valor de verdade alternativo, mas nenhuma verdade. Aristóteles via uma lacuna em valor de verdade para contingências futuras. A questão é se haverá uma batalha naval amanhã é uma pergunta para a qual não há resposta hoje (*Da Interpretação*, § 9). A ideia de lacunas em valor de verdade tem sido adotada para a discussão da vagueza por parte de teorias de supervaloração. Se a dimensão semântica de um conceito vago não fornece uma resposta para uma expressão vaga na zona de penumbra, não há nada que nos impeça de estabelecer um limite em qualquer ponto determinado e então precisar o conteúdo semântico. Tais precisões são arbitrárias, mas não são excluídas do conteúdo semântico de expressões vagas. Cada precisão arbitrária elimina todos os casos limítrofes. Sob cada precisão há um valor de verdade para cada caso limítrofe anterior – mas um diferente para cada precisão diferente. Muito embora valores de verdade sejam instáveis na zona de penumbra, um supervalor de verdade emerge ao se quantificar sobre todos os ajustes possíveis. Superverdades são proposições que são verdadeiras sob cada ajuste possível de um conceito.

O supervaloracionismo abre mão do princípio semântico da bivalência porque casos limítrofes não são nem superverdadeiros nem superfalsos, mas preservam muitos princípios lógicos clássicos, tais como a

lei do terceiro excluído: “essa aglomeração de grãos é um monte ou não é um monte” é superverdadeiro até mesmo se a aglomeração em questão é um caso limítrofe de um monte, pois é verdadeiro sob todos os ajustes. A lógica da supervaloração permanece clássica, mas sua semântica é não clássica.

O supervaloracionismo explica a indeterminação de casos limítrofes ao abraçá-la e ao torná-la um atributo lógico. O paradoxo Sorites é resolvido ao se rejeitar a segunda premissa. O princípio da tolerância segundo o qual um monte de areia menos um grão é ainda um monte é superfalso porque sob cada ajuste isso será falso em algum momento. Cada ajuste estabelece um limite preciso em um determinado número de grãos, embora não haja um número exato de grãos para um ajuste que possa ser altamente verdadeiro. Nós podemos estipular que 75 grãos de areia são um monte e 74 perdem esse *status*. Mas essa estipulação não seria superverdadeira, pois uma estipulação que diga que cada um dos 90 grãos é crucial seria igualmente admissível. Ao invés disso, chamar 1 milhão de grãos de um monte de areia seria algo superverdadeiro, visto que 1 milhão de grãos seria considerado um monte sob cada ajuste possível. A superverdade também parece apreender nossa intuição de que a bivalência não se sustenta em casos limítrofes, mas esses ajustes arbitrários são possíveis – embora ainda não sejam consensuais ou mesmo contestados.

O supervaloracionismo se assemelha ao ponto de vista padrão dos casos difíceis no Direito. Casos difíceis são fenômenos limítrofes no Direito. Conforme o ponto de vista padrão – o qual H.L.A. Hart propôs com a sua metáfora do núcleo e da penumbra – não há respostas corretas em casos difíceis. Eles não têm nenhum valor de verdade predeterminado. Os juízes que estão obrigados a decidir casos difíceis precisam tomar uma decisão por si mesmos. Eles precisam propor um ajuste para o dado caso difícil e apenas sob esse ajuste haverá uma resposta jurídica. Para adotar as categorias do supervaloracionismo, a resposta jurídica a um caso difícil é, no entanto, não superverdadeira. Ela só fornece um entre muitos ajustes possíveis para um caso limítrofe (para uma aplicação do supervaloracionismo ao Direito, ver Soames, 2009; Jónsson, 2009).

Além de uma série de problemas com sua reivindicação de deixar os axiomas e leis da lógica padrão intactos – apenas modificando sua semântica – (Varzi, 2007, p. 633-675), em relação à supervaloração e à lógica multivalorativa remanesce o irritante problema da ordem de vagueza mais elevada. Existe uma superverdade para delimitar casos limítrofes de casos limítrofes? Mas talvez isso interprete equivocadamente

as teorias lógicas da vagueza de qualquer forma, se elas são entendidas como se explanassem ou resolvessem questões de vagueza. Talvez sejam mais bem entendidas em um sentido mais autorreferencial como modelos tecnicamente diferentes para enfrentar a vagueza em lógica, como quer que a vagueza possa ser explicada na metafísica, epistemologia ou semântica.

Explicações ônticas

A abordagem mais básica para explicar a vagueza é considerá-la um problema ontológico. Coisas como nuvens, arco-íris e ondas parecem perfeitos exemplos de objetos vagos. Para a abordagem ôntica não há mistérios em relação a casos limítrofes: isso é apenas como o mundo é. Os objetos do mundo são vagos independentemente dos nossos esquemas conceituais. Se os objetos do mundo são onticamente vagos, não devemos ficar surpresos que a nossa linguagem também o seja. Ela simplesmente reflete a vagueza da realidade. Se os objetos do mundo são vagos, nós precisamos ajustar nossa lógica binária, tendo em vista que a indeterminação é real. Então não há nenhuma supressa que teorias de vagueza ôntica regularmente modifiquem a lógica padrão (Williams, 2008). Isso também lhes permite enfrentar o paradoxo Sorites de uma maneira similar às abordagens lógicas.

Um dos maiores problemas técnicos que a vagueza ôntica deve enfrentar é a “identidade vaga”, que a vagueza ôntica parece cometer. Para objetos como nuvens e arco-íris a ideia de uma identidade vaga não deve ser contraintuitiva. Mas nós devemos também considerar o Monte Everest como tendo uma identidade vaga devido aos nossos problemas para delimitá-lo dos vales e montanhas vizinhos? Como a identidade vaga se relaciona com reivindicações de existência? Se existência requer identidade – “nenhuma entidade sem identidade” (Quine, 1957, p. 20) –, a vagueza ôntica parece um conceito autocontraditório. Existe um debate técnico extenso que discute se podemos compreender identidades vagas fazem sentido e se qualquer lógica pode dar conta delas (Hyde, 2008, p. 105-150).

A interpretação jurídica também não poderia lidar facilmente com a vagueza ôntica. Se for simplesmente o caso que o mundo é vago, o que a lei pode fazer a respeito? Contrariamente à lógica, introduzir valores legais adicionais ao lado do que é lícito e ilícito não é realmente uma opção. A interpretação jurídica é algo relacionado a decidir casos. Não há espaço para resultados indeterminados. A perspectiva de o mundo ser vago em si mesmo coloca a lei em conflito com a

realidade. Em casos limítrofes o Direito teria que ajustar objetos que são, como objetos, onticamente vagos por definição. Dada a penetração dos casos limítrofes, a lei teria que desfigurar a realidade regularmente. Não é de se surpreender que – até agora – as explicações ônticas da vagueza não foram bem recebidas no Direito.

Explicações epistêmicas

Isso não se aplica a causas epistemológicas da vagueza, as quais adotam uma posição contrária às causas ônticas. De acordo com as causas epistêmicas da vagueza, objetos e propriedades apenas se mostram vagos porque nós não somos – para alguns até mesmo em princípio (Sorensen, 2004, p. 13s.) – capazes de adquirir conhecimento de seus limites precisos. É a nossa capacidade limitada de discriminar que explica a vagueza. Nós não estamos aptos a discernir os atributos discretos do mundo ou não estamos aptos a lidar com as complexidades das nossas práticas linguísticas sobre as quais sobrevivem os limites precisos de nossos conceitos (Williamson, 1994, p. 209). Nossas deficiências epistêmicas também explicam o paradoxo Sorites. Elas explicam por que nos apegamos a tais crenças inconsistentes como o princípio da tolerância e a ideia de que deve haver um limite a uma certa altura. Nós estamos certos a respeito do limite; entretanto, não estamos aptos a vê-lo devido às nossas capacidades epistêmicas limitadas. Até mesmo apoiadores da causa epistêmica admitem que é difícil de engolir que haja um grão de areia que faz uma aglomeração de grãos ser um monte. Mas eles acreditam que nossa irritação corrobora a causa epistêmica, tendo em vista que essa irritação advém da nossa falta de capacidade para ver os limites, cuja existência somos forçados a admitir se não quisermos cair no paradoxo Sorites. Além disso, a solução epistêmica não requer mexer na lógica padrão. Ela pode se ater à bivalência e a todo o resto.

O último atributo em particular faz uma causa epistêmica de interesse para a interpretação judicial, a qual tem certa afinidade com a bivalência – devido à necessidade de decidir cada caso limítrofe que é levado a um tribunal. As teorias da interpretação judicial correspondentes a uma explicação epistêmica da vagueza são as teorias da única-resposta-correta propostas por Ronald Dworkin (1985) ou por realistas morais como Michael Moore (2002), que argumenta em favor de tipos morais e jurídicos no sentido dos argumentos de tipo natural de Kripke e Putnam.

Os teóricos da única-resposta-correta não reivindicam que regras jurídicas sozinhas possam fazer todo o serviço. Eles recorrem a princípios jurídicos que

abrem o Direito para a moralidade e assim fornecem recursos suficientes. Acreditam que há respostas corretas para casos difíceis até mesmo se a complexidade dos materiais morais e jurídicos não permite certeza ou consenso. A causa epistêmica de Dworkin é exposta pela metáfora do juiz Hércules, que é investido com uma capacidade intelectual sobre-humana (1986, p. 238-258). Para Hércules, que domina todo o material moral e jurídico, existe uma única resposta correta para casos difíceis. Para os meros mortais, entretanto, casos difíceis são contestados devido a limitações epistêmicas semelhantes às que nos impedem de encontrar o último grão em uma série de Sorites.

Um mérito explanatório das teorias da única-resposta-correta é que elas podem explicar desacordos jurídicos genuínos. De fato, a lei é uma questão de resolver conflitos, um fato que nos leva a esperar desacordos entre as partes envolvidas. Decisões judiciais em casos difíceis são, no entanto, também contestadas entre tribunais e doutrinadores sem envolvimento direto na questão. Eles discordam sinceramente a respeito do resultado de casos difíceis. Sobre o que eles tanto discordam se não há nenhuma resposta correta como um fato da questão?

Causas semânticas

Muito próximo da superavaliação estão as causas semânticas da vagueza. Todos concordam que a vagueza é um fenômeno semântico. O que faz as causas semânticas algo específico é a crença de que a origem primária da vagueza reside também em nossas práticas linguísticas. Isso não implica, porém, que as teorias semânticas devem considerar a vagueza meramente como um atributo da nossa linguagem. Para uma causa semântica, a vagueza surge de uma discrepância estrutural entre linguagem e realidade extralinguística. De um lado, o mundo não aparece em entidades discretas pré-fabricadas. A despeito de Platão, não podemos reduzir a natureza a esse ponto (Phaedrus, 265-266a). Nós nos confrontamos com um mundo que – pelo menos na maior parte do tempo – vem em um *continuum* de formatos e sombras. Nossas expressões linguísticas, de outro lado, são discretas. Elas se defrontam com o problema de como acomodar o caráter contínuo de boa parte da realidade (Pinkal, 1991, p. 251; Waldron, 1994, p. 516). Tendo em vista que nossa prática linguística não pode simplesmente replicar casos limítrofes prefixados pela realidade, necessitar-se-ia desenvolver convenções precisas para cada expressão linguística. Em vez de embarcar essa tarefa tediosa, trabalhamos com práticas

linguísticas grosseiras e prontas, que cobrem paradigmas ou casos protótipos (Endicott, 2000, p. 137-158) ou algumas definições parciais que nos permitem distinguir claramente candidatos positivos e negativos. Nossas convenções linguísticas são, então, incompletas, deixando azo para casos limítrofes (para uma explicação da vagueza baseada na incompletude lógica, cf. Frege, 1964, § 56; Van Fraassen, 1970, p. 60f.; Van Heijenoort, 1986; Soames, 2010a, definição parcial).

Além de isso ser tedioso, existem várias razões pelas quais não nos importa desenvolver convenções precisas. Em primeiro lugar, estabelecer linhas limítrofes nos contínuos apresentados pelo mundo torna-se algo arbitrário em algum grau de resolução discriminatória. Eu tenho boas razões perceptivas para delimitar minha escriturinha em um nível macro, mas no nível micro de moléculas ou átomos a história muda.

Em segundo lugar, nossas convenções podem ser incompletas por causa da nossa capacidade de discriminação limitada, instável e intersubjetivamente volátil. A capacidade de discriminar diferentes cores é razoavelmente bem desenvolvida e razoavelmente bem distribuída, mas quando isso chega a sombras ou tons, as coisas começam a ficar menos evidentes e intra/intersubjetivamente instáveis. Algumas diferenças em comprimento de ondas nós só temos condições de detectar mediante uma comparação direta; outras não somos capazes de detectar com nossa percepção natural. Sob essas circunstâncias, estabelecer uma convenção linguística nítida que cubra cada sombra e tom é altamente improvável.

Uma terceira razão para a falta de ajuste em nossos conceitos é que não existem em geral razões práticas para torná-los precisos ao máximo. Basta-nos o conceito aproximado e pronto de “monte”. Para propósitos que demandam maior precisão nós desenvolvemos técnicas diferentes. Nós não negociamos areia em montes, mas em mensuração cúbica ou por peso com toda a precisão necessária. Não há necessidade prática para determinar “monte” contando-se grão por grão. Se, por exemplo, um monte fosse considerado o critério de medição para diamantes, provavelmente produziríamos alguns números. A mesma falta de necessidade pragmática faz com que nos contentemos com conceitos de semelhança familiar (Wittgenstein, 1999, § 66), os quais não são necessariamente vagos (Sorensen, 2001, p. 407), mas são permitidos em casos limítrofes, se a lista disjuntiva de propriedades é definida de modo flexível.

Uma quarta razão para a falta de precisão em convenções semânticas é a falta de consenso. Nós podemos estar de acordo quanto a alguns atributos padrão da democracia, como alguma forma de tomada

de decisões de baixo para cima, restrições temporais no exercício de cargos públicos etc., mas, para além de tais atributos básicos, “democracia” é um conceito disputado no sentido de Gallie. Atribuir termos diferentes para diferentes concepções não é uma opção, tendo em vista que conceitos disputados são simbolicamente carregados. Cada participante da disputa reivindica termos como “democracia” para a sua própria causa.

Uma quinta razão tem sido identificada com a noção de textura aberta de Waisman (1945). Mesmo que tentássemos delimitar precisamente um conceito, poderíamos sempre nos confrontar com fenômenos novos ou surpreendentes que fazem surgir casos limítrofes.

Essas cinco razões não pretendem ser uma lista exaustiva, mas, considerando suas várias combinações, não é de se surpreender que nossas convenções linguísticas sejam a maior parte do tempo incompletas e forneçam conceitos com limites difusos e casos limítrofes. Se essa descrição é mais ou menos correta, exigir uma resposta em casos limítrofes não levanta questões de verdade (cp. Soames, 2010a, p. 11-20), mas de sentido (cp. Wagner *et al.*, 2007, p. 96). É como aplicar um predicado fora do seu domínio de aplicação (Van Heijenoort, 1986, p. 35-37). O conceito de “menor” estipulado por Sainsbury ilustra a ideia (2001, p. 38): se nós estipulármos que “menor” se aplica a pessoas com menos de 17 anos de idade e não para pessoas acima de 18, faz sentido perguntar se uma menina de 17 anos é “menor” no sentido estipulado? Pessoas de 17 anos de idade simplesmente não se enquadram no domínio de aplicação de menor no sentido estipulado. É como perguntar se o número 7 é azul (Van Heijenoort, 1986, p. 36, com uma reconstrução lógica da falácia). “Menor” e “não menor” no sentido estipulado são apenas contrários, mas não contraditórios. Se pressupusermos que são contraditórios, não devemos ficar surpresos se recairmos em dilemas lógicos (cf. Van Fraassen, 1970, p. 60s.). A lógica não pode curar semântica sem sentido.

O caso estipulado de incompletude difere de casos ordinários de vagueza, tendo em vista que seus casos limítrofes têm limites precisos. “Menor” como estipulado acima tem limites precisos e exclui pessoas de 17 anos de idade. Mas se os limites dos casos limítrofes são precisos ou difusos não muda a estrutura dos casos limítrofes (cp. Keefe, 2000, p. 191s.). Nós podemos construir um caso limítrofe para janela, por exemplo ladrilho de vidro, nos moldes de uma causa de incompletude, assim como podemos analisar o caso da menina com 17 anos de idade levando em consideração o conceito estipulado de menor. O que muda não é a estrutura da vagueza, mas o fato de que é introduzido um problema

adicional de uma ordem mais elevada de vagueza se os casos limítrofes de um conceito têm limites difusos, e não precisos.

Esse problema adicional, entretanto, não deveria invalidar a explicação da incompletude (cf. Soames, 2003, 2010a, para definições parciais). O que se faz necessário nos casos limítrofes não é a aplicação de uma convenção semântica existente, mas seu desenvolvimento posterior, na medida em que até então ela deixou de cobrir o caso limítrofe em questão. Isso só ocorre após ajustes.

Uma explicação nesses moldes se assentaria bem com concepções amplamente disseminadas sobre a interpretação jurídica. Com exceção de Dworkin, é quase universalmente aceito na teoria do Direito que, ao menos em casos difíceis, os juízes não meramente aplicam a lei, mas a desenvolvem ao longo do processo. Em casos difíceis – casos jurídicos limítrofes – os juízes fazem Direito. Há muitas razões por que regras jurídicas – como convenções semânticas – são incompletas. Em primeiro lugar, o Direito precisa se basear na linguagem, que é ela mesma semanticamente incompleta. No Direito, a ausência de precisão tem mais probabilidade de se manifestar, pois o Direito precisa decidir cada conflito com seu código binário.

Em segundo lugar, existem razões independentes por que estabelecer regras jurídicas com a ajuda de convenções semânticas incompletas pode exacerbar a incompletude. Quase todas as razões para a incompletude das convenções semânticas reaparecem no nível das regulações jurídicas pragmáticas. Há o problema da textura aberta das regras pragmáticas projetadas em um futuro desconhecido com circunstâncias e casos desconhecidos. A proposta pragmática de um código poderia ficar obscura porque o legislador não levou em consideração casos limítrofes ou porque houve confusão no complexo processo legislativo ou porque eram controversos e os políticos apenas permitiram um meio-termo, repassando o problema para os tribunais. Nos tribunais os conceitos são necessariamente contestados, e não apenas quando eles têm qualidades simbólicas. Até mesmo a definição de termos triviais – como janela e veículo – pode decidir o caso em questão. O problema da arbitrariedade também reaparece no nível pragmático. Algumas decisões jurídicas são simplesmente juízos formados por conta própria (Sorensen, 2001, p. 413).

Em terceiro lugar, existem casos nos quais a vagueza advém de um conflito entre convenções semânticas gerais e a reivindicação pragmática específica de uma regulação jurídica, como ilustra o exemplo do “veículo no parque” ou o caso *Riggs v. Palmer*.

Examinar a vagueza da perspectiva das convenções linguísticas incompletas, a discussão de Wittgenstein sobre seguir-uma-regra também poderia ajudar a explicar o paradoxo Sorites. O paradoxo Sorites pressupõe que nós precisamos de uma *razão* para rejeitar um dos passos incrementais a fim de se justificar sua aplicação ou rejeição em casos positivos ou negativos claros. Essa pressuposição, entretanto, pode ser enganosa. Se a aplicação de conceitos da linguagem comum é uma questão de convenção linguística, então isso seria um caso de seguir-uma-regra no famoso sentido explicado por Wittgenstein. Nessa discussão, um dos pontos centrais destacados por ele era que seguir-uma-regra não é necessariamente uma prática que implique dar razões. “Como eu sou capaz de seguir uma regra?” – se isso não é uma questão sobre causas, então é uma questão sobre a justificação da razão pela qual eu sigo a regra do modo como a sigo. Se exauri as justificações, alcancei o fundamento e minha pá terminou seu serviço. Então fico inclinado a dizer: “Isso é simplesmente o que eu faço” (1999, § 217). Contrariamente à pressuposição implícita no paradoxo Sorites, se desafiada por casos limítrofes adicionais, poderia não haver razões para rejeitar um dos degraus graduais; isso é simplesmente o que nós fazemos quando definimos candidatos positivos ou negativos claros.

A vagueza e o Estado de Direito: ameaça, valor ou preço a se pagar

O Estado de Direito é notoriamente contrastado com o Estado dos homens. O contraste pressupõe que sob o Estado de Direito conflitos sejam decididos conforme os padrões legais que são apenas aplicados, mas não elaborados pelos homens encarregados de adjudicá-los. Para tal ambicioso conceito do Estado de Direito, a vagueza deve parecer uma ameaça. Em casos de vagueza parece não haver nenhuma resposta jurídica preestabelecida para o caso em concreto.

Basicamente, existem três maneiras pelas quais a teoria do direito tenta resolver esse constrangimento para o Estado de Direito. Alguns, como os autores do movimento *Critical Legal Studies*, tentam radicalizar o constrangimento para desmascarar o Estado de Direito como uma ideologia liberal. Autores como Dworkin vão no sentido exatamente oposto e agarram-se à tese de uma-resposta-correta. O *mainstream*, no entanto, aceita o constrangimento, tenta marginalizar sua significância e delega os casos difíceis a outras disciplinas, como política, economia e filosofia moral. Quanto à significância da vagueza, os teóricos apontam ao vasto número de

transações e relações que representam casos positivos claros de regulação jurídica. A reivindicação é que, na impressionante maioria dos casos que formam a base da nossa prática judiciária, a vagueza não é um problema. Comparados à massa de casos fáceis, os casos difíceis são apenas uma pequena fração quase infinitesimal. Para casos nos quais algum tipo de vagueza está envolvido, entretanto, eles concedem que a lei é insuficiente e que a resposta deve ser encontrada segundo algum outro padrão – seja ele convicções pessoais políticas do juiz, a economia ou a moral. Na base dessa explicação sustentada pelo *mainstream*, surgiram disciplinas como Direito e Economia na tentativa de desenvolver padrões extra-jurídicos alternativos para casos nos quais os padrões jurídicos são vagos.

Embora possamos conceder à visão do *mainstream* que casos difíceis são numericamente marginais em comparação com a totalidade das práticas governadas pelo Direito, a comparação é enganadora na medida em que a maioria dos casos com que advogados e juízes – pelo menos se contarmos a partir do segundo grau de jurisdição – lidam e se preocupam são aqueles que envolvem algum tipo de vagueza. A concepção comum esboça uma imagem estranha das nossas práticas jurídicas explícitas se considerarmos a maioria delas como questões não jurídicas, expressão de convicções pessoais ou questões que implicam a políticas ou a economia. O autoengano inocente ou a fraude maliciosa em uma escala massiva por parte do *establishment* jurídico poderia explicar tal causa (Leiter, 2007).

No entanto, uma explicação que faz justiça à autocompreensão da prática jurídica teria méritos explanatórios comparativos. Tal interpretação alternativa pode sustentar a ideia de que, embora a interpretação jurídica deva criar Direito em casos de vagueza, as condições sob as quais o Direito é criado na prática judiciária o distancia da política, economia e moralidade em um sentido que lhe dá um caráter especificamente legal, isto é, doutrinal. O Direito doutrinariamente desenvolvido – como foi desenvolvido historicamente por meio do trabalho dos juristas romanos pré-clássicos – cria uma esfera especificamente jurídica de significado com seus próprios conteúdos e estruturas. Na medida em que a criação do Direito através da interpretação jurídica dos casos difíceis deve ocorrer dentro dessa esfera especificamente jurídica de significado, ela pertence a uma tradição diferente, com restrições distintas e dependências distintas da política, economia e moralidade. Isso resulta em um desenvolvimento especificamente doutrinal do Direito na decisão dos casos difíceis. O desenvolvimento doutrinal do Direito preserva o Es-

tado de Direito no sentido de que até nos casos difíceis é tomada uma decisão especificamente jurídica (Poscher, 2009, p. 102-109).

Se a vagueza não deve ser vista como uma ameaça ao Estado de Direito, ela teria algum valor para a lei? Determinar o valor da vagueza é qualquer coisa menos simples. A vagueza está relacionada com outras qualidades da linguagem, como generalidade e ambiguidade, que podem aparecer nas mesmas expressões linguísticas. “Criança” é ambíguo, vago no sentido de uma prole imatura e geral no tocante a meninos e meninas. Isso torna a atribuição de performances a uma das características linguísticas de uma expressão uma tarefa complexa. É indispensável para a lei criar regulações que abarquem uma grande quantidade de casos. A generalidade é a característica da linguagem que permite à lei fazê-lo. Até mesmo nos casos em que um maior grau de generalidade está, às vezes – mas não necessariamente – correlacionado com um maior grau de vagueza, não é a vagueza, mas é a generalidade que faz isso acontecer. Em uma leitura mais benevolente de H.L.A. Hart, podemos dizer que ele poderia ter razão, afinal: a vagueza “é o preço a se pagar pelo uso de termos genéricos de classificação”; não é, no entanto, um valor com o que a lei esteja preocupada.

Outro valor para o qual se pensa que a vagueza contribua é a esquivia da arbitrariedade que vem com os ajustes (Endicott, 2005, p. 37). Com uma consciência crescente da discriminação etária, limites numéricos de idade precisos, p. ex. para atividades profissionais, passaram a ficar sob o escrutínio legal. Limites de idade foram substituídos por padrões mais flexíveis, como “capacidades suficientes”, que podem ser mais justos para casos individuais, mas também são mais vagos. Novamente, no entanto, é tudo menos claro que a vagueza é a característica que está operando aí. Escolhemos um padrão mais flexível porque o padrão preciso classifica as coisas de uma maneira que vai no sentido oposto às nossas intenções. Nós sabemos que um limite de idade de 65 anos para os médicos discrimina os médicos que ainda são competentes e que claramente não queremos impedir de praticar sua profissão. Os médicos que motivam a escolha de um padrão mais flexível não são casos limítrofes de profissionais com “capacidades suficientes”, mas médicos que supomos serem casos positivos claros de médicos ainda capazes de exercer a profissão. A motivação pode também incluir casos limítrofes relativos, pois a capacidade profissional em questão teria de ser examinada mais de perto. Casos limítrofes absolutos, os quais sozinhos constituem vagueza, não são, no entanto, a razão pela qual optamos por adotar padrões

mais flexíveis. Pelo contrário: os casos limítrofes são geralmente a razão pela qual aceitamos a arbitrariedade do ajuste e optamos por limites de idade precisos, como no caso dos limites de idade para beber, dirigir ou votar (Sorensen, 2001, p. 397). O mesmo se aplicaria para um score preciso em um teste de capacidade para os médicos. Nós não questionamos o limite de idade em razão de sua precisão, mas porque é um mau representante para a qualidade que é central para o propósito da regra. A vagueza pode andar de mais dadas com padrões mais adequados, mas, novamente, a vagueza é o preço que temos que pagar, não um valor que persequimos.

Carl Schmitt destacou outro candidato para o valor da vagueza com sua noção de “compromisso formal dilatatório” (2008, p. 85). Se um legislador é confrontado com opiniões incomensuráveis que deve incorporar em uma regulação, ele pode escolher uma expressão que pode ser lida de um modo ou de outro. Se a quantia precisa de um benefício social é contestada, ele pode legislar que ela deve ser “suficiente” ou “razoável”, de modo que cada parte do compromisso pode interpretar o texto conforme sua própria posição. Os compromissos formais são dilatatórios porque se chega a um momento em que uma decisão da quantidade “suficiente” ou “razoável” tem de ser tomada. No Direito isso normalmente significa que a decisão é delegada a juízes. Em termos de vagueza como incompletude, nesses casos “suficiente” ou “razoável” é um padrão vago porque não há consenso quanto ao limite.

A noção dramática de Schmitt de compromisso formal dilatatório é um exemplo para uma vantagem mais geral de conceitos vagos. O estabelecimento de limites precisos sempre se dá com custos decisórios. Nos casos que Schmitt tem em mente eles são insuperáveis – pelo menos no lapso temporal dado para o compromisso político. Mas, em uma escala menor, eles também se dão em conceitos comuns do cotidiano. Em primeiro lugar, fixar exatamente o ponto limítrofe tomaria ao menos algum tempo para mais coordenação social através de convenções ou tipos mais complexos de práticas – tempo que pode ser poupado para atividades mais úteis. Quem sabe se nós um dia teremos que determinar quantos grãos constituem um monte. Nos contextos em que usamos o conceito, é-nos suficiente utilizar alguns paradigmas ou algumas convenções básicas que abarcam casos padrão. No mesmo sentido, um legislador pode escapar para um conceito vago porque apenas se preocupa com os casos paradigmáticos e deixa os demais para os tribunais fixarem os limites exatos, pois assim poupa tempo para atos legislativos mais importantes. Em segundo lugar, mesmo que um

dia aconteça, nós podemos esperar de momento, pois teremos condições de fixar o limite com muito mais conhecimento do contexto e propósito concreto do que jamais poderíamos prever (Soames, 2010c, p. 16). Conceitos vagos nos permitem adiar decisões. Isso não se aplica apenas para o legislador, mas também para os tribunais. É considerado uma virtude um juiz não decidir mais do que o necessário no caso dado. *Obiter dicta* são um privilégio – normalmente das altas cortes – e devem ser utilizadas com extrema moderação.

Novamente a redução dos custos decisórios se deve em parte à generalidade dos conceitos vagos. No caso do benefício social, uma referência precisa para essa quantidade poderia já reduzir os custos decisórios. Se as partes pensam que uma quantia abaixo de 5 \$ seria muito pouco e uma quantia de 50 \$ demasiado, elas poderiam concordar em torno de uma referência precisa de 5 até 50 \$. Mas há razões para duvidar que a generalidade possa resolver tudo. Em primeiro lugar, por causa de uma maior ordem de vagueza, a determinação de uma referência precisa também acarreta custos decisórios. Até mesmo fixar a referência do número de grãos que formam um monte não será fácil. Em segundo lugar – e isso nos leva de volta a Schmitt –, um conceito vago pode ser usado para dar a impressão de que uma decisão foi tomada e não apenas postergada, o que pode esconder desacordos. Isso permite às partes dizer que chegaram a um acordo ao fixarem uma quantia “razoável”.

O valor duvidoso de esconder desacordos ou decisões simuladas nos leva a um último candidato para um valor de vagueza de uma natureza igualmente dúbia: o efeito inibidor da vagueza no Direito. Sob os padrões do Estado de Direito, o efeito inibidor da vagueza é normalmente considerado um vício, não uma virtude. Se a regulação fiscalizatória é tão vaga que as pessoas não podem prever se seu comportamento será registrado e em quais contextos os registros serão usados, isso poderia suprimir o exercício das liberdades e garantias constitucionalmente protegidas. Elas podem se abster de participar de assembleias ou associações que servem ao processo democrático de uma comunidade. Mas em certos contextos alguns doutrinadores jurídicos também veem uma virtude no efeito inibidor de algumas leis vagas. Leis vagas envolvem o raciocínio prático de pessoas a quem a lei se aplica. Leis vagas dão a essas pessoas uma razão para pensar por si mesmas sobre como um padrão vago deveria ser ajustado em uma situação dada. Elas são levadas a sério em sua capacidade de ra-

ciocínio prático. Uma disposição de trânsito que proíba a velocidade “acima do razoável ou adequado, considerando a largura, a utilização da rodovia e as regras gerais e usuais de circulação”⁹ faz com que o condutor pense por si próprio sobre o limite de velocidade adequado e pode fazer com que ele reflita e seja um motorista cuidadoso com mais eficácia do que qualquer limite de velocidade jamais poderia fazer (Soames, 2010b, p. 14; Waldron, 2010, p. 11). Um aspecto semelhante foi destacado por pesquisadores jurídicos do comportamento que descobriram o efeito dissuasivo da incerteza, que eles recomendam aproveitar em esquemas dissuasivos no direito penal ou civil (Baker et al., 2004).

Deixando as virtudes dúbias e também mais excepcionais de lado, parece que é a redução de custos decisórios que constitui o valor da vagueza. Esse valor também poderia explicar por que encontramos muito mais conceitos vagos do que precisos na linguagem e no Direito. Ambos podem muitas vezes pagar o preço da vagueza pelo uso de conceitos mais gerais, mas a generalidade não dá conta de tudo, a vagueza tem algum valor agregado próprio.

Referências

- ALSTON, W.P. 1967. Vagueness. In: P. EDWARDS (ed.), *The encyclopedia of philosophy*. New York, Macmillan, p. 218-221.
- AMSTERDAM, A.G. 1960. Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, **109**:67-116. <https://doi.org/10.2307/3310343>
- AZAR, M. 2007. Transforming Ambiguity into Vagueness in Legal Interpretation. In: A. WAGNER; D. CAO; W. WERNER (eds.), *Interpretation, Law and the Construction of Meaning: Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*. Dordrecht, Springer, p. 141-167. https://doi.org/10.1007/1-4020-5320-7_7
- BAKER, T.; HAREL, A.; KUGLER, T. 2004. The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach. *Iowa Law Review*, **89**:433-494.
- DWORKIN, R. 1985. Is there really no right answer in hard cases? In: R. DWORKIN (ed.), *A matter of principle*. Cambridge, Harvard University Press, p. 119-145.
- DWORKIN, R. 1986. *Law's empire*. Cambridge, Belknap Press, 470 p.
- ENDICOTT, T. 2005. The Value of Vagueness. In: V.K. BHATIA (ed.), *Vagueness in normative texts*. Bern, Lang, p. 27-48.
- ENDICOTT, T. 2000. *Vagueness in Law*. Oxford/New York, Oxford University Press, 213 p. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268406.001.0001>
- FRAASSEN, B.V. 1970. Rejoinder: On a Kantian Conception of Language. In: R.M. MARTIN (ed.), *The Paradox of the Liar*. New Haven, Yale University Press, p. 59-66.
- FREGÉ, G. 1964. *The basic laws of arithmetic: Exposition of the system*. Berkeley, University of California Press, 142 p.
- GALLIE, W.B. 1956. Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, **56**:167-198. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>

⁹ § 12603 Ohio General Code, quanto à disposição veja *State v. Schaeffer* 96 Ohio St. 215, 218; 117 N.E. 220 (1917).

- GRICE, H.P. 1989. *Studies in the way of words*. Cambridge, Harvard University Press, 394 p.
- HALL, J. 1937. Nulla Poena Sine Lege. *Yale Law Journal*, **47**:165-193. <https://doi.org/10.2307/791967>
- HART, H.L.A. 1994. *The concept of law*. 2nd ed., Oxford/New York, Clarendon Press/Oxford University Press, 263 p.
- HART, H.L.A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, **71**:593-629. <https://doi.org/10.2307/1338225>
- Heijenoort, J. van. 1986. Frege and Vagueness. In: L. Haaparanta; J. Hintikka (eds.), *Frege Synthesized: Essays on the philosophical and foundational work of Gottlob Frege*. Dordrecht/Boston/Hingham, Kluwer Academic Publishers, p. 31-45. https://doi.org/10.1007/978-94-009-4552-4_3
- HYDE, D. 2008. *Vagueness, Logic and Ontology*. Aldershot, Ashgate, 226 p.
- JÓNSSON, Ó.P. 2009. Vagueness, Interpretation, and the Law. *Legal Theory*, **15**:193-214. <https://doi.org/10.1017/S1352325209990012>
- KEEFE, R. 2000. *Theories of vagueness*. Cambridge, Cambridge University Press, 233 p.
- LEITER, B. 2007. Explaining Theoretical Disagreement. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1004768>. Acesso em: 29/09/2009.
- MOORE, M.S. 1981. The Semantics of Judging. *Cardozo Law Review*, **54**:151-294.
- MOORE, M.S. 2002. Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology. *Law and Philosophy*, **21**:619-705. <https://doi.org/10.2307/3505202>
- PINKAL, M. 1991. Vagheit und Ambiguität. In: A. VON STECHOW; D. WUNDERLICH; A. BURKHARDT; G. UNGEHEUER; H. E. WIEGAND; H. STEGER; K. BRINKER (eds.), *Semantik: Ein internationales Handbuch der zeitgenössischen Forschung*. Berlin, Walter de Gruyter, p. 250-269.
- PINKAL, M. 1995. *Logic and lexicon: The semantics of the indefinite*. Dordrecht/Boston, Kluwer Academic Publishers, 377 p. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-8445-6>
- POSCHER, R. 2009. The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate. In: J.C. HAGE; D. VON DER PFORDTEN (eds.), *Concepts in Law*. Dordrecht, Springer, p. 99-115. https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_7
- PRICE, Z. 2004. The Role of Lenity as a Rule of Structure. *Fordham Law Review*, **72**:885-942.
- QUINE, W.O. 1957. Speaking of Objects. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, **31**:5-22. <https://doi.org/10.2307/3129242>
- QUINE, W.O. 1960. *Word and object*. Cambridge, Technology Press of the Massachusetts Inst. of Technology, 294 p.
- RAYO, A. 2007. Ontological Commitment. *Philosophy Compass*, **2**:428-444. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2007.00080.x>
- SAINSBURY, R.M. 2001. *Paradoxes*. Cambridge, Cambridge University Press, 163 p.
- SAVIGNY, E. von. 1991. Passive Disobedience as Violence: Reflections on German High Decisions. In: J.B. BRADY; N. GARVER (eds.), *Justice, Law, and Violence*. Philadelphia, Temple University Press, p. 53-64.
- SCHMITT, C. 2008. *Constitutional Theory*. Durham, Duke University Press, 468 p. <https://doi.org/10.1215/9780822390589>
- SCHWENZER, I. 2005. Art. 35. In: P. SCHLECHTRIEM; I. SCHWENZER (eds.), *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*. Oxford, Oxford University Press, p. 1149.
- SOAMES, S. 2003. Higher-Order Vagueness for Partially Defined Predicates. In: J.C. BEALL (ed.), *Liar and heaps: New essays on paradox*. Oxford, Clarendon, p. 128-150.
- SOAMES, S. 2009. Interpreting Legal Texts: What Is, and What Is Not Special about Legal Texts. In: S. SOAMES (ed.), *Philosophical Essays*. Princeton, Princeton University Press, p. 403-423.
- SOAMES, S. 2010a. The Possibility of Partial Definition. In: R. DIETZ; S. MORUZZI (eds.), *Cuts and clouds: Vagueness, its nature, and its logic*. Oxford/New York, Oxford University Press, p. 46-62. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199570386.003.0003>
- SOAMES, S. 2010b. What Vagueness and Inconsistency Tell Us about Interpretation. In: A. MARMOR; S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford University Press.
- SOAMES, S. 2010c. Vagueness and the Law. In: A. MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York, Routledge, p. 95-108. <https://doi.org/10.4324/9780203124352.ch7>
- SOLAN, L.M. 2005. Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation. In: V.K. BHATIA (ed.), *Vagueness in normative texts*. Bern, Lang, p. 73-96.
- SORENSEN, R. 1989. The Ambiguity of Vagueness and Precision. *Pacific Philosophical*, **70**:174-183.
- SORENSEN, R. 2006. *Vagueness*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/> Acesso em: 29/09/2009.
- SORENSEN, R. 2007. Vagueness and the Logic of Ordinary Language. In: D. JACQUETTE; D.M. GABBAY (eds.), *Philosophy of logic*. Amsterdam, Elsevier, p. 155-171. <https://doi.org/10.1016/B978-044451541-4/50009-9>
- SORENSEN, R. 2004. *Vagueness and contradiction*. Oxford, Clarendon Press, 200 p.
- SORENSEN, R. 2001. Vagueness Has No Function in Law. *Legal Theory*, **7**:387-417. <https://doi.org/10.1017/S1352325201704041>
- VARZI, A.C. 2007. Supervaluationism and its Logics. *Mind*, **116**:633-675. <https://doi.org/10.1093/mind/fzm633>
- WAGNER, A.; CAO, D.; WERNER, W. (eds.). 2007. *Interpretation, Law and the Construction of Meaning. Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*. Dordrecht, Springer, 219 p.
- WAISMANN, F. 1945. Open Texture. *Proceedings of the Aristotelian Society*, **19**:119-150.
- WALDRON, J. 1994. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review*, **82**:509-540. <https://doi.org/10.2307/3480971>
- WALDRON, J. 2010. Vagueness and the Guidance of Action. In: A. MARMOR; S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford/New York, Oxford University Press. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699963. Acesso em: 26/10/2016.
- Williams, J.R.G. 2008. Ontic Vagueness and Metaphysical Indeterminacy. *Philosophy Compass*, **3**:763-788. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2008.00151.x>
- WILLIAMSON, T. 1994. *Vagueness*. London, Routledge, 325 p.
- WITTGENSTEIN, L. 1999. *Philosophical investigations*. Malden, Blackwell Publishing, 232 p.

Submetido: 15/09/2016

Aceito: 24/10/2016