

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rodrigo Henrique Pires

**A REDUÇÃO E EXTENSÃO TELEOLÓGICA PROPOSTAS POR KARL LARENZ E
A IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR
POSITIVO NAS LIDES TRIBUTÁRIAS**

Belo Horizonte
2020

Rodrigo Henrique Pires

**A REDUÇÃO E EXTENSÃO TELEOLÓGICA PROPOSTA POR KARL LARENZ E
A IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR
POSITIVO NAS LIDES TRIBUTÁRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Flávio Couto Bernardes

Belo Horizonte
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P667r Pires, Rodrigo Henrique
A redução e extensão teleológica propostas por Karl Larenz e a impossibilidade de o poder judiciário atuar como legislador positivo nas lides tributárias/ Rodrigo Henrique Pires. Belo Horizonte, 2020.
121 f.

Orientador: Flávio Couto Bernardes
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Larenz, Karl, 1903-. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) - Decisão judicial. 3. Tribunais superiores - Jurisprudência. 4. Filosofia do Direito. 5. Hermenêutica (Direito). 6. Positivismo jurídico. 7. Direito tributário - Brasil - Legislação. I. Bernardes, Flávio Couto. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 336.2.022

Rodrigo Henrique Pires

**A REDUÇÃO E EXTENSÃO TELEOLÓGICA PROPOSTA POR KARL LARENZ E
A IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR
POSITIVO NAS LIDES TRIBUTÁRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Doutor Flávio Couto Bernardes

Prof. Doutor Flávio Couto Bernardes (Orientador) – PUC Minas

Prof. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

Prof^a. Doutora Karoline Marchiori de Assis - FDV

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2020.

*Aos meus pais, por todo incentivo, apoio e pelo exemplo de retidão.
À minha esposa Patrícia, pelo apoio incondicional.
À Maria Laura, por ser minha inspiração para ser cada dia melhor.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder saúde e oportunidade de estar aqui.

Ao meu orientador, Flávio Couto Bernardes, pelos ensinamentos técnicos e pelas várias aulas que me permitiram elaborar este trabalho.

Aos meus pais, que nunca duvidaram de mim e contribuíram ao longo da vida para que este momento fosse possível. Sem seus esforços eu não estaria aqui.

À minha esposa Patrícia, que me deu o suporte necessário ao longo dessa jornada.

À Maria Laura, que, mesmo tão jovem, me ensina a ser cada dia melhor.

À minha avó Sinhá, pelo amor incondicional.

Aos meus padrinhos Wellington e Wilma, que me ajudaram a construir a pessoa que sou hoje.

Aos meus amigos, que me incentivam a cada nova empreitada e novos objetivos.

Ao Paulo Honório, pelo apoio e pelos ensinamentos cotidianos.

RESUMO

Essa dissertação se fundou na necessidade de verificar o atual posicionamento do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais brasileiros, no sentido de identificar os limites da sua atividade interpretativa em se tratando das lides tributárias. O tema é relevante, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando sua orientação no sentido de que sua atuação deve ser, exclusivamente, enquanto legislador negativo, ou seja, eliminando as normas ilegais e inconstitucionais do sistema normativo. Pretendeu-se estabelecer os elementos basilares de criação da norma enquanto instrumento constante e fundamental do sistema normativo, de modo a esclarecer o papel do intérprete no curso deste processo. Sendo o intérprete um indivíduo fundamental, deve buscar, com clareza, delimitar o próprio alcance da sua atuação, seja a partir de um posicionamento criativo, seja por meio de uma atuação passiva. Identificado o papel do intérprete a partir da proposição de Karl Larenz, pretendeu-se analisar casos específicos onde o Poder Judiciário teve a oportunidade de apreciar casos em que a norma possuía algum defeito, seja pela normatização excessivamente indevida, seja em razão da existência de lacuna. Vislumbrou-se que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento restritivo quanto seus atos e sua competência, enquanto outros tribunais nacionais possuem entendimento favorável à atividade criativa do intérprete, baseando-se nas proposições de Karl Larenz. A pesquisa se baseou em vasta pesquisa bibliográfica e no estudo da jurisprudência sobre o assunto, como forma de obter as conclusões necessárias para o presente trabalho.

Palavras-chave: Karl. Larenz. Redução. Teleológica. Direito. Tributário.

ABSTRACT

This thesis was based on the need to verify the current position of the Judiciary Branch especially the Federal Supreme Court and other Brazilian courts, in order to identify the limits of their interpretative activity in relation to tax disputes. The issue is relevant, considering that the Federal Supreme Court has been consolidating its orientation in the sense that its action should be exclusively as a negative legislator, that is, eliminating the illegal and unconstitutional rules of the normative system. It was intended to establish the basic elements of the creation of the norm as a constant and fundamental instrument of the normative system, in order to clarify the role of the interpreter in the course of this process. Since the interpreter is a fundamental individual, he / she should clearly seek to delimit the very scope of his / her performance, either from a creative positioning or through a passive performance. Identifying the role of the interpreter based on Karl Larenz's proposition, we intended to analyze specific cases where the judiciary branch had the opportunity to assess cases in which the norm had a defect, either due to overly improper norms or due to the existence of a gap. It was found that the Federal Supreme Court has a restrictive understanding of its acts and its competence, while other national courts have an understanding favorable to the interpreter's creative activity, based on Karl Larenz's propositions. The research was based on a vast bibliographic research and the study of the jurisprudence on the subject, as a way to obtain the necessary conclusions for the present work.

Keywords: Karl. Larenz. Reduction. Teleological. Law. Tax.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

AI – Agravo de Instrumento

AgR – Agravo Regimental

Cofins – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social

CPRB – Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta

CR – Constituição

CTN – Código Tributário Nacional

EC – Emenda Constitucional

Nº - Número

PIS – Programa de Integração Social

Pg. – Página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A INSTITUIÇÃO DAS NORMAS PELO INTÉRPRETE.....	16
2.1	O nascimento da norma pelo emissor	17
2.2	As limitações da linguagem e do Direito.	19
2.3	Significantes, significados e suportes físicos.....	23
2.4	Os tipos de signos	30
2.5	A interpretação de signos	31
2.6	O suporte físico e a segurança na atividade interpretativa.....	32
2.7	Veículo introdutor	34
3	DA CONSTRUÇÃO DAS NORMAS.....	36
3.1	A compreensão dos signos e seus grupos	38
3.2	A estrutura normativa jurídica.	45
3.3	Da proposição à norma.	48
3.4	As normas como produto da atividade do intérprete.	52
3.5	O texto como início da interpretação.	56
3.6	A metodologia da ciência do direito em Karl Larenz.	61
3.7	A finalidade da interpretação na aplicação da lei	71
3.8	A interpretação e a redução teleológica proposta por Larenz.....	80
3.9	A redução teleológica nas hipóteses de interpretação restritiva.	87
4	O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	92
5	CONCLUSÃO.....	110
6	BIBLIOGRAFIA.....	114

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente em seu artigo 2º, adotou o sistema de criação dos três poderes da União, determinando que serão independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988). Esse sistema adotado pelo Constituinte originário também é denominado por *trias política* e remonta a modo de organização social criado na antiga Grécia.

Não se trata de sistema novo, recentemente elaborado e pouco estudado, cujas nuances ainda não tenham sido observadas ao longo dos anos.

No escopo da adoção deste sistema subdividido em três poderes independentes e harmônicos, coube a cada um deles uma função fundamental no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Cabe ao Poder Legislativo, ao cumprir seu múnus constitucional, a função de criar normas gerais e abstratas que, no âmbito do Direito Tributário, irão regular todas as relações entre Fisco, contribuintes e terceiros, sejam elas referentes às obrigações principais ou acessórias.

Durante esse exercício constitucional e diante da inafastável falibilidade humana e incapacidade de prever, com antecedência, todos os problemas resultantes da aplicação dessas normas gerais e abstratas, podem surgir relevantes problemas interpretativos que conflitam com o cumprimento de deveres e garantias das partes envolvidas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe consigo incontáveis avanços representando uma evolução jurídica, política e social para a consolidação da democracia no país.

Em razão do momento político e social vivido à época, optou-se pela adoção de um texto constitucional rígido no tocante às relações jurídico-tributárias, trazendo-as para o âmbito da esfera constitucional, como forma de garantir os direitos mínimos dos contribuintes e entes públicos.

Dada a histórica complexidade tributária que o Brasil se sujeita, a Constituição da República de 1988 jamais conseguiria resolver inúmeras questões já existentes, sobretudo em relação à questionável qualidade da produção legislativa, que cria diversas situações que reforçam a necessidade de métodos hermenêuticos mais complexos e aprofundados.

A aplicação da norma geral e abstrata no caso concreto pode atrair inúmeras dúvidas e incongruências sistêmicas, confrontando o próprio ordenamento jurídico que lhe dá sustentação. Ademais, este mesmo exercício hermenêutico pode atrair a necessidade de complementação argumentativa que, invariavelmente, estará sob responsabilidade do intérprete da norma jurídica tributária.

Dentro desse cenário está inserido o Poder Judiciário, que tem a função de interpretar a norma jurídico-tributária considerando todas suas limitações, sob pena de violação às normas constitucionais.

Essa limitação resultou no entendimento de que é vedado ao Poder Judiciário atuar como “legislador positivo”, em razão da possível violação à Constituição da República de 1988, impondo uma nova problemática hermenêutica, sobretudo diante de omissões ou aparente omissões e lacunas da norma jurídica.

O doutrinador Karl Larenz, no âmbito do estudo da Metodologia da Ciência do Direito, promoveu verdadeira decomposição do método hermenêutico, que é inteiramente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro e pode promover uma melhor interpretação dos limites constitucionais, conferindo efetividade trabalho do Poder Judiciário.

Em se tratando da esfera do Direito Tributário, ao contrário do que apregoa o art. 107, o Código Tributário Nacional não consegue abranger todas as normas necessárias para a interpretação do complexo de relações jurídicas que se forma a partir da incidência da norma tributária. Na realidade, o código pode ser considerado apenas com detentor de algumas das regras preliminares que circundam o ambiente da teoria da interpretação.

Nesse sentido, Nogueira salienta que:

ocorrendo as hipóteses especiais previstas nas disposições desse capítulo, é por ela que se resolvem os casos, por aí não estão todas as regras possíveis de interpretação, mas apenas algumas das chamadas normas peculiares do Direito Tributário e que são previstas de acordo com a estrutura deste ramo jurídico. (NOGUEIRA, 1999, p. 98).

Em relação à integração, o art. 108 deve servir de hierarquia dos métodos de integração mencionados em seu rol, quando o intérprete se deparar com situações de lacuna na legislação tributária. Porém, essa disposição legal não é taxativa, permitindo

a integração por meio de outros métodos, em razão da necessidade de aplicação sistemática do Direito.

Aliado a esse problema, existe a produção legislativa sem o devido debate, muitas vezes realizada por Medidas Provisórias ou dispositivos legais defeituosos em sua elaboração, resultando em lacunas que exigem do intérprete um método de solução.

Constantemente o Poder Judiciário se vê diante de situações semelhantes em se tratando de lides tributárias. Não raras vezes, a demanda surge em razão da provocação do jurisdicionado, que identifica no ordenamento jurídico situação passível de questionamento judicial.

O julgador, exercitando a atividade de intérprete da norma, deve se valer dos métodos hermenêuticos válidos para a solução daquele conflito, resguardando os direitos e deveres do contribuinte sem deixar de observar as limitações inerentes ao próprio Judiciário.

Para que o processo de interpretação ocorra de forma segura e comprovável, Larenz ressalta os critérios de interpretação de Savigny que podem servir como guia:

Já SAVIGNY distinguia os elementos «gramatical», «lógico», «histórico» e «sistemático» da interpretação. E assinalava já também que estes distintos elementos não podiam ser isolados, mas deviam sempre actuar conjuntamente. Nos critérios de interpretação, que vão ser discutidos em seguida e que só parcialmente coincidem com os elementos salientados por SAVIGNY, não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correcção (no sentido de um enunciado adequado). (LARENZ, 2009, p. 450).

Em se tratando de integração da norma jurídico-tributária, preconizado no art. 108, do CTN, o intérprete está sujeito a um tipo de limite que transcende a própria norma posta no texto, mas que dele é corolário. A integração é formada por uma espécie de subconjuntos valorativos, fáticos e normativos que compõem o sistema positivo, sob pena de se incorrer em patente arbitrariedade. Nesse sentido, não é possível se falar em integração por elementos vazios de conceitos, buscados no interior do próprio intérprete ou em suas convicções próprias.

Em se tratando de interpretação do Direito Tributário, as lições de Torres são fundamentais:

a interpretação do Direito Tributário se subordina ao pluralismo metodológico. Inexiste a prevalência de um único método [...] o que se observa é a pluralidade e equivalência, sendo que os métodos aplicados de acordo com o caso e com os valores ínsitos da norma; ora se recorre ao método sistêmico, ora ao teleológico, ora ao histórico, até porque não são contraditórios, mas se complementam e intercomunicam. (TORRES, 1991, p. 93).

A liberdade do intérprete tributário para recorrer a todos os métodos interpretativos está balizada pelas próprias regras da hermenêutica e pelos dispositivos legais existentes no CTN, os quais contêm princípios e normas para regular casos específicos.

Embora o Direito Tributário requeira uma interpretação com respeito aos dispositivos legais do CTN e da Constituição de 1988, não se pode afirmar que este esteja sujeito estritamente às limitações previstas no Código Tributário Nacional.

A proposição do presente trabalho se destina, portanto, a identificar os elementos justificadores e que são suporte de validade para a atuação judicial integrativa, bem delimitada e que promove verdadeira solução dos conflitos sob o crivo do Judiciário.

Ao deixar de analisar a lesão ou ameaça de lesão apresentada, sob o fundamento de que a conclusão posta ensejaria na atuação enquanto “legislador positivo”, Poder Judiciário deixa de promover a verdadeira pacificação do conflito, resultando na ausência da análise do efetivo direito posto, seja ele do contribuinte ou do ente público.

O aprofundamento dos métodos de integração hermenêuticos, bem como a delimitação da sua aplicação nos casos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, tem o condão de promover a otimização e maior garantia seja ao direito do jurisdicionado e do ente público, resultando, com maior amplitude, a pacificação social.

Larenz, ao enfrentar hipótese de omissão da lei que posteriormente foi regulamentada em sentido contrário, ou seja, afastando-se da própria interpretação teleológica esperada do dispositivo legal, coloca o tema com clareza:

A regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma “lacuna”. “Lacuna” e “silêncio da lei” não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo. (LARENZ, 2009, p. 432).

O autor propõe um método de solução das lacunas legais apresentando possibilidades de preenchê-las. De modo resumido, entende que, na primeira hipótese, tem-se uma situação de lacuna patente que pode ser colmatada por analogia; no segundo caso, a lacuna é oculta e deve ser integrada por meio de uma redução teleológica; no terceiro caso, que acaba por ser uma extensão do segundo, a lacuna pode ser sanada por meio da extensão teleológica.

Nesses casos, o intérprete não está restrito ao texto da lei. Sem desconsiderá-lo, cabe ao intérprete aperfeiçoá-lo de modo que atinja a finalidade nele contida e amparada pelo ordenamento jurídico. Se o aperfeiçoamento resulta em restrição de conteúdo, têm-se a denominada redução teleológica, se implica em extensão do seu conteúdo, têm-se a extensão teleológica.

Não se pode perder de vista que Larenz cerca a atividade do intérprete de inúmeras cautelas e ressalvas, denominando-a como uma espécie de *Rechtsfortbildung*¹, sendo uma atividade *extra legem intra jus*.

A respeito dessa expressão, importante é a lição de Losano:

A expressão *intra ius* demonstra que o Direito é ainda entendido como um conjunto coerente (um sistema em sentido clássico, talvez), em cujo interior pode-se, porém, ir além do direito positivo, ou seja, além do direito estatuído segundo os procedimentos constitucionais. (LOSANO, 2010, P. 256).

Essa interpretação proposta por Larenz, que tem a finalidade de resultar, até mesmo, na superação da lei, se contrapõe, em maior medida, à concepção hermenêutica de Kelsen. Nesse sentido, Larenz afirma:

Mesmo se, em regra, ainda pudessem achar-se na lei certos pontos de apoio para um tal «desenvolvimento do Direito superador da lei», ele transcende, na verdade, o âmbito de uma mera integração de lacunas. Tal desenvolvimento já não se orienta somente à *ratio legis*, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma ideia jurídica que lhe é transcendente. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a «ordem de valores» conforme à Constituição; mais, só pode ser justificado mediante essa consonância. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra*

¹ Tradução livre: formação do Direito.

jus, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base. (LARENZ, 2009, p. 588)

Ávila, por sua vez, observa que quando o sentido da norma for extraído dos princípios constitucionais, deve haver a necessária aproximação entre a interpretação teleológica e sistemática, sob pena de, caso não aconteça, ocorrer a necessidade de utilização da técnica da redução teleológica e da extensão teleológica. (ÁVILA, 2004, p. 71).

Não se pode perder de vista que, se por um lado é vedado ao Poder Judiciário deixar de apreciar o caso concreto, por outro lado, na ausência de fundamentação legal, em se tratando de Direito Tributário, é conferido aos julgadores criar a regra jurídica para o caso concreto. Trata-se de um paradoxo a ser analisado e resolvido por meio da hermenêutica jurídica.

Luhmann reflete sobre situação semelhante:

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos tribunais (Gerichtsbarkeit) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem “lacunas no Direito”. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados. (LUHMANN, 1990, p. 163).

A partir de considerações sobre essa temática, será construída uma base conceitual que será confrontada com hipóteses de efetiva aplicação do processo hermenêutico pelo Poder Judiciário no âmbito das lides tributárias. O resultado desse trabalho irá ilustrar se existe adesão e coerência quanto a aplicabilidade e função da redução/extensão teleológica, bem como do conceito de lacuna e seu preenchimento hermenêutico nos processos interpretativos.

Dessa forma, irá ser analisada a necessária identificação a respeito dos limites de aplicação dos métodos hermenêuticos que tratam da redução e extensão teleológica no âmbito das lides tributárias, considerando a vedação ao Poder Judiciário de atuar como “legislador positivo”, de modo que as teorias acerca do tema são de crucial importância para a implementação de um regime político verdadeiramente democrático.

2 A INSTITUIÇÃO DAS NORMAS PELO INTÉRPRETE

Para abordar as normas jurídicas, é fundamental diferenciá-las no próprio enunciado, das orações e frases, sendo necessário balizar diferentes espécies. Também deve servir de baliza a utilidade que o conhecimento desses conceitos terá efetivamente para a pesquisa.

No estudo das normas jurídicas também é necessário diferenciar regras e princípios. Nesse sentido, antes de aprofundar sobre o exercício da atividade interpretativa, é necessário fazer a distinção de enunciados, proposições e normas, para que seja possível o aprofundamento da análise do papel da interpretação no ordenamento e na formação da norma jurídica.

Naturalmente, durante o estudo de qualquer objeto, é fundamental que seja analisada a sua gênese, seja a partir do critério lógico ou cronológico. De modo geral, traduz a necessidade de perquirição do instante e da forma de sua instituição. Apesar da aparente simplicidade do tema, a obtenção da resposta, via de regra, não é simples, uma vez que existem vários objetos de análise que não permitem a fácil identificação do marco inicial exato e preciso para sua ocorrência ou nascimento.

Não existindo, na essência desse próprio objeto, elemento que determine o momento exato do seu próprio surgimento, é necessário que o estudioso fixe, de modo arbitrário, esse instante. Destaque-se que essa prática, que costuma ser realizada com amparo em elementos que, dentro do limite da razoabilidade, permitem uma correlação com a resposta pretendida, não deixa de ser arbitrária e subjetiva.

O assunto é complexo em termos filosóficos, sendo que, inúmeras vezes, não é possível afirmar, por exemplo, sem amparo em elementos pré-estabelecidos, o momento exato da concepção da vida humana. Existem vários marcos que poderiam ser utilizados para obter respostas diferentes. Com elementos culturais a questão é a mesma, tendo em vista que, sem utilizar elementos arbitrários, não é possível precisar, por exemplo, o momento de surgimento de uma lei.

O Direito, enquanto objeto cultural, naturalmente, também é manifestado por meio de uma linguagem, geralmente, mas não obrigatoriamente, escrita, cujo estudo pode ser confundido com esta, como afirma Vilanova:

Função importante desempenha a linguagem, pois que conhecimento é linguagem, ciência e sistema de símbolos, desdobram-se numa

síntese própria: sem palavra que fixem simbolicamente a experiência de objetos, e convertam o saber fixado em saber dentro de uma comunidade de linguagem e, por outra, sem o símbolo que isola, da certeza da experiência, o abstrato que e repete indefinidamente – que vale como princípio da economia do conhecimento –, seria impossível o conhecimento, ou seja, a apreensão de dados dentro das estruturas de linguagem, cujo paradigma, para Aristóteles, era o enunciado apofântico. (VILANOVA, 2003, p. 91).

Por esse motivo, para a melhor compreensão do Direito, é fundamental possuir o conhecimento de suas normas. Por sua vez, estas necessitam do entendimento do próprio enunciado, pois, como afirma Ivo: “O Direito se manifesta por intermédio de uma linguagem. Estudar o Direito, ou compreendê-lo, é essencialmente penetrar nas entranhas da linguagem.” (IVO, 2000, p. 6).

Logo, é fundamental que, antes de iniciar o próprio estudo do Direito, o intérprete estabeleça, por meio de instrumentos preexistentes, relevantes definições conceituais de norma, enunciado e enunciação, por exemplo, fixando balizas a partir das quais permitirão dar caráter científico ao trabalho.

2.1 O nascimento da norma pelo emissor.

O homem, enquanto um ser naturalmente político, conduz seus atos no sentido de construir e habitar a *pólis*, consolidando-se como cidadão, com a conseqüente convivência com seus semelhantes (TORRES, 2002, p. 402). A partir dessa convivência cotidiana, surgem esperados conflitos de interesses, sendo importante o estabelecimento de regras que devem ser disciplinadas pelo Direito, com o fim de assegurar a paz, ordem e o bem-estar de todos.

Essa disciplina é estabelecida por meio de normas, que podem ter origem no ambiente religioso, moral ou pelo Direito. As últimas decorrem do próprio sistema jurídico que, no curso do seu estudo, já identificaram suas origens na natureza das coisas, na vontade de Deus ou mesmo na fixação de competência que a sociedade atribuiu a alguns para administrar a coletividade.

Todas as normas e todas as formas de regulação intersubjetiva de condutas dependem da existência de linguagem, pois ela é, ao mesmo tempo, o instrumento de transferência do conhecimento e a sua efetiva materialização. Sem a linguagem, a

pretensão estaria encerrada em seu próprio criador, resumida ao seu caráter intrasubjetivo, estando impedida a sua transmissão.

Considerando a impossibilidade de existência de um objeto apartado da própria linguagem, Wittgenstein afirma que o limite do mundo com ela coincide (WITTGENSTEIN, 2011, p. 114), o que Guibourg afirma tratar-se de um microsistema de símbolos imprescindíveis a qualquer processo comunicacional (GUIBOURG, 1993, p. 18). O autor afirma que está abrangido pelo mais rudimentar, materializado por símbolos e ranhuras em pedras, chegando ao mediano, transmitido pela aposição de tinta em papel, ao mais tecnológico, por meio de sequências binárias de lampejos de luz concentrada.

Não se discute que a linguagem é necessária à existência de qualquer objeto, inclusive cultural, como é o caso do Direito, teoria essa que é representada por Carvalho (CARVALHO, 1999, p. 17), segundo os quais seria impossível ao Direito regular qualquer conduta sem o seu instrumento, independentemente de se tratar do seu descritor ou prescritor da norma.

Costa, por sua vez, critica esse posicionamento, sustentando a possibilidade de existência de fatos, ou até mesmo a incidência da norma, independentemente desse evento ter sido conhecido por algum indivíduo com a capacidade de vertê-lo em linguagem.

Tentando sustentar seu posicionamento, cita o caso de uma pessoa que, ultrapassa o sinal vermelho com seu automóvel, mas tal prática não possui testemunhas ou qualquer equipamento, resultando no fato de que esse comportamento não poderá ser vertido em linguagem por uma autoridade competente.

Ainda assim, sustenta que, neste caso, houve a suposta incidência da norma jurídica, pois, “nada obstante não venha possivelmente, ou mesmo nunca, a ser aplicada nessa situação concreta. A incidência nada tem a ver com o conhecimento ou prova da ocorrência do fato jurídico.” (COSTA, 2003, p. 29). Enquanto para Carvalho, sem a linguagem, não há fato e, conseqüentemente, incidência, para Costa conclui que a incidência ocorre, independentemente dela:

[...] um adolescente apanha em um ônibus, dá ao cobrador um passe-estudantil, passa pela roleta e seguem viagem até sua escola; [...] quando o estudante, do exemplo acima, entrega um passe estudantil ao cobrador do ônibus, está querendo ser levado a algum lugar e paga

para isso: juridicamente, celebrou um contrato de transporte. A norma índice nesse complexo de fatos qualifica-o de jurídico e irradia efeitos: direito de ser transportado e dever de transportar. (COSTA, 2003, p.30).

Embora o argumento de Costa possa ser considerado como válido, o autor não observa que o Direito, embora socialmente regule condutas nem sempre vertidas em linguagem, só pode ser aplicado a partir dela. No exemplo anteriormente citado, ainda que não obedecesse a norma decorrente do farol vermelho e não parasse o seu veículo, mesmo sendo flagrado por autoridade competente, ao condutor jamais poderia ser aplicada qualquer sanção decorrente de norma jurídica, sem que, anteriormente, fosse traçada, por meio da linguagem, seus elementos de definição.

Esses exemplos demonstram o fato de que a linguagem é capaz de criar e destruir objetos, o que ocorre de forma relativamente semelhante com os fatos, que nascem quando os eventos nela são vertidos pela atividade da autoridade competente.

Enquanto definido para ser regulador das relações interpessoais, o Direito somente existirá onde, necessariamente, existir sociedade e, como consequência, linguagem. Construído sobre a linguagem, o Direito nela encontra as mesmas possibilidades e, naturalmente, limitações, especialmente as ambiguidades e elementos vagos que, diante da impossibilidade de sua completa eliminação, devem, ao menos, ser controladas por métodos científicos.

2.2 As limitações da linguagem e do Direito.

Partindo da conclusão de que o Direito é constituído por meio da linguagem e, portanto, está diretamente ligado às suas limitações, resta a conclusão que os fundamentos do estudo do Direito pressupõem, necessariamente, um estudo da própria linguagem.

Discorrendo sobre as características da linguagem, Guibourg afirma que dois fenômenos merecem atenção por parte de quem a utiliza para determinar condutas que são realizadas por terceiros, como é o caso do Direito (GUIBOURG, 1993, p. 47).

O primeiro deles denota a ambiguidade ou polissemia, caracterizada pela existência de dois ou mais sentidos ou significados para uma mesma oração ou palavra (significante), o que é comum em qualquer linguagem.

Sua presença é facilmente identificada na forma coloquial ou natural e mais raramente na forma técnica, devendo a sua existência ser evitada.

A existência da ambiguidade impossibilita que o intérprete possa extrair apenas um significado do enunciado, autorizando, de forma indevida, que a ideia seja interpretada de mais de uma forma, sem que qualquer das exegeses seja censurável do ponto de vista linguístico.

A palavra lei, por exemplo, possui inúmeros significados, podendo enunciar diversos conceitos, sobretudo se interpretada dentro de uma conjuntura, como lei Maior (Constituição), lei complementar, lei ordinária, lei formal, edital (lei de licitação), um mandamento ético ou religioso (lei de Deus), entre outros.

Esse conceito é utilizado por Canotilho, quando destaca que a polissemia pode ocorrer tanto no âmbito de um mesmo nível de normas e linguagens, quanto entre normas e linguagens diferentes. Utiliza, como exemplo, a palavra democracia, que “tem no plano constitucional uma intenção que muitas vezes não corresponde à intenção que lhe é dada na linguagem corrente” (CANOTILHO, 1994, p. 432).

Essa afirmação demonstra o risco de se adotar, para interpretar o Direito, um código semântico vulgar, pois, embora ambos sejam semelhantes na maior parte dos casos, essa relação não é obrigatória e certa.

Destaca o professor que um grupo significativo polissêmico é determinado, ainda que com um maior número de significados previsíveis. Nesse cenário é delegada ao intérprete a tarefa de apreciar quais dos significados são juridicamente aceitáveis, e quais não são, excluindo estes da atividade interpretativa.

Ainda que a ambiguidade surja na própria linguagem, GUIBOURG afirma que ela pode ser ocasionada pela negligência do emissor no momento de construção do respectivo enunciado, no que diz respeito à ausência de informações adicionais que poderiam balizar o significado que se pretende, impossibilitando a atividade do receptor. Nesse sentido, Torres afirma que “o sucesso da interpretação depende do talento do intérprete e do legislador” (TORRES, 1994, p. 286).

É possível que, quando intencionalmente empregada, a ambiguidade seja útil como mecanismo de redução ou ampliação das probabilidades exegéticas, desde que todos os significados do respectivo significativo sejam, necessariamente, desejados pelo legislador.

Salvo raros casos em que, diante de polissemia, qualquer dos significados possíveis de um significante satisfaça o emissor (legislador), deve-se evitar esta incerteza, de modo a não prejudicar a interpretação dentro do próprio sistema, como pare que essa incerteza não influencie outros subsistemas que dele derivem, com a preservação do ordenamento como um todo.

A vaguidade ou plurivocidade é a imprecisão na designação de uma palavra que, como também afirma Guibourg, é vaga na medida em que sua própria aplicabilidade possui caráter duvidoso. Em outras palavras, possui interpretação modulável e fluida (GUIBOURG, 1993, p. 48).

Diferentemente da ambiguidade, que pode ser evitada pelo emissor por meio de maior esmero na elaboração do enunciado², a vaguidade nem sempre pode ser evitada, já que traduz a própria essência do enunciado. É atribuído a alguns significantes um significado mais preciso, enquanto a outros é atribuído outro vago e impreciso, resultando em maior de discricionariedade do próprio intérprete.

A vaguidade gera, naturalmente, conceitos jurídicos indeterminados, comumente utilizados pelo legislador para abrir a textura de um enunciado, permitindo maior âmbito de atuação por parte do intérprete, naqueles específicos locais onde a flexibilização é almejada ou necessária.

O emissor possui papel relevante na própria atividade interpretativa, pois a formulação do enunciado deve ser realizada de forma a possibilitar a ampliação ou redução das possibilidades exegéticas, podendo tornar fluido, flexível, rígido ou até intransponível o limite de atuação do intérprete.

A indeterminação, quando controlada de modo consciente e proposital, pode ser benéfica ao ordenamento, uma vez que o torna aberto às necessárias atualizações, sejam elas culturais ou ideológicas, como assevera Barbosa Moreira:

[...] nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. (MOREIRA, 1988, p. 84).

A Constituição se vale, de modo exaustivo, de tais conceitos não determinados quando pretende dar abertura textual, garantindo maior âmbito de interpretação, o que

² Seja na escolha do significante, ou na sua contextualização.

pode ser exemplificado pela utilização de expressões como “possível”, “relevância” e “urgência” (BRASIL, 1988), que possuem significados pouco precisos, necessitando de integração do próprio intérprete durante o exercício interpretativo.

Pela própria forma da redação, algumas hipóteses ilustram o discurso, eis que devem ser interpretadas conforme o tempo e local na qual estiverem inseridas. A definição do conceito de objeto obsceno, por exemplo, é constantemente alterada no tempo, variando de acordo com inúmeros fatores sociológicos do próprio intérprete, mutante no tempo e espaço, variável conforme a cultura, ainda que em uma mesma localidade. Essa imprecisão é agravada considerando países como o Brasil, que possui dimensões continentais e variações culturais de norte a sul.

Pela interpretação de conceitos vagos, Canotilho destaca que podem ser consideradas em três diferentes hipóteses, sejam elas os candidatos positivos, onde se afirma, de forma segura, o conceito aplicável, os candidatos negativos, onde o conceito seguramente é inaplicável e os candidatos neutros, onde há razoável dúvida quanto à aplicação dos conceitos (CANOTILHO, 1994, p. 433).

Engisch, por sua vez, afirma que a indeterminação dos conceitos é uma questão de grau, concluindo que no âmbito do Direito são poucos os casos de conceitos indiscutivelmente determinados, como ocorre, por exemplo, quando o legislador trata de uma grandeza que pode ser definida por um número como unidades de tempo, tamanhos e distância (ENGISCH, 1996, p. 2018).

Reconhece que, geralmente, os conceitos jurídicos contêm alguma indeterminação, como quando envolvem elementos naturais como “escuridão”, “sossego noturno” e “perigo”, por exemplo, ou quando tratam de conceitos jurídicos em sentido estrito, como “assassinato”, “ato administrativo” e “preço vil”.

Engisch afirma que conceitos indeterminados possuem um núcleo conceitual e região de penumbra. No primeiro, há uma região de incerteza onde é possível ao intérprete conhecer, com alto grau de precisão, os contornos do próprio conceito. No entanto, não é possível afirmar, com certeza se um fato está, ou não, no âmbito de abrangência daquele conceito (ENGISCH, 1996, p. 208).

Os direitos fundamentais, por exemplo, são repletos de enunciados imprecisos, como “justiça”, “dignidade da pessoa humana”, “duração razoável do processo”, “mínimo existencial”, entre outros, atraem a participação do intérprete para a delimitação dos seus contornos.

2.3 Significantes, significados e suportes físicos.

As imperfeições jurídicas decorrem do fato de que as palavras são símbolos formados pela união de um conjunto de letras, que também são símbolos (significantes) e, por convenção, são utilizados para representar coisas (significados).

Contudo, comumente um mesmo significante pode ter mais de um significado, impossibilitando o intérprete de afirmar, com certo grau de certeza, qual dos significados possíveis deve ser atribuído àquele caso.

O significado não é intrínseco às palavras e aos objetos, mas a eles são atribuídos, seja por convenção ou dedução.

Essa variedade de significantes para o mesmo significado gera a imprecisão linguística denominada polissemia que, caso não seja objeto de controle por parte do seu emissor, quando do início do próprio processo de comunicação, chega a impedir o intérprete de conhecer o verdadeiro conteúdo daquele enunciado expedido.

Diante da pluralidade de significados para o mesmo significante, o receptor fica impossibilitado de conhecer, ao final, qual deles converge com o pretendido pelo emissor, criando óbice à comunicação.

O risco de que o significante possua, para o receptor, um significado diverso daquele que tinha para o emissor corrompe a ciência e o discurso, sendo que, por essa razão, o texto técnico-científico não pode tolerar as vaguidades e ambiguidades sem o devido controle.

Essa problemática tem nascedouro na enunciação do enunciado pelo emissor, o que dirige a pesquisa ao momento da gênese da norma jurídica que, em se tratando da estipulação do momento do nascimento de um objeto, é tema controvertido, que deve ser tratada sob o prisma epistemológico proposto.

Logo, para fixar o momento de surgimento de qualquer objeto será necessário definir o seu marco, de modo arbitrário, mas condizente com as balizas científicas.

Sem esses contornos poder-se-ia afirmar que o nascedouro da norma jurídica se dá com o surgimento do próprio legislador, com a promulgação da Constituição em que encontra seu próprio âmbito de validade, ou ainda com o início do Direito, embora tais proposições sejam incompatíveis com a ciência do Direito.

Moussalem demonstra essa dificuldade, ao apontar que, enquanto para o sociólogo o Direito nasce do fato social; para o historiador surge das próprias conquistas ao longo do tempo; para o psicólogo, da mente humana; e assim por diante (MOUSSALEM, 2000, p. 118), aproximando-se do que denomina como fonte material, em posições adequadas, porém cientificamente incompatíveis com a ciência jurídica (DINIZ, 1995, p. 124).

Moussalem afirma que o nascimento das normas jurídicas está na atividade criativa de quem que possui competência para assim fazer, dentro da competência para assim fazer, no que define como fenômeno por enunciação. Em suas lições, deduz que é a atividade intelectual, o procedimento de criação em si, um acontecimento humano incognoscível que, embora conste no tempo e espaço, eventual deixa seus traços, bem como seu resultado, que é o enunciado (MOUSSALEM, 2000, p. 137; 79).

O autor sustenta que enunciação é, portanto, atividade, procedimento ou processo desempenhado por humano com o fim de produzir algo, como uma música ou um enunciado jurídico (MOUSSALEM, 2000, p. 78). Aceitando-se a fonte do direito como enunciação, na esteira desse entendimento, chega a ser possível sustentar que o nascimento do direito coincide com a própria pretensão ou vontade do legislador que, segundo Kelsen, “dirigido à conduta de um outro” (KELSEN, 1995, p. 41), realiza o procedimento de enunciação, gerando o enunciado expresso por meio da linguagem e signos.

Nos casos utilizados como exemplo, a atividade humana, também denominada processo, se perde no tempo, sendo possível apenas conhecer o produto, que o enunciado, ou, em alguns casos, o índice de enunciação, também denominado enunciação enunciada, realizada por quem a praticou ou até mesmo por um terceiro:

Assim, um pintor que pinta um quadro deixa no produto (tela) as marcas da enunciação. A atividade de pintar o quadro desaparece no tempo, restando tão-só fatos enunciativos. Da mesma forma, um músico que compõe uma obra deixa nela registrados determinados elementos que propiciam a reconstrução de sua atividade de produção. A atividade de compor (processo) dissipa-se no tempo, restando-nos unicamente a partitura (produto), pela qual reconstruímos os passos trilhados pelo compositor. (MOUSSALEM, 2000, p. 78)

Constata-se como enunciação, portanto, o procedimento, e por enunciado, o seu produto. Exemplificando, o procedimento de se pintar o quadro é a enunciação, enquanto o quadro pintado é o enunciado. De modo geral, o enunciado corresponde ao objeto desejado pelo intérprete com o procedimento da enunciação, embora isso não ocorra sem qualquer variação.

Em alguns casos em que um pintor quis exprimir uma árvore durante seu trabalho (enunciação), o resultado pode ser um produto (enunciado) interpretado diferentemente pelos intérpretes.

É possível afirmar que em um mesmo documento normativo (produto) são encontradas linguagens distintas: uma, que é relativa à atividade de sua produção, denominada veículo introdutor de normas, e outra, que perfaz os enunciados propriamente lançados pelo veículo introdutor no sistema do direito positivo, como afirma Moussalem:

São igualmente comuns os casos que, para facilitar ou mesmo possibilitar a interpretação, é necessário exprimir, junto ao enunciado, algumas notas da enunciação. Bom exemplo disso são os textos ocasionalmente apostos junto a obras de arte onde são expressas as circunstâncias da sua produção. No caso hipotético do quadro poderia estar escrito: “O artista, em um momento de fúria, em largas e rápidas pinceladas, representou o jatobá sobre o qual passou sua infância”. Trata-se da enunciação enunciada, de autoria do emissor, ou terceiros que tiveram contato com a enunciação, com o objetivo de perpetuar, por meio de notas (enunciado), uma atividade efêmera (enunciação), com vias a facilitar ou possibilitar a interpretação por parte do receptor. “Em um documento normativo vislumbram-se diferentes espécies de enunciados: (i) a enunciação enunciada que é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação e o (2) enunciado-enunciado que é a sequência enunciada desprovida de marcas de enunciação. Resta ainda a atividade produtora dos enunciados não constantes no documento normativo que se esvai no tempo e no espaço, a qual denominamos enunciação. Essa que entendemos ser a fonte do direito. [...]

Pois bem, a análise de um documento normativo leva-nos a identificar duas espécies de instâncias enunciativas: (1) a enunciação–enunciada, que nos remete às coordenadas de espaço e de tempo em que foi produzido o documento bem como ao seu agente competente e o procedimento produtor do dito documento (atividade de enunciação) e (2) o enunciado-enunciado, que transparece nas disposições normativas propriamente ditas. (MOUSSALEM, 2000, p. 137)

Ocorre que, em algumas oportunidades, juntamente com o enunciado, o legislador faz explícitas menções aos elementos religiosos, morais, axiológicos,

sociológicos e ideológicos que o incentivaram e inspiraram, que devem ser apropriados pelo intérprete como critério de exegese.

O preâmbulo da Constituição da República, por exemplo, a despeito de não possuir qualquer mandamento deôntico, representa os valores e ideais que inspiraram o Constituinte Originário e, naturalmente, devem ser empregados durante o exercício interpretativo.

Ao interpretar a Constituição, deve-se levar em conta a sua finalidade principal, ou seja, a maximização do exercício dos “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” (BRASIL, 1988) que, segundo o próprio preâmbulo, são os valores supremos da sociedade por ela pretendida e idealizada.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade que contestava o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, por não conter a menção expressa a Deus, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela adoção da teoria de que o preâmbulo da Constituição, apesar de ser parte integrante do seu texto e conter princípios relevantes para o exercício interpretativo, não pode criar direitos ou deveres e, por esta razão, não pode se falar em inconstitucionalidade por sua violação³.

Porém, na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal também reforçou a importância, ainda que de forma relativizada, do Preâmbulo para a compreensão de todo o texto da Constituição, já que tem entendimento no sentido de que ele é reflexo da posição ideológica do Constituinte.

O preâmbulo acaba por ser um exemplo de texto legal utilizado para demonstrar a enunciação, ou mais precisamente, a ideologia de quem o redigiu, devendo ser levado em consideração quando do exercício da atividade hermenêutica, para, sempre que necessário, controlá-la.

No âmbito do Direito, não é possível que a vítima ou agente policial reconstitua o crime em si, por exemplo, mas é possível que descreva, por meio da linguagem, a forma pela qual cada um dos sujeitos compreendeu o fato ocorrido.

O crime, em si, se esvaiu no tempo, restando apenas a memória dos envolvidos e aqueles que, de alguma forma, presenciaram o fato, além da materialidade, se existir. Igualmente, não é possível ao historiador reviver os fatos objetos de seu

³ Reclamações 370-MT 383-SP (RTJ 147/404). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5. Relator: Carlos Velloso. 15 ago. 2002.

estudo, sendo possível somente narrar, ainda que com grande habilidade e precisão, os momentos dos quais tomou conhecimento durante seu trabalho.

Com o resultado da atividade legislativa, executiva ou judicial, dependendo da esfera do Poder envolvida, ocorre situação semelhante, sendo impossível ao intérprete obter a enunciação, mas apenas as suas notas (enunciação enunciada) ou o seu resultado (enunciado). Essas remissões são fundamentais para o intérprete, que com frequência, precisa conhecer os elementos circunstanciais da enunciação como, por exemplo, no caso do resultado da atividade legislativa, o dia que ocorreu a votação (para identificar o sistema legal vigente), quais e quantos parlamentares estavam presentes, e outras circunstâncias ocorridas nessa enunciação, dados que serão, fatalmente, empregados na atividade interpretativa, inclusive, para constatação da sua validade.

A partir da apreciação da enunciação pode-se perquirir o que vulgarmente é denominado como espírito da lei ou vontade do legislador. Pode ocorrer ao legislador o desejo de criar algo, mas fazer nascer elemento aparentemente distinto daquilo que pretendeu, sendo necessário ao intérprete a remissão às circunstâncias em que o enunciado foi expedido, para a sua completa compreensão.

Os enunciados são definidos por Carvalho como “matéria empírica grava nos documentos dos fatos comunicacionais”, pertencentes à “plataforma da literalidade textual, suporte físico e significações”. Em outros termos, enunciado é o objeto em que o intérprete estabelece contato por meio de seus sentidos, sendo utilizado como base para as significações que dele serão extraídas. (CARVALHO, 2015, p. 115).

Contudo, o termo enunciado possui dois significados distintos. O primeiro é em forma expressional, ou a matéria empírica citada anteriormente, que em outras palavras significa a fixação da enunciação por quem possuía competência para inovar no ordenamento, seja o enunciado-enunciado, seja a enunciação-enunciada.

O segundo significado para enunciado, que não será considerado neste momento, representa o sentido que é atribuído pelo intérprete à matéria, ou proposição. (CARVALHO, 2015, p. 115).

O enunciado, compreendido como o resultado da enunciação (enunciado-enunciado) ou as notas sobre a enunciação (enunciação-enunciada) carece, portanto, de materialização, que pode ocorrer da maneira que possa ser captada a partir de um suporte perceptível pela sensibilidade do intérprete.

Para que possa ser expedido ou veiculado, é necessário que ao enunciado seja atribuído um veículo, a partir do qual terá início a atividade exegética do intérprete. Comumente os enunciados são perpetuados por suportes perenes, para que constantemente possam ser verificados pelos intérpretes. Não há óbice, entretanto, que sejam veiculados por meios efêmeros, como, por exemplo, o acender e apagar de luzes e os sons.

Nos dias atuais, é possível que o suporte físico mais comum seja o próprio papel, em que é aposta uma quantidade ordenada de tinta escura, em forma de signos previamente estabelecidos que, por sua vez, são agrupados em palavras que, segundo Gianella de Salama, são objetos que fazem referência a algo para um certo sujeito, denominado intérprete:

un signo es un objeto físico. Una bandera roja, un mapa, una nota musical sobre el pentagrama, una palabra escrita sobre un papel son ejemplos de signos. La primera característica que tienen los signos es que hacen referencia a otra cosa: una bandera roja hace referencia a un peligro: un mapa, al lugar geográfico que representa: una nota musical, 'a un cierto sonido. A aquello a que el signo hace referencia se lo denomina designado. La segunda característica que tienen los signos es que hacen referencia a algo para un cierto sujeto. El signo hace referencia a su designado siempre con relación a algún sujeto. A ese sujeto se lo denomina intérprete. (GIANELLA DE SALAMA, 1994, p.1).

No plano físico estão apostos os signos, que podem ser divididos em símbolos, ícones ou índices, passíveis de compreensão por aqueles que dominam o código empregado previamente convencionado pelos envolvidos. Normalmente são empregados signos do tipo símbolos que, por sua vez, são as letras que, agrupadas entre si conforme regras gramaticais da língua envolvida, formam palavras.

A fixação física de tinta em papel não é o único elemento possível ou até mesmo o mais antigo ou o mais moderno. Históricos enunciados foram apostos em pedras, como, por exemplo, o Código de Hamurabi, colocado por marcas cuneiformes sobre o diorito, e a Lei Mosaica ou Decálogo, composto por dez mandamentos escritos em tábuas.

Também não foi em papel, mas em tábuas de madeira que foi entalhada a Lei das Doze Tábuas de Roma, que constitui o primeiro documento legal escrito do Direito Romano, que inspirou o Código Napoleônico que, por sua vez, influenciou parcela do

direito ocidental, inclusive o Código Civil Brasileiro do ano de 1916 que, apesar de revogado em 2002, teve parte de sua essência mantida no novo código.

Constata-se que as normas mais remotas não tiveram seu suporte físico, ou seja, foram apostas em papel, a despeito de traduzirem época em que ele já existia e era conhecido.

Percebe-se que não há impedimento para que os enunciados sejam veiculados por luzes, bandeiras, fogo, artefatos eletrônicos, sinais de fumaça ou gestos, como é no caso das lâmpadas dos semáforos que controlam o trânsito das cidades, das bandeiras e sinal de farol empregados no dia a dia, dos gestos dos agentes de trânsito e dos códigos em braile, adotados por deficientes visuais para a comunicação.

O Anexo II do Código Nacional de Trânsito autoriza que o agente expeça e crie enunciados por meio de uma série de gestos e sinais sonoros em código de conhecimento obrigatório por parte condutores de veículos, cuja conferência se dá no momento da realização do teste e expedição de carta de habilitação, de modo que a sua desobediência resulta na aplicação de sanções (BRASIL, 1997).

É importante registrar que, diferentemente de conclusões precipitadas, a utilização do papel como suporte físico não representa a modernidade frente aos demais meios de veiculação das informações. Da mesma forma que, no passado, o papel não era utilizado para muitos fins, dada a sua sensibilidade e propensão a danos físicos, atualmente diversos enunciados são veiculados por meio de meios tecnológicos, como cristal líquido que se ordenam criando pontos luminosos em telas dos computadores.

A lei que trata do pregão eletrônico, por exemplo, fixa sanções àqueles que não observam os sinais eletrônicos enviados pelo leiloeiro pela rede mundial de computadores. (BRASIL, 2002).

Essa mesma evolução está ocorrendo no âmbito dos processos judiciais. Historicamente os processos tinham o papel como suporte físico, decorrendo disso a fixação de procedimentos a partir de suas características positivas e limitações.

Atualmente, o sistema eletrônico vem tomando espaço, de modo que os processos deixam de possuir suporte físico em papel, mas sim em computadores. Essa modificação não se limita ao suporte físico utilizado, mas também à modificação dos procedimentos decorrentes da sua mudança.

Após percorrer o caminho, por meio da enunciação, é expedido o enunciado, regularmente traçado sobre suportes físicos permanentes, surgindo um objeto tangível pelos seres humanos, denominado corpo de linguagem. Com a elaboração desse corpo de linguagem, o emissor dissocia-se permanentemente do enunciado, oportunidade em que ele passará a ser objeto de interpretação, naquilo que Carvalho denomina por “único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional” (CARVALHO, 2015, p. 114).

2.4 Os tipos de signos.

Diante do respectivo suporte físico, o intérprete identifica signos, gênero que abrange os símbolos, ícones e índices, que são trabalhados a partir dos estudos de Peirce. Os símbolos são elementos que, por convenção, significam outros como, por exemplo, as letras ou notas musicais, que podem ser compreendidas em razão do código, objeto cultural, tendo em vista que não são capazes de conduzir, por si, o significado na mente humana. (PEIRCE, 2000, p. 63).

Não há um sentido natural para que o símbolo que traduz a letra “O”, ou o número zero que, acompanhado de um risco, passa a ser compreendido como a letra “Q”. Nesse mesmo sentido, apenas uma convenção prévia é capaz de justificar o conjunto que integra o Código Braille, ou os pontos e traços que compõem o Código Morse, ou até mesmo os gestos corporais dos surdos-mudos.

Convencionais, os símbolos possuem muita utilidade comunicacional, já que são significantes simples e isolados, que podem contar uma complexa significação, como no caso dos sinais de trânsito, do triângulo equilátero com um dos seus vértices voltados para baixo.

Esse símbolo, embora não signifique nada para a maior parcela da população mundial, na linguagem de trânsito é associado ao enunciado “é obrigatório dar preferência a outro veículo que eventualmente esteja em posição”.

Já os ícones guardam semelhança com o respectivo objeto que representam, sendo abrangido em três níveis, sendo eles a imagem, que é relativa à aparência visual com o objeto; o diagrama, que com ele possui identidade estrutural; e a metáfora, que traduz um dos seus elementos primordiais.

Em relação aos sinais de trânsito, são os casos das placas com desenhos de animais, significando a potencial existência no trajeto, das setas representando o retorno e da árvore inclinada, que indica a potencial existência de ventos durante parte do período.

Também deve ser observado que, entre os símbolos estão os índices, ou signos naturais, que se revelam pela conexão de contiguidade de fato entre dois elementos como, por exemplo, a caveira que traduz o perigo de vida. Na realidade, a caveira não possui qualquer relação natural e intrínseca com o perigo, mas conduz o intérprete a associar aquele local à potencialidade da morte que, conseqüentemente, reduzirá o homem ao seu esqueleto.

2.5 A interpretação de signos.

Não se pode olvidar que é com os signos que o intérprete estabelece contato quando se depara com o respectivo suporte físico. A partir dos signos, também denominados significantes atômicos, ele busca todos os seus significados para, mediante processo interpretativo, definir aqueles que são logicamente possíveis, a partir da situação concretamente posta.

A compreensão do signo será superior quanto maior for o conhecimento do intérprete/receptor a respeito do código utilizado pelo emissor.

Para aqueles que não conhecem os hieróglifos, por exemplo, estes não significam mais que pinturas ou obras de arte. Contudo, tais signos são métodos de linguagem que só podem ser interpretados por aqueles que possuem o conhecimento nesse sentido.

Nesse caso, não haverá o processo comunicativo completo desejado pelo emissor, tendo em vista que o receptor não conhece o código empregado por ele, impedindo a atividade comunicativa.

Foi o que ocorreu com a civilização moderna até 1.799, quando da localização da Pedra de Roseta, que possibilitou a Champollion compreender e divulgar os signos egípcios como unidades que, além de conteúdo comunicativo artístico, possuíam complexa significação comunicativa, tanto prescritiva quanto descritiva, formando frases repletas de sentidos.

A mesma situação ocorre, por exemplo, por aqueles que desconhecem os gestos formalizados para a comunicação entre surdos-mudos, os pontos do Código Braille ou com os que são ignorantes em relação aos signos que regem a navegação. Também existem aqueles que desconhecem os sinais sonoros emitidos por agentes de trânsito, que possuem grande significação para os condutores, mas nada representam para aqueles que os desconhecem.

Este acaba sendo, naturalmente, o início da atividade interpretativa, que ocorre com a relação do intérprete com os signos emitidos para expressar os enunciados. A comunicação será melhor sempre que for mais divulgado entre os intérpretes o uso do símbolo, bem como a aptidão para emitir e receber a linguagem.

Tendo sido demonstrado que a teoria da interpretação é válida para todo e qualquer significante, por questões epistemológicas, será utilizada com referência a linguagem escrita, mediante letras, embora, por opção didática, no intuito de reforçar e robustecer as afirmações, poderá ser utilizado, eventualmente, exemplos de significantes de outras espécies.

Maximiliano resume a Teoria da Projeção (MAXIMILIANO, 1997, p. 15), pela qual os conceitos não deveriam ser representados por formas geométricas, ou símbolos, mas por fotografias, imagens ou pinturas. Segundo o autor, as fotografias, assim como os conceitos, caracterizam-se por possuírem um núcleo claro, que o seu produtor apontou ao foco, seguido por linhas exteriores, mas que também fazem parte do objeto em estudo.

Em ambos os casos, não é possível precisar o limite ou a própria zona de transição entre a imagem central, bem definida e determinada e a periferia, onde as ideias são menos claras e nítidas.

2.6 O suporte físico e a segurança na atividade interpretativa.

Independentemente do suporte físico eleito pelo emissor para veicular o enunciado pretendido, ele será imprescindível à atividade interpretativa, uma vez que não há um suporte físico ou uma categoria de signo cuja compreensão seja mais ou menos segura.

Em relação a esse ponto, é importante destacar que, diferentemente do senso comum, palavras apostas em um suporte físico de tinta e papel não conferem maior

segurança ou nitidez ao intérprete do que um sinal luminoso ou sonoro. Não é possível afirmar, a título exemplificativo, que uma placa contendo a expressão “sentido único da via” teria interpretação mais segura do que uma seta apontando para cima, como adotado pelo Código Nacional de Trânsito.

Por outro lado, a insegurança interpretativa pode ser verificada, por exemplo, em uma situação onde exista o comando de “proibido fumar em locais fechados”. O intérprete não se sente seguro quando está diante de um toldo ou uma marquise, havendo imprecisão se aquele local é considerado fechado ou não.

Outra hipótese, abrangendo a mesma placa, compreende, por exemplo, o incenso dentro de um cinema. Isso porque o incenso tem o potencial de incomodar tanto quanto o cigarro, criando a insegurança interpretativa sobre a sua aplicação.

Mas existem hipóteses em que enunciados expressos por meio de símbolos visuais, luminosos ou sonoros possuem maior objetividade comunicativa, portanto, menos vaguidade do que as palavras.

Trata-se de uma questão relativa à compreensão de códigos pré convencionados, sua complexidade e sua abrangência, de modo que é possível que um viajante desconhecedor da língua portuguesa conduza automóveis no Brasil, interpretando de forma suficiente os sinais de trânsito, bem como um marinheiro seja capaz de adentrar em qualquer porto do mundo, somente a partir dos símbolos que compõem os códigos internacionais de navegação.

Por outro lado, é possível que um brasileiro, conhecedor da língua portuguesa, seja incapaz de compreender a mensagem transmitida por outro brasileiro, que tenta se comunicar por meio do código dos surdos-mudos. Nesse segundo caso, a ausência de conhecimento prévio dos códigos aos sujeitos impede o processo educacional, ainda que tenham a mesma origem e conhecimento comum de outros códigos. Em outras palavras, não há a capacidade de extrair informações a partir de um determinado suporte físico.

Para um desconhecedor de signos náuticos, uma boia preta e branca tem apenas o seu significado lógico, enquanto para um marinheiro essa imagem representa o símbolo de perigo submerso, resultando na necessidade de afastar a sua embarcação do local.

Em diversas oportunidades, o legislador elege um código específico para diferentes casos, considerando a característica da comunicação pretendida. No

trânsito é necessária maior rapidez e facilidade na interpretação dos signos, de modo que, por esse motivo, utilizam-se ícones, símbolos e índice de traçado simples, ou, no máximo, orações pequenas e objetivas.

Já o âmbito dos textos jurídicos positivos, é autorizada a construção de frases longas, utilizando as letras do alfabeto, que são igualmente símbolos. Em síntese, para o aperfeiçoamento do processo comunicacional, não basta que aquele que emite o enunciado expresse esse ato de vontade prescrevendo a conduta devida, mas também é fundamental que o receptor compreenda a respectiva conduta que ele quis expressar (KELSEN, 1995, p. 41).

Dessa forma, é necessário que tanto aquele que emite o enunciado quanto aquele que o recebe tenham conhecimento do código de linguagem empregado, possuindo capacidade de expedir os enunciados e interpretá-los adequadamente. Tratando do prévio conhecimento do código para a compreensão dos enunciados, Kelsen afirma:

Alguém me dirige várias palavras num idioma desconhecido para mim: Eu ouço bem as palavras, mas não entendo seu significado e, por conseguinte, também não o sentido que o outro exprime com o que diz. Eu não sei se o que ele diz é um enunciado, uma indagação ou uma ordem. (KELSEN, 1995, p. 41)

A Lei de Introdução ao Código Civil determina, em seu art. 3º, a obrigatoriedade de prévio conhecimento da legislação. Já a compreensão de certos detalhes da legislação relativa à condução de veículos automotores, embarcações e aeronaves somente é exigido daqueles que os conduzem ou participam ativamente desse ambiente (BRASIL, 1942).

Conclui-se que a legislação cível cria presunção que todos, inclusive analfabetos, tenham conhecimento não só da língua portuguesa para decifrar os enunciados expedidos pelo legislador brasileiro. De igual forma, presume que todos aqueles habilitados a conduzir determinados veículos possuam a capacidade prévia de interpretar os códigos que expressam os enunciados referentes a essas atividades, sejam eles veiculados por qualquer dos métodos existentes.

2.7 Veículo introdutor.

Para a fixação de um enunciado jurídico em que se pretende submissão e obediência, não é suficiente a veiculação por um determinado suporte físico, sendo importante também que o emissor esteja autorizado pelo sistema jurídico, assim como a forma da veiculação do enunciado observe os preceitos formais necessários.

Em teoria, qualquer um pode, por meio da enunciação, criar enunciado, inclusive aqueles prescritores de condutas, denominados norma em sentido amplo. Contudo, o sistema jurídico estabelece regras sobre quais indivíduos ou entes possuem competência para veicular determinados enunciados.

Em outras palavras, o sistema jurídico estabelece que apenas os enunciados emitidos por pessoas, com competência delimitada por determinado período, ou entes institucionais, serão considerados veículos compulsórios para os terceiros, compreendidas certas situações.

Para que o enunciado seja considerado válido, é importante que ele ingresse no sistema jurídico por um veículo introdutor legítimo, segundo determinações estabelecidas previamente pelo próprio sistema. Isso significa que mesmo que uma autoridade possua competência para estabelecer enunciados, esses só serão válidos caso sejam veiculados da forma adequada.

A palavra lei é plurivalente, podendo significar tanto o veículo introdutor para inserção de novos enunciados no sistema, como um livro de papel impresso e encadernado à venda em diversos lugares.

No sistema jurídico brasileiro, o veículo introdutor classicamente definido para delimitar direitos, segundo a Constituição, é a lei. Logo, a palavra lei não significa, dentro desse cenário, apenas um pedaço de papel encadernado, mas sim um dos sentidos de veículo pelo qual o enunciado pode ser inserido no ordenamento.

O ordenamento jurídico brasileiro preconiza que determinadas matérias somente poderão ser inseridas nele por meio do veículo denominado lei ordinária, enquanto outros a partir da lei complementar, enquanto há também previsão específica para a medida provisória, apenas para elencar espécies legislativa mais comuns.

Os enunciados estão inseridos no ordenamento jurídico por veículos introdutores, cuja aptidão varia conforme a competência atribuída pelo próprio sistema jurídico a cada um. O intérprete, por sua vez, ao se deparar com o enunciado, deve

verificar se o meio de inserção no sistema está correto e adequado, como forma de constatar a sua validade.

Antes das próprias proposições normativas e das normas jurídicas, há a atividade do criador, procedimento denominado enunciação, sendo que, por meio dele, em linguagem, é versado o enunciado.

A enunciação, efêmera, perde-se no tempo, sendo que a sua reconstituição somente pode ser feita por aqueles que possuem certo conhecimento daquela atividade, denominada enunciações enunciadas. Essas notas possuem importante função na interpretação do enunciado, pois somente a partir delas é possível conhecer as circunstâncias da enunciação.

O enunciado, produzido a partir da linguagem, incorpora suas possibilidades e limitações, das quais são destacáveis a imprecisão linguística em suas diversas manifestações, especialmente vaguidade e ambiguidade. Essas imprecisões, quando não controladas de forma adequada, dificultam a atividade do intérprete, embora, eventualmente, possam ter alguma utilidade para o processo comunicacional.

Nesse cenário, é possível concluir que as autoridades legislativas, executivas e judiciárias não expedem norma, em se tratando de termos rigorosos, mas, dentro de suas respectivas competências, veiculam enunciados em suporte físicos específicos, por meio de diversas espécies de veículos introdutórios.

As orações ou enunciados são construções atômicas da língua às quais é possível atribuir sentido. Esses enunciados, apesar de possuírem sentido, geralmente não encerram, necessariamente, uma completa significação deôntica, como afirma Larenz (LARENZ, 2009. p. 105).

3 DA CONSTRUÇÃO DAS NORMAS

As normas não estão localizadas fisicamente nas leis e nos códigos, nem podem ser consideradas como a mesma coisa que os enunciados geralmente escritos em tinta no papel, devidamente divulgados pelos órgãos competentes. Assim como a enunciação não é idêntica ao enunciado que dela é cunhado, o enunciado não espelha, necessariamente, as normas que dele se extraem.

As normas devem ser entendidas como a significação que deriva no intelecto do intérprete a partir da atividade interpretativa dos suportes físicos pelos quais o emissor expressa os enunciados, que são o resultado da enunciação.

Com efeito, a criação das normas a partir dos enunciados tem início quando o intérprete se depara com o respectivo suporte físico que, como dito, pode ser constituído por qualquer meio material, sem que se possa afirmar peremptoriamente que a tinta sobre o papel seja mais usual ou segura.

O cientista do direito, em razão da opção histórica feita, comumente estuda os enunciados a partir de códigos ou lei, folhas de papel branco onde são apostos traços de tinta escura, encadernados e encapados, ou não. Nos dias atuais, cada dia se torna mais comum a análise dos enunciados a partir de meios eletrônicos, em telas de computadores, celulares e tablets, cujo suporte físico é completamente distinto da tinta e papel.

Além da tinta e papel branco, outros suportes físicos historicamente são usados, como as pinturas das faixas de sinalização sobre o calçamento das ruas, sinais luminosos, gestos humanos e sons por meio de apitos de agentes de trânsito.

Torna-se, também, cada vez mais comum a utilização por meio do Código Braille, que emprega pequenas sequências em superfície lisa, fornecendo a informação necessária àqueles que possuem o conhecimento prévio.

O importante é o fato de que os enunciados emanados pelo seu emissor, para que sejam inteiramente e suficientemente compreendidos pelo receptor, precisam ser objeto da necessária atividade interpretativa, por meio da qual, ainda que de forma inconsciente, é atribuído significado aos significantes.

Dito isso, pode ocorrer que de um determinado significante seja interpretado apenas um enunciado, o que, apesar de possível, sob o ponto de vista lógico, é improvável sob o ponto de vista prático, diante da inesgotabilidade do sentido das palavras, como afirmado por Falcão. (FALCÃO, 1997, p. 31).

A situação inversa também é possível, podendo acontecer que dois enunciados distintos sejam interpretados de forma a resultar, dentro do intérprete, apenas um enunciado (CARVALHO, 2015, p. 105).

Essa variação pode ocorrer tanto no tempo quanto no local, ou mesmo a partir da diferença axiológica dos intérpretes no mesmo tempo e local. Esse fenômeno pode ser perfeitamente exemplificado pelo fato de que, dentro do mesmo órgão, o

Judiciário, por exemplo, diversas interpretações existem e orientações possíveis do mesmo enunciado, ao mesmo tempo.

3.1 A compreensão dos signos e seus grupos.

É importante registrar que nem todos os enunciados derivam a partir de um signo, sendo constantemente necessário o seu agrupamento em sequências denominadas palavras que, por sua vez, são parte indissociável da linguagem. Merece nota o fato de que nem toda linguagem é composta, obrigatoriamente, por palavras, como é o caso das notas musicais e a pintura, mas todas dependem de interpretação.

As palavras não são formadas simplesmente pela união de letras (símbolos), mas sim a partir do encadeamento das letras regido pela morfologia e sintaxe que, segundo Gianella de Salama, é a relação do signo com os demais, que cria os sistemas:

Por un lado está la relación que se da entre un signo y otros signos. A esta relación se la de nomina dimensión sintáctica del proceso semiótico. Los signos se presentan frecuentemente relacionados, unos con otros, formando sistemas, como los signos que forman la notación musical, ala aritmética, o las palabras de un lenguaje. Aun los signos que aparecen solos tienen una dimensión sintética: la relación de ese signo consigo mismo. (GIANELLA DE SALAMA, 1994, p. 89)

Para melhor compreender as palavras não é suficiente tão somente o conhecimento das regras sintáticas que determinam a sua formação, mas também o seu real significado, ou melhor, os seus diversos significados possíveis. Eles são atribuídos pela semântica, que, por seu turno, tem como o principal código, no vernáculo, o dicionário. Independentemente do seu caráter formal ou não, a comunicação ocorre sempre a partir da utilização de um código semântico, cuja finalidade é atribuir sentido claro e comunicacional às palavras (GIANELLA DE SALAMA, 1994, p. 98).

Sem conhecer o real significado das letras do vernáculo, não é possível que o intérprete consiga arquitetar de modo ordenadamente correto as palavras, uma vez que a sua construção depende do conhecimento das elementares regras de sintaxe e de morfologia.

Um exemplo da capacidade multiplicativa das letras em um idioma é o fato das poucas mais de vinte letras existentes na língua portuguesa formarem milhares de palavras distintas. Com a união das letras e a formação das palavras, incrementam infinitamente as possibilidades do idioma, autorizando um incontável número de combinações. A partir desse fato, gera-se um estoque inesgotável de vocábulos, com inúmeros significados, de acordo com a sua organização sintática:

Por exemplo, com as mesmas palavras, 'o leão', 'o tigre' e 'matou' podemos construir proposições de sentidos inteiramente diferentes: 'o leão matou o tigre' e 'o tigre matou o leão'. Neste caso, o sentido é derivado da distribuição sintática das palavras na frase. É esta última que comanda o sentido e não as palavras por si mesmas. (ALVES, 2002, p. 48).

A partir do momento da efetiva positivação, independentemente do suporte físico escolhido, os enunciados passam a possuir base material ou nível físico, do qual o intérprete extrai um significado claro e possível, integrando o que de Carvalho denomina de sistema da literalidade textual (S1), ou marco inicial do trabalho exegético. Segundo ele esse é o único e exclusivo dado objetivo para os integrantes de uma comunidade comunicacional, definido por "um plano de expressão ou plano de significantes, base empírica e objetivada em documentos concretos, postos intersubjetivamente entre os integrantes da comunidade do discurso." (CARVALHO, 2015, p. 113).

Esse sistema pode ser construído por qualquer meio físico, perene ou efêmero, que possa ser percebido pela sensibilidade do intérprete, devendo também obedecer aos preceitos de formação e transformação ditados pelos códigos em que foram produzidos.

Nesse plano, o intérprete já é capaz de perceber o significado dos signos, principalmente no sentido de que, no caso concreto, são unidades de comunicação.

Tratando-se de átomos que se agrupam com outros para formar diferente símbolo, como as palavras, elas já podem ser entendidas como tais, para que sejam agrupadas e ordenadas em frases e orações. A partir disso, irão adquirir sentido, embora ainda não seja possível concluir qual deles foi o inicialmente pretendido pelo emissor, uma vez que este sentido varia de acordo com o espaço e o tempo nos quais estão situados os envolvidos, ou seja, os sujeitos da atividade comunicacional, como afirma Maximiliano:

[...] a palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de idéias. (MAXIMILIANO, 1997. p. 16)

Com o encontro com o corpo de linguagem, o intérprete continua a busca dos significados possíveis dos significantes do sistema da textual literalidade, atribuindo sentido ao texto, que começa a ser entendido como um todo. Isto porque a correspondência entre o texto literal (significante) e o seu sentido (significado) é sempre relativa, “podendo a expressão literal de um texto (significante) ser aberta em um leque de significados diferentes, dependendo do contexto ou da situação existencial onde o texto é proposto.” (ALVES, 2002, p. 177).

Neste momento, a interpretação das palavras nas orações, com a conseqüente atribuição de sentidos aos respectivos símbolos, reduz o número possível de significados semânticos que cada uma poderia ter isoladamente. Contudo, segundo Maximiliano, compete ao intérprete não “apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, justo, jurídico.” (MAXIMILIANO, 1997, p. 16).

Logo, é neste cenário que o intérprete compreende, meio dos suportes físicos, os enunciados ou proposições, que também são denominadas estruturas atômicas.

Porém, esses enunciados ainda possuem caráter embrionário, já que estão isolados, não tendo sido contrapostos com outros, de forma que tenha sido possível, com precisão, a avaliação do seu sentido, muito menos sua pertinência com o sistema.

Ainda não é possível atribuir a esse texto um sentido único, uma vez que, repita-se, possui diversos sentidos possíveis, sendo cada um deles, nas palavras de Alves “[...] um candidato a ser efetivamente uma norma jurídica, isto é, um sentido vinculante para os sujeitos envolvidos na comunidade jurídica.” (ALVES, 2002, p. 177).

Os enunciados surgidos nesse sistema não podem gerar confusão no intérprete, confundindo-os com a própria norma, de modo que apenas, nas lições de Vilanova “significações que se erguem a partir de frases prescritivas, de enunciados

ditados por órgãos competentes e que integram o corpo legislativo” (VILANOVA, 2000, p. 118).

Em outras palavras, a despeito dos enunciados poderem ser entendidos isoladamente, não necessariamente será possível afirmar que deles possa ser interpretada uma proposição ou norma.

Muitas vezes os enunciados limitam-se a descrever algo, como é o exemplo de uma placa escrita “Mata Ciliar” fixada pela autoridade em uma vegetação, ou quando a Constituição dispõe que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. Embora estes sejam enunciados, deles geralmente não é possível ao intérprete extrair qualquer mandamento direto e claro.

A proposição não é apenas uma mistura de palavras (WITTGENSTEIN, 2011, p. 40), mas “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade” (BOBBIO, 2005, p. 73), perfeitamente distinta do enunciado. Segundo Bobbio é “... a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso” (BOBBIO, 2005, p. 73).

Nesse íterim, BOBBIO ensina como a mesma proposição, ou significado, pode ser representado de formas, ou enunciados distintos. Igualmente, afirma que um mesmo enunciado pode, de acordo com a interpretação, gerar proposições diversas:

Por exemplo, quando eu digo, voltando-me para um amigo com quem estou passeando: “gostaria de beber uma limonada”, pretendo exprimir um desejo meu e além disso dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; se dirijo as mesmas palavras para uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo expressar um desejo nem dar-lhe uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta. (enquanto no primeiro uso da expressão é previsível, por parte do código, a resposta: “Eu também”; a mesma resposta por parte do segundo interlocutor seria quase uma ofensa). (BOBBIO, 2005, p. 73).

Contudo, o sistema é composto por diversos enunciados, que podem ser descritivos e prescritivos que, estando redigidos próximos ou distantes uns dos outros, em um mesmo dispositivo ou em diversos, contemporâneos ou não, integram-se de forma lógica.

Ao se deparar com os enunciados, o intérprete os integra internamente, ligando-os de forma lógica na estrutura, compondo o denominado sistema.

Utilizando essas premissas como base inicial, Carvalho diferencia os denominados enunciados “expressos ou explícitos” dos “implícitos”, sendo os primeiros passíveis de compreensão a partir da leitura direta do texto, enquanto os segundos são cognoscíveis mediante o encadeamento de mais de um enunciado. (CARVALHO, 2015, p. 109).

Os enunciados, firmados em códigos a partir da linguagem, demandam atividade interpretativa, sem a qual não pode haver a compreensão, pelo receptor, da mensagem. No Brasil, o principal código utilizado na relação comunicacional é a língua portuguesa, embora existam outras amplamente utilizadas.

É importante frisar que as normas não decorrem diretamente dos enunciados elaborados pelo emissor, mas a partir da interpretação que se faz deles, identificando a existência de princípios implícitos que podem marcar, até mesmo, a superação do legalismo do positivismo normativista, teoria em que as normas do direito positivo estariam reduzidas às regras.

Apesar de parecer preciosismo, essa discussão tem especial relevância, diante da intolerância da ciência sobre imprecisões linguísticas, sob pena de ruir suas estruturas basilares.

Os enunciados são construções que possuem um sentido não necessariamente deôntico, podendo ser exprimidos em linguagem descritiva, que se resumem a descrever alguma coisa (até o próprio direito positivo) em linguagem. Podem traçar valores estranhos à dogmática jurídica, que podem ser exemplificados pelos contornos que senso comum delimita sobre as normas ou sobre o sistema, definidos como justos, injustos, rígidos, entre outros valores.

Os enunciados podem ser exprimidos em linguagem prescritiva, descrevendo as teses normativas, pelas quais são prescritas condutas, sejam de direito ou não. Tanto os enunciados prescritivos quanto os descritivos não são essencialmente jurídicos, podendo ter qualquer objeto, como a moral, religião ou a filosofia.

A ordem de um criminoso durante a prática delitiva, como afirma Kelsen, embora seja uma determinação de uma conduta humana, não deriva de uma fonte cuja competência foi outorgada validamente, razão pela qual o enunciado não deve ser considerado como integrante do mundo jurídico. (KELSEN, 1997, p. 35).

Kelsen afirma que o enunciado jurídico é diferente dos demais pelo fato de conter uma determinação previamente estabelecida em um sistema jurídico, enquanto

os outros se baseiam em sistemas não jurídicos, como a moral, religião e filosofia, entre outros. (KELSEN, 1997, p. 2).

Vilanova segue no mesmo sentido, afirmando que os enunciados adjetivados de jurídicos são os que compreendem as normas que, por sua vez, disciplinam as condutas humanas positivadas no sistema:

A ciência dos juristas não alcança diretamente as condutas: alcança-as por intermédio das normas. Se conduta ou fato não ingressou, quer no pressuposto, quer na consequência de uma norma de direito positivo, ficou no domínio do não jurídico, do social-normativo não juridicizado, ou no mundo natural irrelevante para a valoração jurídica. (VILANOVA, 1982, p. 12).

Devem ser observados os enunciados que, de forma deontológica, descrevem as notas que serão utilizadas na hipótese normativa jurídica, como aquelas que descrevem conduta que irá perfazer sua tese. De forma propedêutica, pode ser considerada a hipótese em que é proibido entrar em transportes coletivos com animais. Se um veículo é coletivo (hipótese do enunciado descritivo), a consequência será a impossibilidade de que o indivíduo esteja acompanhado de animal (tese fixada pelo enunciado prescritivo).

Quando o tem contato com os signos, exprimidos a partir de um suporte físico, ele os interpreta, penetrando no ambiente da literalidade textual, o qual é possível a compreender as palavras, orações e frases emitidas. Essa compreensão, dada a sua própria natureza, ainda será vaga, já que as palavras ou orações podem ter significados distintos em razão do sistema o qual pertencem.

Na sequência, esses elementos são interpretados objetivando fixar os enunciados, que estão no plano das significações, possibilitando ao intérprete compreender as estruturas tanto descritivas quanto prescritivas. CARVALHO afirma que os enunciados não podem ser entendidos como produto físico da enunciação ou "... matéria empírica gravada nos documentos dos fatos comunicacionais", mas no sentido proposicional atribuído a eles, a partir da atividade exegética. (CARVALHO, 2015, p. 117).

Importante destacar é possível expressar uma proposição por diversas e diferentes orações, símbolos ou frases, mantendo a identidade de sentido. As frases "hospital, faça silêncio", "proibido fazer barulho no hospital" ou "silêncio no hospital" ou

a placa de uma pessoa com o dedo indicador em frente à boca resulta na mesma proposição, que é a vedação à emissão de ruídos no hospital.

A possibilidade de expressar proposições por vários signos diferentes também poderia ser exemplificada pelo sinal luminoso colocado em estúdios de televisão. Nestas hipóteses, quando o emissor emite a luz vermelha próximo a esses locais, informa aos receptores que deve ser evitado o barulho, com vedação expressa, já que há alguma gravação ou programa em curso.

Da mesma forma como é possível expressar uma proposição por diversas frases, ou orações, várias proposições podem surgir da mesma frase ou oração. Um dos exemplos é a oração “cuidado com o tigre”. Dependendo do local de fixação, pode representar um aviso ao veterinário para não machucar o felino, ou um aviso aos visitantes de um zoológico para se atentarem aos perigos de se aproximar do animal. Já em uma loja de material de construção pode representar até mesmo os cuidados com os materiais de construção cuja marca tem esse nome, dada a eventual fragilidade ou custo dessas mercadorias.

No sentido de confirmar a dissociação entre significantes e significados, Ferraz Júnior sustenta que para aplicar o Direito não há relevância no tempo verbal das orações, ou até mesmo o verbo utilizado como acontece, segundo o exemplo utilizado pelo autor, na oração “ninguém será preso”, cuja interpretação extraída é de norma proibitiva para prender, que pode também ser manifestada por “é proibido prender”. O autor utiliza o exemplo das normas penais, que se limitam a descrever condutas socialmente reprovadas, indicando a respectiva sanção, caso se configurem. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 87).

A partir da leitura dos dispositivos constantes da legislação penal, o emissor não estabeleceu qualquer proibição à prática dessas condutas, mas tão somente as descreveu e estabeleceu a respectiva punição, caso se configurem.

Ademais, considerando se tratar de permissão, não é indispensável o modal expresso, ainda que na oração, sendo suficiente a exclusão como no caso: “É proibido beber vinho”. Nesta hipótese, o silêncio em relação às demais bebidas leva o intérprete a concluir que é permitido beber cerveja, por exemplo. Neste caso, deve ser observada a determinação constante da Constituição, que dispõe que é lícita a prática de atos não vedados por lei. Logo, como consta exatamente do objeto do presente

estudo, alguns mandamentos são criados pela atividade interpretativa do receptor, por meio da compreensão do sistema como um todo.

Maximiliano também sustenta esse entendimento de que a norma tem expressão visível, onde o intérprete pode estabelecer contato com a percepção dos signos, e também um sentido íntimo, alcançado pela compreensão:

todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a idéia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza. (MAXIMILIANO, 1997, p. 14).

A despeito de significarem um dos elementos marcantes da criação das normas, de modo isolado, as proposições não são suficientes para atingir a finalidade do próprio Direito, que é disciplinar condutas e práticas humanas, com o escopo de obter a pacificação social.

3.2 A estrutura normativa jurídica.

Para formar o complexo normativo jurídico, é fundamental a conexão ordenada de proposições em uma estrutura proposicional, para que sejam integrados os elementos lógicos fundamentais à criação intelectual da significação, chamada norma, que, por sua vez, terá influência direta nas práticas humanas.

A proposição não pode ser confundida com a estrutura proposicional. Esta é o arcabouço ou suporte, naturalmente vazia, que pode ou não ser preenchida pela interpretação, com diversos elementos possíveis. Já uma proposição é uma estrutura lógica proposicional preenchida, autorizando a formação de inúmeras orações baseadas na mesma forma, contudo, com sentidos diversos.

As frases, por exemplo, 'Paulo come a fruta' e 'o leão caça as zebras' têm, ambas, a mesma estrutura proposicional (um sujeito e um predicado), mas seus sentidos são muito diferentes. Seus sentidos divergem pelo conteúdo e não pela forma. A forma é a mesma. Assim, o objeto da proposição é o sentido do termo sujeito ao qual é atribuído o sentido de um predicado. (ALVES, 2002, p. 48)

As estruturas lógicas não possuem um termo final, estando limitadas tão somente à capacidade criativa humana, de modo que, cada uma delas pode ser preenchida por qualquer conteúdo, permitindo sentidos completamente diferentes, embora possam ser derivados da mesma estrutura, abrangida por linguagem diferentes.

Vilanova afirma que a estrutura formal da norma jurídica deriva da abstração da linguagem do direito positivo, colocado em vários idiomas e especificidades culturais refletidas na linguagem. (VILANOVA, 2000, p. 75). É a partir dessa abstração que a estrutura lógica é destacada a partir do texto do Direito, que é naturalmente variável.

O Direito, porém, não prescreve condutas humanas ou acontecimentos que podem ou não ocorrer, nem retratar o mundo fenomênico, mas apenas descrever ocorrências passíveis de acontecer no mundo dos fatos, vinculando a elas, pela prescrição, efeitos devidamente refletidos por elementos condutores basilares, sendo eles o permitido, vedado e obrigado (VILANOVA, 2000, p. 75), como afirma Alves:

O objetivo da norma não é conhecer o mundo social, buscando-lhe a verdade, mas comandar imperativamente sobre os comportamentos sociais, buscando-lhes a justiça, a conveniência, a segurança e a prudência. A norma jurídica não quer conhecer o mundo das ações humanas e sim modificá-lo. (ALVES, 2002, p. 194).

Dois estruturas lógicas proposicionais específicas são importantes para o Direito, seja ela a prescritiva “A é B”, a partir da qual descreve-se algo, e a prescritiva, “Se acontecer B, então C”, traduzida por Vilanova por “D(H-R)”, usada para constatar a existência ou não de um condicionante e, caso exista, fixar, por uma implicação, a respectiva consequência (VILANOVA, 2000, p. 80). A partir das inúmeras possibilidades conjuntivas ou disjuntivas para um só efeito, permite-se, e comum, que determinada consequência seja provocada por várias hipóteses, da mesma forma como uma mesma hipótese pode desencadear diversas consequências. (VILANOVA, 2000, p. 90).

Pretendendo satisfazer a sua pretensão, o Direito utiliza duas estruturas lógicas diferentes, uma descritiva e a outra prescritiva, sendo que ambas estão ligadas pela implicação. Esta, por sua vez, é deflagrada pela constatação da sua ocorrência, no

mundo fenomênico, de um fato que encontre resposta com notas abstratamente discorridas na hipótese:

Se o fato que corresponde à hipótese normativa não se verificou, nenhuma relação jurídica propriamente (mesmo em sentido amplo) se deu. [...] Mas, tão logo a relação factual corresponda ao esquema delineado pela hipótese fática (hipótese que aponta para os fatos de possível ocorrência), sobre essa relação a norma incide, tecendo efeitos que não adviriam das meras relação de causalidade natural. (VILANOVA, 2000, p. 132).

A proposição jurídica, dessa forma, constitui estrutura lógica da ciência do Direito, que é integrada a partir de enunciados prescritivos e descritivos, que constituem parte desse sistema.

Um dos elementos que compõe a estrutura normativa é a endonorma, ou também norma primária, sendo que a outra é a perinorma que, por sua vez, são compostas, cada uma delas, por uma hipótese fática (pressuposto), construídas por meio de enunciados prescritivos, e uma consequência jurídica (consequente) em linguagem prescritiva.

A partir disso, constata-se a existência da estrutura normativa formada por endonorma e perinorma, sendo que cada uma contém uma hipótese e uma tese, devidamente conectadas logicamente.

Fazendo-se um corte abstrato na série de normas que compõem unitariamente o sistema do direito positivo, vemos que uma regra jurídica completa consta de duas normas. Na norma primária, tem-se o pressuposto fático (ou hipótese de incidência) em relação-de-implicação com a consequência: a relação jurídica. Abstratamente, se ocorre o fato F, então A ficará numa relação R com B. Na norma secundária, a hipótese fática é a não observância do dever da parte do sujeito passivo, a qual implica o exercício da sanção e da coação (já aqui através de órgão jurisdicional). (VILANOVA, 2003, p. 132).

A despeito de todas normas possuírem estrutura lógica semelhante, nem todos os elementos estarão agrupados de forma conjunta no ordenamento, em uma sequência lógica de orações. Na realidade, em diversas oportunidades as frases são positivadas no em subsistemas jurídicos diferentes, inexistindo impedimento de que a norma primária tenha sido inserida no sistema a partir de um veículo introdutor (lei complementar, por exemplo), enquanto a respectiva norma secundária advenha por

outro (lei ordinária, por exemplo), fato este que também pode ocorrer com as hipóteses e teses que integram a mesma estrutura.

O Código Tributário Nacional determina, de modo acertado, que os conceitos empregados nesse subsistema, que tenham sido incorporados de outros, devem manter o significado previamente estabelecido no original (BRASIL, 1966). Assim, quando a legislação tributária trata da figura do herdeiro, remete o intérprete ao conceito advindo do Código Civil, de modo que a mesma conclusão serve para outros exemplos como responsabilidade, prescrição, solidariedade e outros.

Logo, para que o aplicador consiga interpretar uma proposição jurídica, é possível que seja necessário perquirir não somente aquele subsistema, como outros que compõem, com a finalidade de obter definições e conceitos, como também utilizar enunciados decorrentes de frases inseridas no sistema momentos distintos.

Após a interpretação dos enunciados, forma-se, dentro do intérprete, as proposições, que possuem respectiva estrutura lógica, porém, ainda não preenchida pelo sentido deôntico completo.

Até esse momento, não é possível se falar em completa existência de uma norma jurídica, mas apenas interpretação de enunciados pela observação de orações, que resultam na elaboração das proposições. Estas, por sua vez, podem assumir a estrutura normativa.

3.3 Da proposição à norma.

Ao se deparar com algum tipo de signo, o intérprete está diante do que antes foi denominado por plano da expressão, ou da literalidade textual. Neste nível deve ser analisada a correção da sintaxe e morfologia, conferindo a sua integridade lógica, de modo a evitar palavras sem sustentação semântica ou orações desprovidas de sentido.

A partir dessas conclusões, que permanecem sendo vagas em razão da impossibilidade de, neste momento, atribuir um sentido seguramente correto ao texto, é que o intérprete penetra no segundo plano do sistema. É o momento em que os significados previamente atribuídos aos significantes são devidamente contextualizados, produzindo os elementos completos de sentido, embora ainda não possuam carga normativa.

Após o intérprete ter contato com as proposições, é possível promover a organização de forma lógica, conectando seus inúmeros elementos, os quais é conferido um sentido que, embora limitado, ainda demanda contextualização. Como afirma Carvalho, “o quantum de significação obtido com o isolamento do arcabouço da norma jurídica não é suficiente para expressar a orientação da conduta como algo definitivo.” (CARVALHO, 2015, p. 132).

Torres detalha o trabalho exegético no momento em que afirma que “A lei abstrata só adquire concretude pelo trabalho conjunto dos poderes do Estado: A administração complementa a norma legal pelo regulamento e o judiciário se incumbem da aplicação ao caso concreto.”, dando destaque à necessidade da interpretação da lei formal, de modo a transformá-la em norma jurídica: “A lei formal mostra-se insuficiente para lhe dar plena normatividade, posto que necessita da interpretação e do trabalho de complementação *intra legem* desenvolvido pelo juiz.” (TORRES, 1994, p. 75).

Situação semelhante ocorre quando o intérprete utiliza a pragmática, a partir da qual, nas palavras de Alves, o sentido da frase é fixado “... em função da situação em que emprega e não das palavras singulares usadas” (ALVES, 2002, p. 48), destacando que “... a concepção atômica do sentido, pautada apenas nas palavras, não possui valor teórico explicativo do significado das frases ou sentenças”. (ALVES, 2002, p. 48).

Pela simples leitura das frases, o intérprete não consegue extrair, com a necessária segurança, o seu significado, já que pode variar de acordo com o contexto em que está inserida, ainda que esteja desconectada do senso comum.

Exemplo disso é o enunciado do artigo 150, da Constituição, que determina que tributos não serão cobrados no mesmo exercício em que foram instituídos. (BRASIL, 1988).

Para o intérprete que desconhece o subsistema tributário, a partir da leitura do texto, esse enunciado poderia levar à conclusão de que os tributos até seriam devidos, mas não poderiam ser cobrados, em razão da terminologia utilizada, já que o Constituinte utilizou a expressão “cobrança” e não eficácia, que é sinônimo de incidência.

Embora a Constituição trate do termo exigir, ela é interpretada como incidir, não havendo maiores discussões quanto a esse ponto.

Neste momento é que surge o terceiro plano, denominado substrato das significações, quando as proposições são contextualizadas juntamente com princípios e valores que direcionam o sistema (CARVALHO, 2015, p. 123). A finalidade é conferir o mesmo viés para todos os enunciados, aglutinando-os e dando a devida orientação em direção semelhante, situação em que Carvalho denomina "... o apogeu da missão hermenêutica [...] clímax, momento de maior gradação do processo gerativo. (CARVALHO, 2015, p. 124).

Nesse cenário surge a norma jurídica, vinculada ao enunciado o qual o intérprete teve contato direto e realizou a atividade exegética a partir da sintaxe e semântica. Contudo, essa norma está relacionada com o núcleo do ordenamento jurídico por meio dos preceitos constitucionais, e pelos valores que inspiraram a enunciação, influenciando a interpretação.

Todos esses fatores, sejam eles axiológicos, ideológicos ou filosóficos devem ser considerados a cada atividade interpretativa realizada pelo exegeta, que pode ser qualquer pessoa que tenha contato com enunciado para compreendê-lo enquanto norma, como destaca Ivo:

Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas jurídicas, e sim, meros enunciados lingüísticos esparramados pelo papel. Enunciados postados em silêncio, em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido. (IVO, 2000, p. 7).

Ávila possui entendimento semelhante, no sentido de que "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, 2002, p. 21). Conclui que "os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado." (ÁVILA, 2002, p. 22). Santi, por sua vez, afirma que:

Não há de se confundir norma e instrumento introdutor. Este, veículo individual e concreto, é o suporte físico dos enunciados normativos, introduzido por um fato jurídico: Aquela [norma], a significação desses enunciados é a proposição jurídica na sua forma implicacional que poderá ser abstrata ou concreta, genérica ou individual. (SANTI, 1995, p. 151)

Dessa forma, pode-se afirmar que a interpretação é atividade que transforma os enunciados, que nada dizem, por si só, em normas. De fato, o início da atividade decorre da enunciação, procedimento que tem como resultado o enunciado, prescritivos ou descritivo, aposto em suporte físico por signos. Esses signos, que podem ser símbolos, índices ou ícones, são produzidos pelo seu emissor, que encerra sua atividade, diferenciando o criador e a criatura.

Tavares afirma que “ao Tribunal Constitucional foi cometida a missão de fazer aflorar e, conseqüentemente, impor a filosofia política da Constituição” (TAVARES, 1998, p. 61)., já que, segundo ele, os contornos políticos-ideológicos dela são abertos, aguardando que o intérprete desempenhe o seu papel integrativo.

Daí a necessidade de um Tribunal que bem desempenhe esse papel, colocando em termos objetivos, devidamente fundamentados e apoiados na concepção vigente na Constituição, os valores abraçados na solução daqueles casos em que caiba certa dose de discricionariedade relevante por parte do Poder Judiciário. (TAVARES, 1998, p. 61).

Segundo o autor, este papel deve ser desempenhado, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, definido, por Baleeiro como:

Instituição viva, ligada umbilicalmente à Constituição e ao aparelho de governo da Nação brasileira, o Supremo Tribunal Federal não se confunde com algo de estático, rígido, cadavérico, frio, marmorizado. Não. A Côte [sic] egrégia palpita, mutável e dinâmica ao impulso da história. (BALEEIRO, 1968, p. 22)

Härbele afirma que o legislativo, executivo e judiciário e o povo participam, de modo ativo, da atividade exegética, cada um da sua forma e por seus respectivos meios, tendo a norma jurídica como resultado final:

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HÄRBERLE, 1997, p. 14).

Reale, por sua vez, afirma que a legislação é núcleo estático do ordenamento, cuja flexibilidade existe quando objeto de interpretação, cumprindo seu papel (REALE, 2003, p. 14). A respeito da distância entre enunciados e normas, Torres destaca que “... a interpretação, embora se vincule ao texto da norma, nele não se deixa aprisionar, eis que o texto da norma não se confunde com a própria norma.” (TORRES, 1994, p. 285).

As normas, enquanto resultado da atividade exegética, distinguem-se dos enunciados a partir da interpretação e, embora os utilize como sustentação, podem dele divergir e se distanciar, conforme os elementos interpretativos utilizados.

3.4 As normas como produto da atividade do intérprete.

A diferença entre texto e norma os quais o intérprete estabeleceu contato para compreensão não é moderna, tendo sido apontada por Pontes de Miranda em 1.922. Novamente foi reiterado quando, discorrendo sobre a Constituição de 1967, o autor fixou a distinção entre os elementos textuais, quais seja, artigos, parágrafos, incisos e proposições:

Os artigos, parágrafos, incisos ou proposições têm, por vezes, algo que não está neles, e sim noutros artigos, parágrafos, incisos, ou proposições; e, não raro, o artigo, parágrafo, inciso, ou proposição contém mais de uma regra jurídica, como unidade lógica. A regra jurídica que se extrai de dois ou mais artigos, ou de um artigo e parte de outro, é que é a unidade lógica, que se tem de examinar. (PONTES DE MIRANDA, 1992, p. 608).

Demonstrando que esse entendimento não é moderno, constata-se que Kelsen, em 1934, também definia norma como sendo um “esquema de interpretação” (KELSEN, 1995, p. 20), distinguindo a norma da proposição.

Bobbio sustenta que as normas devem ser consideradas como espécie do gênero das proposições normativas. Essas proposições, segundo o autor italiano, podem possuir diversas formas gramaticais, sendo, por exemplo, interrogativas, declarativas, interpretativas ou exclamativas (BOBBIO, 2005, p. 74).

Independentemente da forma, Bobbio sustenta que essas proposições podem possuir inúmeras funções, destacando também que, embora tragam comumente a forma imperativa, não há impedimento que venham de outra forma, demonstrando a

independência da forma (BOBBIO, 2005, p. 75). Fixa, nesse cenário, a diferença entre proposição e norma, ressaltando se tratar da compreensão que se extrai da primeira.

Norma jurídica, logo, pode ser compreendida como significação que ocorre internamente no intérprete por meio da sua percepção sobre as informações recebidas do mundo exterior, captado por um sentido. Nesse contexto, afirma Carvalho:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição. Dito de outro modo, experimentamos as sensações visuais, auditivas, tácteis, que suscitam noções. Estas, agrupadas no nosso intelecto, fazem surgir os juízos ou pensamento que, por sua vez, se exprimem verbalmente como proposições. A proposição aparece como o enunciado de um juízo, da mesma maneira que o termo expressa uma idéia ou noção. A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. (CARVALHO, 2015, p. 8).

A definição de norma como sentido obtido pelo intérprete em razão do exercício da atividade exegética também é compartilhada por Bornholdt (BORNHOLDT, 2005, p. 28) e Ávila (ÁVILA, 2004, p. 25), constatando que é possível extrair diversas normas de um dispositivo, sendo que também é possível que uma norma seja extraída de vários dispositivos diferentes.

Engisch ao tratar da atividade interpretativa e levantar o questionamento a respeito de qual vontade deve prevalecer, se a do legislador ou da lei, é enfático em afirmar que prevalece a lei, uma vez que, ao produzida, se desprende do seu autor e ganha vida própria (ENGISCH, 1996, p. 1).

O enunciado, apesar de originalmente fixo e estático, deve possuir caráter dinâmico, uma vez que a sociedade evolui, resultando em alterações também nos próprios intérpretes.

A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado ('eternamente quieto permanece o passado'), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por

isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. (ENGISCH, 1996, p. 173).

O intérprete, portanto, muitas vezes se vê diante de um enunciado elaborado há muitos anos, devendo ser aplicado sobre um fato novo, possivelmente não previsto pelo emissor do mandamento. É o caso, por exemplo, das incongruências que as novas tecnologias geram no campo da tributação.

Quanto ao tema, Cappelletti afirma que:

É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? [...] por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu 'texto', ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 22).

Segundo Carvalho, a norma jurídica tida por completa é formada por duas proposições reunidas por meio da conexão “ou” (CARVALHO, 2015, p. 47). A primeira, que foi definida por Kelsen como norma secundária, é integrada por notas de comportamento almejado e fixado pelo ordenamento jurídico. A segunda, denominada por Kelsen de norma primária, fixa sanção para o descumprimento da conduta anterior.

Tanto a primeira proposição normativa, quanto a segunda possuem um antecedente (hipótese) e um conseqüente (tese). A hipótese pode ser definida (CARVALHO, 2015, p. 48) como conjunto de critérios para identificar o fato que, se acontecido, impõe a incidência de uma conseqüência. A conseqüência, por sua vez, pode ser definida como um conjunto de elementos para a determinação de um resultado, imputado à realização do fato. (CARVALHO, 2015, p. 48).

Nesse cenário, norma é entendida como toda proposição prescritiva hipotética que atribua determinado tipo de comportamento, com uma conseqüência (CARVALHO, 2015, p. 54). Juízos hipotéticos são formulados de maneira condicional em relação à atividade analítica, condicionando um fato a uma conseqüência,

enquanto juízos categóricos são axiológicos, ou seja, se referem a valores e os enunciados não relacionados a nenhuma condição, como nas hipóteses simplesmente afirmativas. (CARVALHO, 2015, p. 50)

Apesar de não serem capazes de dar o devido direcionamento da conduta humana, os juízos categóricos são importantes para o Direito, seja participando da hipótese normativa, seja direcionando a interpretação dos respectivos enunciados. A proposição “todos são iguais perante a lei”, constante da Constituição, é declaratória, tendo em vista que expressa situação de igualdade dos cidadãos perante a lei.

Contudo, essa afirmativa representa importante mandamento para todo o ordenamento jurídico, vedando aplicação distinta para cidadãos em situação de igualdade. O rol de garantias fundamentais, praticamente, é todo elaborado de forma categórica, sendo que seria um equívoco afirmar, por tais motivos, esses enunciados não pertencem ao ordenamento jurídico.

O Direito não é construído apenas sobre normas, nem só normas formam o Direito, que é composto por outras proposições, inclusive, categóricas, que participam da formação do ordenamento jurídico a despeito de serem categóricas.

A estrutura tangível do Direito é formada a partir de um suporte físico, em que o emissor gera o enunciado por meio de signos. O intérprete, por sua vez, compreende os signos a partir dos seus elementos sensoriais, atribuindo-lhes significados. Essas afirmativas, a despeito de possuírem carga intrasubjetiva, possuem um elemento axiomático, no sentido de que as normas não se confundem com o enunciado, nem estão nos termos das leis, mas sim dentro do intérprete.

Kelsen sustenta que cada norma do sistema encontra o seu fundamento de validade em outra norma do mesmo ordenamento, representando o denominado escalonamento normativo, ou estrutura hierárquica, em que uma norma inferior deve dar suporte para uma superior, sendo que, em caso de conflito, a segunda irá prevalecer (KELSEN, 1995, p. 2).

Em sistemas normativos como o Brasil, a Constituição possui relevância fundamental, tendo em vista que serve como ponto de referência para as demais normas do sistema, guiando a interpretação jurídica. Diante da compreensão da criação da norma a partir da interpretação das proposições, constata-se o papel da Constituição do país nesse cenário, servindo de elemento de exegese das normas,

devendo os enunciados e proposições observarem seus mandamentos lógicos e axiológicos.

A Constituição é amplamente utilizada como critério de interpretação das demais normas do sistema, que terão sua validade questionada sempre que entrarem em conflito com seus mandamentos. Trata-se de inconstitucionalidade por ação quando uma norma divergir da Constituição ou por omissão, quando houver a inércia daqueles que deveriam agir por determinação constitucional.

Carrazza afirma que, em se tratando de normas constitucionais, há também conflito intraconstitucional, quando houver antinomia em regramentos constitucionais. As normas constitucionais, assim como as demais, podem ser divididas em regras e princípios, as quais reputa especial importância, já que são diretrizes do ordenamento jurídico (CARRAZZA, 2002, p. 30).

A partir do categórico de que todos são iguais perante a lei, constata-se que é inconstitucional qualquer interpretação de enunciado que pretenda criar tratamento diferenciado, sem qualquer respaldo legal que o autorize, levando em consideração a obediência e submissão à lei.

3.5 O texto como início da interpretação.

Barroso, distinguindo a existência entre o texto escrito e a norma, ou Direito, e também evidenciando a relação existente entre eles, afirma que a norma é muito mais do que o meramente o texto, o enunciado ou o texto da lei, de modo que não pode ser reduzida a tanto (BARROSO, 1996, p. 260).

A diferenciação entre texto elaborado e a norma que dele se desenvolve também é tratada por Canotilho, quando afirma sobre a interpretação, no sentido de afirmar que interpretar a norma significa atribuir um significado a um ou vários signos escritos na Constituição, buscando obter uma conclusão de problemas práticos. (CANOTILHO, 2003, p. 31).

Buscando identificar os limites da interpretação, Müller sustenta que o ápice da atividade exegética é o da literalidade do próprio texto, uma vez que a interpretação conforme a Constituição jamais pode ultrapassar o seu próprio teor literal (MÜLLER, 2000, p. 31). A afirmação, embora seja simplória, possui alguns elementos profundos, que devem ser analisados individualmente.

É possível afirmar que a interpretação não pode ultrapassar os limites do que foi expressamente consignado pelo legislador. Em outras palavras, independentemente da hierarquia do intérprete, ele não pode inserir no texto, elemento diferente àquele que foi inicialmente proposto pelo legislador ao elaborá-lo. Esta interpretação privilegia o enaltecimento da legalidade e da separação dos poderes, buscando preservar a vontade da maioria da população aos interesses de juízes não eleitos democraticamente.

Contudo, não se pode ignorar o fato de que o Poder Legislativo está em profunda crise relacionada à ausência de confiança da população em seus representantes, o que acabou, ainda que indevidamente, transferindo a discussão política dos parlamentos para as cortes de justiça. A diminuição da efetividade da representatividade já foi manifestada por Leite:

...nem sempre os representantes eleitos pelo povo para elaborar as leis honram o mandato conferido pelos seus representados, subjugando-se aos interesses econômicos de minorias privilegiadas, e elaborando textos contrários aos lícitos anseios populares, situação em que "... o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis. (LEITE, 2005, p. 38)

A interpretação nos termos do texto da lei, denominada interpretação literal, já serviu, de fato, para justificar inúmeros atos injustificáveis, sobretudo violações a direitos fundamentais. Há aqui, problemas em relação à submissão da minoria aos interesses da maioria, quando se está diante do interesse de violar direitos e garantias fundamentais.

Não há, logo, como levar a debate a necessidade de se estabelecer apenas um suporte físico objeto de interpretação, do qual o intérprete não possa se afastar em nenhuma possibilidade, sob pena de empregar injustiças sob a perspectiva da legalidade. Contudo, essa afirmativa não pode ser entendida como autorização absoluta, diante da dificuldade de estabelecer os limites que autorizam o intérprete se afastar da interpretação literal do texto legal.

Em relação aos enunciados infraconstitucionais, o Poder Judiciário deles pode se afastar, sempre que estiverem em confronto com a própria Constituição. Hartz sustenta que é possível interpretar o enunciado de forma contrária ao texto, embora explique que essa exegese é permitida quando a sua realização é feita com o intuito de preservar a unidade constitucional:

Uma lei, em certas circunstâncias, deve ser interpretada contra a sua expressão literal, se numa razoável apreciação segundo o contexto a expressão não reproduz a vontade real do legislador. Se um juiz se apegasse formalmente à expressão literal da lei, não estaria desempenhando a sua tarefa de acordo com a Constituição.

[...]

O juiz, porém, não pode pôr-se no lugar do legislador. [...] O juiz (o Tribunal Constitucional Federal) tem de limitar-se, pois, a declarar a nulidade, a fim de dar ao legislador a oportunidade de expressar a sua vontade. Se o juiz quisesse aplicar uma lei nula, então restaria, na realidade, criando a lei, no lugar do legislador.

[...]

O campo de atuação do juiz é, pois, a interpretação do direito, não o campo da política, e muito menos a política tributária ou a política econômica. (HARTZ, 1993, p. 89).

Esse mesmo entendimento é compartilhado por Barcelos, que afirma que o enunciado é ponto de partida e limite de atuação. Neste momento não se coloca sob questionamento a existência ou não de direitos naturais inatos, abordagem filosófica que transcende o objeto da presente pesquisa (BARCELOS, 2002, p. 89).

O segundo elemento que merece destaque é que o limite da interpretação é o próprio corpo da linguagem. Contudo, apesar do texto ser expressado em meio físico, normalmente perene cuja continuidade é longa, o seu sentido pode ser volúvel, maleável conforme as alterações culturais e ideológicas, demonstrando ser dinâmico.

Enquanto é vedado ao intérprete modificar o suporte físico dos enunciados jurídicos, é autorizado esgotar suas possibilidades exegéticas, atribuindo, a cada instante, a interpretação que melhor satisfazer os direitos fundamentais e demais direitos positivados.

Portanto, haverá sutil controle da atividade legislativa pelo Poder Executivo, que é responsável por interpretar e aplicar os enunciados. Igualmente essa atribuição cabe ao Poder Judiciário, cujo exercício exegético é profundo, competindo-lhe o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos e dispositivos legais. Ao definir as palavras e a sintaxe para construir os enunciados, o legislador acaba dando maior ou menor âmbito à própria atividade interpretativa, criando aumento ou redução às possibilidades exegéticas.

O legislador, representante do povo, por dois motivos não pode ficar sujeito ao pleno controle judicial. O primeiro se justifica pelo fato de que é o Poder Legislativo, ao criar enunciados, que confere maior ou menor margem interpretativa que poderá

ser utilizada pelos outros poderes, incluindo aí o Judiciário. Se o Judiciário, ao estabelecer normas jurídicas pela interpretação de enunciados legislativos, desagradar a vontade popular, cabe ao Poder Legislativo, por meio de seus representantes, modificar o enunciado para algum que seja conveniente, impondo ao Judiciário a modificação da conclusão anterior.

Exemplifica-se esse posicionamento a partir da situação em que o Poder Judiciário, interpretando o Código Tributário Nacional em relação à ação de repetição de indébito, concluiu pelo início do prazo prescricional de cinco anos somente após a homologação, expressa ou tácita, do débito, resultando, na prática, em um prazo de aproximadamente dez anos.

Contudo, o legislador, representando a vontade popular, insatisfeito com a interpretação dada pelo Judiciário ao caso, promulgou a Lei Complementar nº 118, que modificou a redação anterior. Dessa forma, constata-se que o legislativo em momento pretérito, editou um enunciado que, interpretado em um sentido pelo Poder Judiciário, desagradou os interesses populares. Por essa razão, foi feita nova intervenção legislativa, adequando o enunciado à nova pretensão popular, impedindo a continuidade daquela interpretação.

A população também fica resguardada de eventuais arbitrariedades e modificações sem o devido rito de modificação de enunciados em razão da rigidez da Constituição, cujos enunciados são elementos delimitadores da atividade interpretativa. Dessa forma, enquanto o texto infraconstitucional pode ser interpretado até mesmo contrariamente ao seu sentido literal, essa exegese encontra óbice em relação à interpretação da Constituição. Nesses casos, a limitação de compreensão tem o fim de resguardar a unidade filosófica e lógica da Constituição, especialmente prestigiando os direitos fundamentais.

Por fim, há também que se observar a faceta menos desenvolvida da atividade interpretativa. Partindo da premissa que o exegeta tem como objeto de interpretação apenas o texto expressamente constante do suporte físico, surge o questionamento sobre qual lei adotar. A resposta apressada seria no sentido de que a lei a ser utilizada seria aquela que é objeto da interpretação naquele momento, ou seja, o suporte físico que entrega os enunciados relativos ao caso que se pretende dar solução.

Essa orientação conduz a um problema que não pode ser ignorado, consistente no fato de interpretar um enunciado buscando apenas o seu sentido dentro de uma

oração ou lei, ou até mesmo dentro de um subsistema. A interpretação sob essa premissa será naturalmente falha. O segundo elemento que merece atenção consiste no risco de, sob a pretensão de fazer justiça, ultrapassar os limites da interpretação e do próprio enunciado, se sobrepondo à função legislativa, prática condenada por Larenz:

Só o texto da lei se reveste da autoridade de ter sido ordenado pelo legislador. O que deixa de ser compatível com o texto, ou seja, com o sentido literal possível, não participa daquela autoridade. Seja qual for o sentido 'correto', tem que ser compatível com o sentido literal, se de 'interpretação' se pretende tratar. Para além deste limite o juiz não pode, por conseguinte, 'interpretar'. (LARENZ, 2009, p. 369)

Para compreender os sinais gráficos constantes do corpo da linguagem é importante que o intérprete tenha conhecimento do sistema como um todo, ou, principalmente, do sistema constitucional e dos direitos fundamentais, sob pena dessa análise ser imprestável.

Para que o exegeta possa interpretar os enunciados constantes do ordenamento, do sistema tributário, por exemplo, é necessário que ele tenha conhecimento prévio dos elementos basilares que norteiam todo o sistema jurídico do país, como isonomia, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade e limitação dos próprios poderes.

Ávila ilustra bem uma situação quando utiliza o exemplo de uma pequena fábrica de sofás que, para fazer jus à continuidade no SIMPLES Nacional, não poderia realizar quaisquer importações. Apesar da proibição, restou comprovado que a empresa, em uma oportunidade, realizou a importação de quatro pés de sofá, para um sofá. A aplicação da regra, de forma isolada, conduziria à conclusão de que a empresa deveria ser excluída do regime simplificado.

Contudo, empregando a razoabilidade e proporcionalidade, chegou-se à conclusão de que não seria o caso de excluir a Empresa do regime em razão da operação internacional, já que esta seria insignificante, não sendo suficiente para resultar na sua distinção em relação às demais empresas de pequeno porte que fabricam sofás e também não realizam importação. (ÁVILA, 2004, p. 106).

O texto, dada a sua própria essência, não é um elemento pronto, estático, o qual demanda apenas a extração do seu conceito literal, mas é dinâmico, cuja

conclusão é extraída pelo exegeta no momento da interpretação. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 69)

3.6 A metodologia da ciência do direito em Karl Larenz.

Larenz define⁴ a jurisprudência como ciência que se ocupa dela sob a perspectiva normativa. Ela compreende a si mesma enquanto um sistema de enunciados sobre o Direito em vigência. Seus enunciados não perdem a influência sobre o conteúdo sobre o que se referem, sendo que assim se distinguem dos demais ramos da ciência, que tem como premissa a independência do objeto de conhecimento em relação ao sujeito (LARENZ, 2009, p. 270).

O jurista não pode, a partir dos métodos jurídicos, estender seus questionamentos para além da validade normativa da própria Constituição. Isso representa problema inerente à filosofia do Direito. A estrita vinculação do legislador ordinário aos princípios, notadamente aqueles relativos ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais, todos estabelecidos na Constituição, dá à efetividade decisória judicial uma especial importância em relação ao legislador.

Os enunciados que tratam de validade, como aqueles que tratam de conteúdo das normas jurídicas, não são enunciados sobre fatos perceptíveis, observáveis e suscetíveis de confirmação experimental. A resposta a esses questionamentos não é produto de observação fática, mas sim de comprovação normativa, onde a situação compreendida no sentido pretendido deve ser avaliada conforme o sentido das normas competentes e que possuem pressuposto de validade.

Mesmo quando situações fáticas atraem uma situação jurídica, trata-se, necessariamente, do seu sentido jurídico. Enunciados que tratem de fatos perceptíveis podem ser verdadeiros ou até mesmo errados, enquanto enunciados sobre validade das normas podem ser corretos ou incorretos, exprimindo um grau de certeza menor.

Aqueles que adotam o entendimento de que só podem ser considerado ciência empírica as ciências cujo objeto é objeto de quantificação, necessariamente deverá excluir as ciências sociais do seu rol. As ciências sociais cuidam das atitudes humanas e não podem se abstrair dos sentidos referentes a este. As relações de sentido

⁴ Expressão utilizada pelo autor para representar Ciência do Direito

somente interessam os que a estudam na medida em que servem de motivação para a conduta social, a partir da contribuição para a articulação dos sistemas que envolvem as relações sociais. (LARENZ, 2009, p. 274).

Para Larenz, na Jurisprudência, trata-se do sentido normativo para além da compreensão das expressões linguísticas. Compreender expressões linguísticas representa acessar, de forma imediata, o sentido da expressão, sendo, portanto, o ato de interpretar. Pode ser considerado irreflexivo, porque, para aquele que compreende e ouve, o sentido do discurso não chega a ser problemático, inexistindo, nesse cenário, a possibilidade de diversas interpretações.

Interpretar é considerada uma atividade de mediação sendo que a partir dessa atividade o intérprete compreende o sentido um determinado texto. O acesso a qualquer tipo de coisa nunca é direito, ocorrendo a partir da mediação do sentido e do significado. Logo, é possível afirmar que não é possível acessar as coisas sem que haja a mediação do significado. (STRECK, 2005, p. 173).

Durante o exercício da atividade de mediação, o intérprete interroga o texto o seu próprio conhecimento do objeto retratado, examinando a situação que originou o contexto textual ou o discurso, levando em consideração também todas as circunstâncias hermenêuticas que entender necessárias e relevantes para permitir a identificação do significado pretendido. A conclusão passa a ser, portanto, uma opção, devidamente fundamentada, entre as possibilidades interpretativas existentes. (LARENZ, 2009, p. 283).

É, portanto, um erro partir da premissa que textos jurídicos só carecem da atividade interpretativa quando são obscuros, contraditórios ou não possuem a clareza suficiente. São é só apenas a lei e os contratos que demandam interpretação, mas até mesmos as decisões judiciais também dela necessitam.

Para a consecução correta e adequada da aplicação do Direito e do processo hermenêutico, não é possível que a Ciência do Direito, que os delimita e condiciona, seja vista sob o prisma restritivo a partir de um cânone estritamente positivista. (AZEVEDO, 1998, p. 93).

A interpretação de um texto jurídico não tem relação exclusiva com o sentido das palavras nele existentes, mas também com a sequência de palavras e expressões que denotam um nexos contínuo de ideias. A partir daí resulta um elemento específico

do processo de compreensão que é denominado círculo hermenêutico. (GADAMER, 2004, p. 354).

Todo intérprete que pretenda compreender um texto ou um discurso em relação ao conjunto de palavras deve ter o conhecimento prévio do sentido pretendido e o próprio sentido do texto no conjunto em que inserido para que, sempre que surjam dúvidas e aparentes imprecisões, retroceda ao significado da palavra e retifique-a em um processo interno, para que a compreensão seja possível. O intérprete deve, sempre que possível, lançar mão de circunstâncias hermeneuticamente relevantes para compreender o objeto de interpretação.

A conjectura de sentido tem, portanto, a feição de uma hipótese, que deve ser confirmada a partir de uma interpretação subsequente. Logo, o intérprete deve fazer a mediação das suas opiniões para que, diante do texto, consiga obter informações extraídas dali, confrontando-as com as opiniões prévias (LARENZ, 2009, p. 289). Esse método é de especial importância na Jurisprudência, não só para interpretar proposições normativas, mas também para aplicar a norma em situações fáticas específicas.

Conforme sustenta Larenz, "... a base comum que estabelece a ligação do texto com o intérprete e que permite a este o acesso àquilo que o texto diz é para Gadamer a linguagem e, para além dela, a cadeia de tradição em que ambos se inserem." (LARENZ, 2009, p. 290). A linguagem, logo, além de ser elemento possibilitador, se revela como constituinte e constituidora do conhecimento e do saber, ditando as possibilidades e limitações do agir e compreender. (STRECK, 2005, p. 197).

A pré-compreensão que o intérprete necessita não se refere exclusivamente ao objeto do Direito, à linguagem escrita e à tradição em que o texto jurídico está inserido, aos argumentos deduzidos e às decisões referentes ao assunto, mas também ao próprio contexto social em que inserido, e demais estruturas sociais que permeiam toda a atividade e que envolvem a norma jurídica em questão. O intérprete que não leve em consideração esses pontos fundamentais raramente obterá sucesso no exercício interpretativo que pretende.

Nesse ponto Larenz se distancia dos ensinamentos de Kelsen, tendo em vista que este último pretendia, em suas lições, criar uma espécie de assepsia do elemento jurídico, ou seja, um ambiente hermético que não seria objeto de influências do

contexto social e demais estruturas. Larenz, por sua vez, entende que essa pretensão é impossível, já que o intérprete, precisa analisar, durante seu processo de interpretação, o próprio sentido pretendido, desde que se encaixe nos demais elementos hermenêuticos.

Isso significa que o método utilizado pelo intérprete não o autoriza a escolher por pura e mera conveniência, bem como que utilize meios para que o ordenamento jurídico lhe dê respostas ajustas e plausíveis para a promoção da justiça.

Não se pode perder de vista que as normas são objeto de interpretação para serem aplicadas em casos concretos. Apenas hipoteticamente pode se tratar de uma situação em que a norma aplicável se coloca acima da situação de fato em julgamento e esta passa a ser por ele medida. Isso significaria que a norma objeto da aplicação estivesse já tão determinada em si, que o próprio conteúdo já estivesse fora de questão. Via de regra, as situações fáticas são demasiadamente complexas. Por essa razão as normas devem, naturalmente, buscar a simplificação, pois pretende abarcar uma série de hipóteses e situações diferentes, alcançando, todas, em apenas alguns aspectos ou elementos.

Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descritos na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não se quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como igual e assim resolver injustamente. (LARENZ, 2009, p. 294)

Assim sendo, surge o questionamento a respeito da norma permitir ou não uma restrição ou diferenciação que possibilite uma solução mais adequada e justa ao caso, convocando, se for preciso, outra norma que, à primeira vista, não pareça aplicável, diante da existência de uma lacuna no próprio edifício jurídico.

Nesse cenário, as normas e os próprios diplomas normativos podem receber, continuamente, novos estratos. No início, tem-se o texto legal puro e simples, sendo que, ao final, junto a ele, existe uma teia interpretativa, que pode resultar em restrições, ampliações e complementações, que regulam a sua aplicação no caso específico, podendo, até mesmo, modificar o conteúdo.

Tanto para Gadamer, quanto para Larenz, a aplicação é um momento específico do processo de interpretar, sendo um elemento integrante do complexo do processo hermenêutico. Como apontado anteriormente, o intérprete, no caso da

aplicação de uma legislação muito antiga e elaborada em outro contexto social, deverá analisar se o seu enunciado ainda subsiste ou se alguma alteração, seja ela normativa ou social, requer a modificação da interpretação.

O principal problema enfrentado pelo intérprete não é a distância temporal, entre a promulgação da norma e a sua aplicação, mas a distância entre a sua generalidade e a especificidade do caso concreto, o que o torna singular. Gadamer sustenta que a distância existente entre a generalidade da lei e o fato concreto é insuperável (STRECK, 2005, p. 214). O autor faz críticas ao cientificismo e ao metodologismo moderno, pretendendo reivindicar almejar o encontro da verdade para além dos limites da metodologia científica positivista, começando pela denominada verdade da experiência, como ato de interpretação (CAMARGO, 2003, p. 19).

Gadamer, contudo, não observa a própria função de regulação da norma. Deve ser observado que a concretização de um critério condutor fixa uma medida para a conclusão de casos que guardam semelhança, diante de pontos de vista valorativos.

Durante a atividade interpretativa das leis, deve ser observado que não se trata de um tipo qualquer de enunciado, mas sim de um preceito que deve ser observado, uma bitola de julgamento, de normas originalmente fixadas por um indivíduo que possui competência, que é guiado por elemento como a busca pela justiça a partir da regulação do agir dos demais. Compreender uma norma jurídica, portanto, significa revelar a própria dela constante e o seu alcance.

Dessa forma, configura um erro partir da premissa que a aplicação das normas se esgota no procedimento objetivo e lógico de subsunção da norma ao fato. Nesse sentido, Larenz afirma que a jurisprudência alcança tanto o domínio prático, relativo à aplicação do Direito, quanto o domínio teórico, relativo ao campo da dogmática (LARENZ, 2009, p. 299).

Para Larenz, é fundamental distinguir conceito e tipo. Só é possível concluir pela existência de um conceito em sentido estrito, quando a sua definição clara for possível, a partir da indicação robusta de todas as notas que o distinguem e caracterizam. Diversas vezes se encontra uma definição legal que um elemento que não autoriza a subsunção de forma clara. É insuficiente a consideração que tem por base notas distintivas particulares, requerendo também um Juízo que considere diversos outros pontos de vista. Neste caso, o juízo que se almeja não é de valor, mas um mediatizado por específicas vivências sociais (LARENZ, 2009, p. 302).

Em algumas oportunidades, trata-se de um tipo que é objeto de descrição e esclarecimento tornando-o, assim, aplicável. O tipo descreve-se e não se define. Não é possível subsumir à descrição do tipo; mas é possível, com seu auxílio, constatar se um fenômeno pode ou não se integrar naquele tipo.

A pretendida definição do conceito, por sua vez, é uma descrição de tipos considerada exemplar (LARENZ, 2009, p. 307).

Se o legislador dá conformação a um conceito para caracterizar a situação de fato, é necessário fixar essa situação da forma mais precisa possível, de uma forma que a sua ocorrência no caso em análise possa ser constatada por meio da subsunção, sem se valer de elementos valorativos. Mas as notas que caracterizarão o conceito serão definidas por ele de uma forma que, ao aplicá-lo, o assunto relativo às notas será suscetível de estar no lugar da própria da valoração. Aplicar a subsunção do conceito é, portanto, em um plano ideal, um procedimento que está isento de qualquer força valorativa (LARENZ, 2009, p. 308).

O pensamento tipológico, portanto, guarda relação com a perspectiva valorativa, especialmente ao discriminar os grupos de casos, pois os traços responsáveis pela sua distinção são orientados a esse valor como elemento que constitui a unidade do todo, sendo que só assim tem significado. Diferentemente da subsunção a um conceito, a coordenação do tipo constituiu um processo intelectual orientado por valores.

Tipo e conceito, nesse cenário, não constituem contraposições fixas, sendo admitida pontos de comunicação entre eles. A necessidade de um pensamento que se orienta por valores surge a partir da intensidade máxima quando a lei busca uma pauta valorativa que necessita de preenchimento, como forma de buscar uma delimitação da hipótese legal ou consequência jurídica. Essas pautas podem ser, por exemplo, a boa-fé, justiça, duração razoável do processo, entre outros. Dada a sua própria natureza, não são completamente destituídas de sentido, mas possuem uma noção jurídica específica que é subtraída a toda definição conceitual, mas que pode ser objeto de clarificação a partir de exemplos comumente admitidos.

Essas pautas são preenchidas a partir do exercício da comunidade jurídica como um todo, não somente a partir da tradição, mas a partir de elementos que permitem a sua constante modificação e reconstituição.

Adquire importância, na dogmática atual, a crescente descrição dos tipos, ao invés da formação de conceitos passíveis de subsunção. Acrescente a isso o peso de perspectivas teleológicas para a interpretação de conteúdos para regular leis. Parte dos conceitos estudados pelo intérprete é de natureza, estritamente, técnico-jurídica. São conceitos construídos a partir de uma perspectiva lógico-formal e são classificatórios, proporcionando clareza e maior facilidade na aplicação do Direito, tornando possível a subsunção. A partir das regras lógico-formais, é possível obter uma relação de infra ou supraordenação, exclusão mútua ou relação de semelhança, mas pouco trazendo para o enriquecimento do conhecimento, que é objeto da ciência (LARENZ, 2009, p. 136).

Nesse cenário, os princípios jurídicos não são outra coisa senão pautas de valoração ou pautas preferenciais valorativas em relação à noção de Direito que, entretanto, não chegaram a se transformar em regras jurídicas de aplicação imediata, mas que autorizam extrair delas fundamentos justificativos (LARENZ, 2009, p. 136).

Em relação à classificação da dogmática como doutrina autônoma, em um sistema próprio, e ao seu pretense anseio a uma autoridade autossuficiente, deve ser destacado que esta se encaixa apenas na Jurisprudência dos conceitos ao sistema abstrato-conceitual. As noções jurídicas que lhe são subjacentes foram objeto de positivação e consolidação que permitem ao exercício da atividade jurisprudencial como máxima segura de decisão. Contudo, é problemático se a dogmática é ainda considerada em relação a uma jurisprudência teórica que se encontra aberta a questões novas, e que pretende se compreender em si mesma, não como um exercício lógico de premissas rígidas, mas a partir de um pensamento orientado por valores (LARENZ, 2009, p. 316).

Porém, o termo dogmática também pode representar uma atividade consistente na involução de conceitos determinados a partir do conteúdo, na satisfação adicional de princípios e na nova condução de normas a esses princípios e conceitos fundamentais.

Deveria ser pacífico que a jurisprudência pretende cumprir, principalmente, uma tarefa prática, já que se destina, a partir de um cenário adequado dos materiais que lhe são fornecidos nas leis e nas decisões dos tribunais, alcançar um critério preciso para solucionar questões jurídicas em casos concretos postos, a partir de suas valorações fundamentais (LARENZ, 2009, p. 319). A relação existente entre a

jurisprudência teórica e a dogmática jurídica, de um lado, e a dos tribunais, denominada prática, de outro, é recíproca e mútua; a dogmática coloca à disposição da prática critérios para solucionar as questões. A jurisprudência dos tribunais, por outro lado, fornece à dogmática elementos a partir dos quais ela poderá obter novos critérios.

Uma das atribuições mais importantes da jurisprudência teórica consiste no descobrimento de problemas jurídicos sem resposta até o presente momento no Direito vigente. Os novos problemas jurídicos são resultados dos novos fatos sociais que demandam regulamentação a partir de um ponto de vista de justiça, da prevenção de perigos e da proteção da parte mais frágil. É a necessidade de ampliar as variações de hipóteses fáticas que torna necessário examinar, de forma contínua, as interpretações anteriores da norma, corrigindo-a e desenvolvendo-a, como necessário.

Que a jurisprudência pode proporcionar contribuição cognoscitiva é discussão colocada em pauta, por um lado, por aqueles que só entende quem essa contribuição é possível das ciências científicas e, por outro, pelos juristas que entendem que a finalidade da jurisprudência consiste exclusivamente na sua utilidade prática. Esse entendimento se justifica a partir da crença que só é possível obter conhecimento sob a perspectiva dos pensamentos neutros e pelos métodos de quantificação. Desde Max Weber, aparentemente, parte da doutrina entende que sobre os valores não é possível qualquer conhecimento científico.

A questão deve ser delimitada, sendo o objeto da análise identificar se, em um quadro de um sistema de pautas valorativas, é possível produzir afirmações a respeito do seu conteúdo, significado e alcance, que busquem os elementos corretos desse sistema. Larenz responde afirmativamente a esse questionamento (LARENZ, 2009, p. 334).

De fato, não é fácil obter a neutralização axiológica, devendo até mesmo questionar se isso é desejável, por não satisfazer um dos fundamentais compromissos ao promover a ciência, especialmente a ciência do Direito: o compromisso com o Estado de Direito e cumprimento das regras prevista em lei.

Diante da pluralidade natural, é impossível de se gerar afirmativas sobre valores que convençam todos os envolvidos, mas é possível tornar minimamente praticáveis pautas específicas valorativas que são gerais a todos. A impossibilidade de alcançar um grau de exatidão matemático na ciência do Direito não é fundamento

para lhe recusar qualquer valor cognoscitivo. Nesse cenário, constitui um erro dos positivistas puros considerar as regulações legais como postas, na sua pura positividade, mas não como respostas possíveis a determinados problemas jurídicos, sob a perspectiva de uma ordenação justa e segura dessas relações jurídicas.

Isso não significa que a jurisprudência é apenas uma ciência de problemas jurídicos, sendo que, na independência disso, pudesse ser objeto de ciência específica. Trata-se, na realidade, dentro da ciência do Direito, de um processo de obtenção de respostas que foram dadas sob outra situação legislativa. Exatamente por isso o Direito comparado pretende obter conhecimento a respeito de ordenamentos alheios, mas também auferir conhecimento sobre eventuais soluções de problemas jurídicos a partir de outras perspectivas.

A metodologia de qualquer ciência é, antes de tudo, a reflexão dessa mesma ciência a respeito do seu próprio agir, sobre os meios de reflexão e conhecimento que utiliza. A reflexão ocorre em conjunto com a sua própria aplicação, estando em estrita conexão com a própria ciência em causa. Naturalmente, isso também se aplica para a metodologia da jurisprudência (LARENZ, 2009, p. 339).

A metodologia tem a finalidade de descrever não apenas como deve se proceder, mas também coloca em voga questões valorativas, a respeito do êxito possível de métodos específicos. A abrangência cognoscitiva da jurisprudência é, nesse cenário, a exposição do próprio Direito vigente no presente local, e não de um conteúdo de regulação apenas dado; é a pretensão de buscar respostas alinhadas para problemas jurídicos enquanto existentes. A pretensão do trabalho é, assim sendo, a identificação de uma unidade interna, de uma conexão de sentidos contínua, e a sua concretização tendo em vistas os diversos casos.

Apenas a filosofia do Direito poderá apresentar respostas satisfatórias para uma ciência que pretenda colocar sob perspectiva suas peculiaridades e sua metodologia. Mas, se específicos métodos são ou não adequados para permitir a abordagem cognoscitiva da jurisprudência, se existem meios específicos orientados a partir de valores, esses elementos pertencem ao campo da hermenêutica, entendida como a doutrina que trata dos modos específicos do compreender em um sentido estrito.

A doutrina da jurisprudência, portanto, acaba tornando clara que a aplicação do direito é indissociável da interpretação e do seu próprio desenvolvimento do Direito,

de modo que a sua aplicação apenas em raras situações se resume à subsunção lógica. É imprescindível para a jurisprudência o pensamento orientado por valores, de modo que estes não podem equiparar-se a valores pessoais. A metodologia jurídica não pode ser entendida nem como lógica jurídica formal, como também não pode ser compreendida como técnica de solução de casos.

A interpretação é, nesse ínterim, uma atividade que não pode realizar-se somente nos termos das regras estabelecidas, demanda também da própria fantasia criadora do intérprete (LARENZ, 2009, p. 344).

A metodologia também deve proceder a uma reflexão própria. Uma das principais exigências do nosso ordenamento jurídico é a vinculação da jurisprudência dos tribunais ao texto da lei e ao Direito. Surge o questionamento sobre como deve comportar-se a metodologia quando o ordenamento não se limita a indicar ao juiz que proceda de acordo com suas regras, mas também ele próprio ofereça um posicionamento sobre questões relacionadas à interpretação e integração de lacunas?

As regras relacionadas à metodologia, interpretação e concretização das normas tem de cumprir, naturalmente, as suas condições hermenêuticas. Por outro lado, devem, assim como as normas relacionadas à interpretação, estar sujeitas a uma criação e desenvolvimento do Direito, conforme seu sentido e substância (LARENZ, 2009, p. 346).

As proposições jurídicas são tidas por regras de decisão ou de conduta expressas em forma de linguagem. Naturalmente, para cumprirem essa função, devem ser aplicadas (LARENZ, 2009, p. 353). O problema do silogismo consiste, principalmente, na correta fixação das premissas, sobretudo da premissa menor.

Em relação à premissa maior, não é possível admitir que seja retirada tão somente do texto legal. Isso porque toda lei demanda interpretação e nem toda proposição jurídica está sujeita tão somente à interpretação literal daquela lei (LARENZ, 2009, p. 353).

No silogismo que deve ser utilizado no Direito, devem ser considerados fatos sob a previsão constante da lei. Na realidade, não são fatos que estão sob subsunção, mas sim enunciados sobre uma situação fática ocorrida.

Como o processo silogístico de derivação e definição não pode ser prosseguido indefinidamente, é necessário que certos juízos basilares que fixam percepções,

sejam elas próprias ou alheias. Apenas sob essa perspectiva já demonstra ser problemático definir a formação da premissa menor apenas sob o caráter da subsunção, pois estar-se-ia criando obstáculo ao ato de julgar.

Coordenar um fenômeno da vida real a um campo de sentido de uma pauta que carece de preenchimento não pode ser considerado subsunção, mas sim coordenação valorativa. Por essa razão, ao invés de processo de subsunção, seria ideal sustentar a coordenação da situação fática à previsão de uma norma jurídica.

Igualmente é insuficiente a conclusão do silogismo de determinação para determinar a consequência jurídica no caso específico. O quadro silogístico cria simplificação inapropriada. Para obter uma determinação clara, definitiva e precisa, da situação posta, é necessário promover questionamentos anteriores pormenorizados, que não estão abrangidos pelo caráter simplificador do silogismo (LARENZ, 2009, p. 388).

3.7 A finalidade da interpretação na aplicação da lei.

Entende-se que a interpretação da lei tem uma dupla faceta, em que a situação fática, denominada situação de fato em bruto, é analisada a partir das proposições jurídicas que possam ser aplicadas de forma potencial. Busca-se, a partir disso, o próprio conteúdo da norma a ser aplicada, amoldando-se à situação fática. A norma extraída do texto torna-se, nesse cenário, problemática, durante o processo de aplicação dos seus contornos à situação fática (LARENZ, 2009, p. 388).

Por não utilizar de uma lógica axiomática e da linguagem das ciências exatas, onde os conceitos são rigorosamente definidos e fixados, mas sim de uma linguagem onde os termos são flexíveis, o significado preciso de um texto legislativo é constantemente problemático. Isso decorre da possibilidade de oscilação dos significados dentro de uma margem que pode se diferenciar segundo as próprias circunstâncias, como a relação objetiva, a colocação das palavras, o contexto do discurso entre outros.

Diversos conceitos jurídicos não estão precisamente definidos na lei ou, se estão, padecem de equívocos ou incompletudes. Em diversas oportunidades uma expressão é utilizada em leis diferentes, ou até mesmo na mesma lei, cada uma com um sentido diferente.

O intérprete precisa realizar um exercício interno de questionamento sobre qual conteúdo e qual a delimitação o legislador pretendeu alcançar de forma geral, mas principalmente, em particular ao dispositivo normativo aplicável ao caso concreto.

Outra situação que demanda a atuação do intérprete consiste na hipótese em que duas proposições jurídicas prescrevem, para a mesma situação fática, soluções jurídicas que se excluem reciprocamente. Ainda que ambas não se excluam, a atividade do intérprete será fundamental para definir qual deverá ser aplicada no caso concreto. Uma das finalidades da interpretação consiste exatamente em repelis a eventual contradição existente no sistema normativo, promovendo respostas adequadas não só ao conflito positivo de normas, mas também na sua aparente ou clara ausência.

O objeto da interpretação passa a ser, portanto, o texto constante do suporte físico escolhido pelo seu emissor, com a finalidade de extrair o sentido nele vertido. A interpretação é, nesse cenário, difusão, desentranhamento e clarificação do sentido constante do texto, mas, de certa forma, ainda escondido.

Logo, o intérprete não poderá se portar de forma eminentemente passiva. O texto nada diz àqueles que não possuam uma compreensão prévia mínima do que se trata. Logo, somente responde corretamente àqueles que corretamente o interrogam. A pergunta deve ser feita previamente por aquele que pretende aplicar a lei em uma situação de fato consolidada (LARENZ, 2009, p. 441).

Nesse ponto reside a fundamental participação do intérprete no processo normativo. A formulação da pergunta delimita a própria resposta a ser obtida, sendo que a cada nova interpretação por parte do tribunal surge uma modificação da sua aplicação efetiva, na prática.

A despeito de toda interpretação pretender ser correta, obtendo uma resposta sem equívocos, não é possível chegar a uma atividade interpretativa completamente isenta de erros, no sentido de que seja definitiva e válida para todos os períodos subsequentes. Como apontado anteriormente, a interpretação nunca é definitiva, dada a natural mutação dos elementos culturais, sociais e até mesmo normativos; tampouco possui validade definitiva, já que a interpretação tem ressonância de sentido atrelado ao ordenamento jurídico como um todo e às pautas valorativas relativas a ele.

Bezerra sustenta que a Jurisprudência pode ser entendida como coleção de experiências jurídicas em constante renovação, nas quais se toma ao vivo a reação dos fatos sobre a lei (BEZERRA, 2008, p. 46).

Os jurisdicionados, ou aqueles sujeitos aos efeitos da atividade do intérprete, confiam que a questão será resolvida nos termos das pautas até então vigentes, de modo que o intérprete não pode se abster de realizar a atividade interpretativa nesses termos, caso tenha encontrado a solução em leis mais recentes e assentadas em consenso amplo.

A atividade interpretativa não é um processo de reflexão linear, avançando sempre em uma mesma direção, mas um processo de obtenção de sentido recíproco, sendo que a confirmação e rejeição de cada conjectura dele decorre. Mas, quando conduzida de forma metodologicamente correta, pode obter enunciados corretos ou, em outras palavras, adequados. Logo, a interpretação somente será considerada atividade científica caso haja o desapego à ideia limitadora do conceito estrito científicista de ciência (LARENZ, 2009, p. 443).

Como instrumentalização da vontade do seu emissor, destinada a promover a regulação jurídica de atos humanos, confluem na lei tanto as ideias subjetivas quanto os imperativos jurídicos objetivos, os quais o legislador não precisa ter ciência ou possuí-los em sua plenitude.

Todo emissor tem que ter, enquanto marco zero, ideias jurídicas e as possibilidades de expressão existentes em sua época. Com o decurso do tempo, algumas questões passam a ter menor importância, dando espaço para outras. Quem realiza a atividade interpretativa, via de regra, busca respostas alinhadas com questões do seu próprio tempo. Assim, a lei, até certo ponto, participa do processo de transcender no tempo, sem estar presa, necessariamente, à sua origem.

A interpretação, nesse caso, não deve ignorar a intenção reguladora do emissor no contexto histórico, a não ser que estas estejam em flagrante violação com o contexto Constitucional atualmente vigente ou com princípios jurídicos reconhecidos.

Logo, o alcance da interpretação está limitado ao sentido normativo que é atualmente determinante, ou seja, o sentido normativo da lei no seu plano atualmente vigente, mas considerando as intenções reguladoras do legislador histórico. Nesse sentido, a comum expressão “vontade da lei” gera uma personificação indevida desta, que acaba por encobrir a relação contraposta que a cada momento pode surgir em

relação à sua intenção originária e a sua reformulação de conteúdo e sentido natural do processo interpretativo.

Um dos fatores que justificam a revisão e modificação da interpretação anterior é a alteração do quadro normativo (LARENZ, 2009, p. 495). Mas nem toda alteração de relações resulta, por si só, em modificação do conteúdo normativo. A princípio, existe uma relação de tensão que só demanda uma solução por modificação de interpretação ou desenvolvimento judicial do Direito quando se constata a insuficiência evidente do entendimento adotado anteriormente.

A nova interpretação, para continuar sendo considerada interpretação, deve observar ainda os contornos do sentido literal e também respeitar o contexto da lei, não havendo autorização para se sobrepor ao escopo da lei. Diverso é se o escopo originário passou a ser inatingível ou se desvaneceu. Logo, é fundamental questionar-se se a lei ainda cumpre o seu fim racional nos quadros do ordenamento jurídico atual e atende às relações atuais. Se a resposta for negativa, a lei é, naturalmente, inaplicável.

Mas também existe a situação em que o fim originário da lei, para que seja atendido, reclame, em razão das alterações das relações, outra interpretação, seja mais ampla, mais restrita, ou apenas diferente.

Em consonância com a modificação da situação normativa, existem situações como alterações na estrutura do ordenamento jurídico global, que é, claramente, uma tendência da legislação mais recente, uma nova orientação da *ratio* ou dos critérios teleológicos-objetivos, como também a necessidade de atenção do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que acabam resultando na modificação da interpretação.

Ainda que por um período de tempo, é sustentável a existência da manutenção de uma interpretação constante e definida para a passagem para uma interpretação distinta, adequada aos novos tempos. Também é possível que uma interpretação que antes era conforme a Constituição deixe de ser em relação às modificações nas relações determinantes.

Cite-se, por exemplo, a escravidão nos Estados Unidos. Durante dezenas de anos entendeu-se que a escravidão de negros não violava a décima quarta emenda constitucional. Ocorre que, modificando esse entendimento, com base no mesmo dispositivo constitucional, que não sofreu qualquer alteração textual, entendeu-se que

a escravidão passaria a violar a décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Logo, durante o exercício da atividade interpretativa, o intérprete deve buscar, no quadro das possibilidades, aquelas que estejam mais adequadas aos critérios de interpretação, sendo que um desses elementos é estar de acordo com a Constituição.

Da mesma forma, as decisões judiciais representam a enunciação linguística da ideia ali consignada. Carecem de interpretação, em maior medida, do que as próprias leis. Não demanda grandes esforços constatar que no cenário atual a interpretação de decisões judiciais tem sido manifestamente descuidada na teoria, o que encontra menor ressonância na interpretação das leis e preceitos jurídicos.

Na interpretação das decisões judiciais, trata-se de reconstruir todo o processo decisório do seu emissor, restabelecendo raciocínio adotado, clarificando as ideias ali expressas, delimitando-as, separando os fundamentos imprescindíveis daqueles que constituem argumentos marginais para a solução do caso.

Para buscar o posicionamento jurídico do tribunal, o intérprete da decisão não possui outro elemento ou fonte que não seja a própria decisão reduzida a termo. Nesse caso, são fundamentais o sentido literal e o contexto significativo.

Diversas vezes o tribunal tende a se manifestar, durante a relação do julgamento, sobre questões jurídicas que ultrapassam os elementos suficientes para a resolução do caso, de modo que o próprio tribunal tem consciência desse fato. Nessas hipóteses, a função do intérprete é exatamente reduzir e reconduzir a reformulação, indevidamente ampla, ao âmbito de aplicação correto, que é mais restrito.

Os tribunais procedem dessa forma exatamente para evitar que uma resolução anterior, baseada em argumentos marginais e impertinentes, não represente um precedente para a decisão que deve ser analisada futuramente.

Essas teses são destilações dos fundamentos da resolução, referentes ao caso e que demandam, em grande medida, a atividade interpretativa. Com a sua formulação ao formato de proposições jurídicas, cria-se a falsa aparência de que, desconectadas da situação de fato cuja solução foi apresentada, sujeitam-se ao caráter de uma regra geral estabelecida e que pode ser aplicada uniformemente.

Ignora-se que o intérprete, no caso, o Juiz, não possui, naquele momento, a capacidade de examinar todo o contexto e possibilidades futuras de aplicação da sua

tese em detrimento daquela proposta pelo legislador. As resoluções judiciais e suas respectivas fundamentações não somente são objeto de interpretação, como também de crítica científica, que inúmeras vezes se baseia em noções jurídicas não expressadas (LARENZ, 2009, p. 495).

Lado outro, embora a atividade interpretativa da lei constitua atribuição da Jurisprudência destinada à prática jurídica, esta nunca se limitou a esse desiderato. Historicamente reconhece-se que a lei contém, invariavelmente, lacunas, de modo que os tribunais podem, dentro de certos limites, colmatá-las. Compreende-se também que o tal Direito “superador da lei” só pode ser considerado nos termos dos princípios diretivos do ordenamento jurídico; mas em diversas oportunidades terá sua motivação precisa na aspiração de fazer valer princípios de maior escala em relação à regra prevista na lei (LARENZ, 2009, p. 519).

Sob o prisma hermenêutico, sempre gera discussões a legitimidade do intérprete de ir além da própria lei, configurando-se, neste caso, nova hipótese normativa, quando o sistema normativo não preveja essa possibilidade ou, se a prevê, o faz de modo insatisfatório.

A interpretação da lei e a atividade desenvolvida do Direito não devem ser vistas de forma apartadas e desconectadas, mas sim como diferentes graus do mesmo processo intelectual. A mera interpretação da lei, independentemente de ser inovadora ou se afastando de uma interpretação anterior, representa o desenvolvimento do Direito imanente à lei.

O desenvolvimento do Direito que pretenda ir além desse limite, mas dentro do quadro diretivo e princípios do próprio ordenamento jurídico, no seu conjunto, é definido como desenvolvimento do Direito superador da lei. O Juiz, que é obrigado a analisar o caso e promover a resolução, está obrigado a interpretar a lei e, caso nela existam lacunas, integrá-las por meio dos processos hermenêuticos admitidos, ao passo que somente é autorizado o desenvolvimento do direito que supere a lei quando existirem razões de grande relevância (LUHMANN, 1990, p. 101).

Momentos históricos que tendem a identificar o Direito com a própria lei e esta com a pretensão do legislador, assim como uma concepção que tende a instrumentalizar o ordenamento de forma a garantir maior segurança jurídica e calculabilidade das resoluções jurídicas tende a reduzir o alcance da faculdade do juiz

na interpretação da lei e a negar o denominado desenvolvimento aberto do Direito (LARENZ, 2009, p. 521).

Antigamente, mais precisamente no Século XIX, reconheceu-se a vedação à recusa de justiça, atribuindo aos tribunais a tarefa de preenchimento de lacunas, promovendo questionamento exagerado por parte de alguns que pressupunham, de forma conceitual, a possibilidade de um sistema isento de lacunas.

Contra esse cenário surgiram a Doutrina do Direito Livre e Jurisprudência dos interesses, que se debruçaram sobre a relevante importância destinada ao conceito de lacuna, permitindo ao intérprete (juiz) a possibilidade de desenvolver o Direito, dentro dos limites do próprio ordenamento. Se, por uma perspectiva, as condições (separação dos poderes judiciário, executivo e legislativo) pressupunham uma concepção de Direito a partir da norma existente e analisada pelo intérprete como ponto de partida obrigatório, por outro lado, a constante mudança social, não necessariamente acompanhada pela atividade legislativa, demandava o rompimento desse posicionamento passivo e acrítico do Direito posto (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 299).

Não existem grandes debates sobre a possibilidade de desenvolver o Direito por parte dos tribunais, quando a lei ou o conjunto normativo, assim como a jurisprudência existente, contenha lacuna. Na maior parte dos casos em que se fala sobre lacuna da lei, não se está diante da inexistência de uma regra específica e particular, mas da ausência de determinada regulação em conjunto.

Essas lacunas Larenz classifica como lacunas de regulação. Nesse caso, não se trata de uma lei que não permita uma resposta, mas sim de uma resposta que seria exatamente no sentido de que a questão não está regulada e que, portanto, a situação de fato ficaria sem solução jurídica. Essa resposta, dada a sua própria natureza, significaria a denegação da justiça, se for tratada como questão afeta à regulação jurídica tratada na lei sem que seja atribuído espaço livre de desenvolvimento do Direito (LARENZ, 2009, p. 523).

Tanto as lacunas normativas como as lacunas de regulação representam lacunas dentro da conexão reguladora da lei. A existência ou não da lacuna deve ser aferida sob o ponto de vista da própria lei, da pretensão reguladora que lhe dá sustentação e dos fins perseguidos pela lei. Nesse contexto é fundamentação que o intérprete se valha da interpretação histórica e teleológica.

A fronteira entre a lacuna legal e a sua falha, sob o prisma do âmbito legislativo, somente pode ser feita a partir do questionamento se a lei é incompleta quando comparada com a sua própria intenção reguladora ou se a opção nela adotada não resiste à crítica de política legislativa. Tem-se, portanto, um elemento valorativo diferente para cada caso.

No primeiro caso, pauta-se pela intenção reguladora e teleologia referente à própria lei; sendo que no outro, serão pautas de política legislativa dirigida à própria lei. Se a lei é defeituosa e não incompleta, então não há que se falar em integração de lacunas, mas sim na possibilidade até mesmo de um direito superador da lei (LARENZ, 2009, p. 531).

Não se pode olvidar também o que Canaris denomina de lacuna de princípios ou de valores. Ademais, os casos em que há evolução da técnica, das relações sociais e econômicas, pode surgir a necessidade de regulação de um setor que, anteriormente, prescindia dessa atividade regulatória (CANARIS, 1996, p. 87).

O primeiro a integrar essas lacunas deve ser o legislador. Somente ele possui competência para promover normas cujo cumprimento será exigido de todos. A divisão dos poderes, fixadas no Estado de Direito, demanda que o Poder Judiciário observe e respeite a competência de criação de normas por parte do legislador, não excluindo, diante da omissão do legislador, a sua atuação em caso de lacunas normativas, como forma de promover a justiça e garantir a segurança jurídica necessária ao ordenamento.

Dessa possibilidade não pode resultar a conclusão de que estar-se-á conferindo ao intérprete (juiz) uma faculdade genérica ou até mesmo obrigação de que a jurisprudência pretenda colmatar lacunas de Direito que, na realidade, não são lacunas da lei.

Existem objeções à noção de lacuna de Direito que demandam observações específicas. Isso porque somente se pode falar em elaboração de plano em relação à lei, não em relação à ordem jurídica em sua conjuntura, dada a sua demasiada ramificação e constante evolução, que permite a solução dessas situações em um plano unitário.

Para todas as regras de um ordenamento jurídico exige-se a inexistência de contradição lógica, de convergência de valores e de compatibilidade material, mas a separação temporal da regulação de diversos setores nem sempre permite a vedação

à contradição de valoração. A coerência interna das normas jurídicas é tarefa que constantemente desafia a participação dos legisladores, da jurisprudência e da ciência do Direito. Pode-se afirmar que o sistema interno do ordenamento não é um sistema fechado, mas sim aberto, em constante evolução e nunca concluído.

Ao juiz deve ser atribuída a responsabilidade de exigir a busca a uma resolução juridicamente fundamentada, nos próprios limites do possível. Não raras vezes, o processo valorativo da lei, dos princípios referentes à ordem jurídica e à natureza das coisas possibilitam-lhe a promover uma resposta fundamentada para uma questão em aberto na lei (LARENZ, 2009, P. 571).

Mas também será possível sair desse impasse a partir da analogia ou por meio de princípios e regras gerais, que são procedimentos próprios de um Estado de Direito.

Aos tribunais é atribuída a função de resolver casos concretos. Um posicionamento jurídico emitido por um tribunal, quer seja atividade interpretativa, quer seja o próprio desenvolvimento do direito imanente ou superador da lei, tem a finalidade principal de resolver aquele caso concreto.

Mas a pretensão do tribunal, naturalmente, é que a sua solução esteja de acordo com o Direito vigente. Logo, sustenta que a interpretação realizada é adequada, é foi necessário integrar lacunas no caso concreto ou até mesmo que foi necessário desenvolver o direito de forma superadora da lei.

Nesse caso, dada a orientação do próprio sistema normativo, no futuro, todo caso que possua contornos semelhantes deverão, por coesão, ser resolvido a partir das máximas ali adotadas. De modo indireto, toda decisão tem potencial pode atuar além dos contornos do caso concreto, atingindo outros de igual situação. Servirá como precedente não só a resolução do caso concreto em si, mas a fundamentação utilizada pelo tribunal a uma questão jurídica que possui contornos fáticos ou jurídicos semelhantes ao que agora pretende se resolver.

Esses precedentes acabam desempenhando, na prática, um importante papel no desenvolvimento do Direito. Se as resoluções foram propostas por Tribunais Superiores, os tribunais de nível inferior buscarão orientar as suas proposições a partir das respostas dadas a esses casos.

3.8 A interpretação e a redução teleológica proposta por Larenz.

Conforme apontado anteriormente, as normas jurídicas constituem um imperativo geral e abstrato, inserido em um sistema normativo carregado de força vinculativa, que resulta da sua própria pretensão de validade (BAPTISTA MACHADO, 1993, p. 217).

As normas, dada a sua própria característica, funcionam de forma conjunta, considerando o sistema como um todo. Considerando a necessidade de interação de cada norma com a totalidade do sistema, já que esta não funciona isoladamente, a interpretação da lei ultrapassa a mera leitura ou declaração do conteúdo gramatical do texto ou a obtenção da pretensão do legislador.

A partir de uma concepção difusa de obtenção da justiça, as valorações constantes da norma, que devem sempre buscar a coerência, apresentam-se como enunciados que demandam a atividade interpretativa do seu destinatário. Retira-se dele não só o sentido, mas também o alcance daquela norma. Estabelece-se, nesta relação, qual é a intensidade mais adequada, a melhor integração e interpretação para aquele enunciado, considerando os contornos do próprio ordenamento. Sentido e alcance normativo que voltados para a resolução do caso concreto que demanda uma resposta jurídica.

Nesse cenário, aplicar o direito é, de modo essencial, interpretá-lo (BAPTISTA MACHADO, 1993, p. 218).

Quando o legislador, naturalmente adstrito às proposições genéricas e sem vinculação ao caso concreto, gera uma prescrição, em que prevê casos que não teria incluído caso tivesse a capacidade de prever as consequências indesejadas dessa proposição, cabe ao intérprete a função de restringir o âmbito da lei para evitar prejuízos aos jurisdicionados.

Portanto, quando a aplicação da lei em determinado caso, que não é aquele que precisamente ditou a emissão da regra, viola a noção de justiça e o ordenamento como um todo, cabe ao intérprete restringir o seu alcance, por meio da interpretação. A mesma coisa acontece quando surgem novas situações específicas, que decorrem da evolução tecnológica, cultural ou social, que demandam a mesma restrição de alcance da lei, dada a sua indevida e excessiva abrangência.

A função dos Tribunais nessas hipóteses, enquanto órgãos que devem interpretar a lei, mas a ela estão sujeitos, superar a atribuição de simples vinculação de proposições a casos específicos, promovendo o desenvolvimento do Direito que lhe é outorgado. Nesses casos, é importante a validade jurídico-normativa da decisão a ser proferida, afastando eventuais juízos discricionários em razão dessa atividade (BAPTISTA MACHADO, 1993, p. 218).

Interpretar é, naturalmente, diferente de legislar, de modo que os limites de ambos são bem definidos.

Essa atuação, de caráter eminentemente excepcional, tem que ser realizada a partir de uma perspectiva sistemática, de modo que seja ampla e suficientemente fundamentada e decorrente da ausência, não pretendida e prevista pelo legislador, da suficiência das normas aplicáveis ao caso concreto. É admissível, do ponto de vista normativo, uma decisão jurídica apenas que não seja vista enquanto exercício de uma atividade discricionária indevida do julgador, mas sim do exercício da sua função ordenada pelo próprio sistema jurídico, tal qual previsto pelo legislador.

Devendo a decisão judicial, de modo geral, estar sujeita às prescrições da lei, a atividade interpretativa pode até ultrapassá-la, sem que, para isso, o Tribunal ignore a teleologia inerente à temática envolvida.

Lado outro, não faz sentido que um Tribunal deixe de julgar determinada situação que reclama uma solução jurídica em função da suposta inexistência de proposição jurídica dentro do conjunto normativo, deixando de promover a justiça e a intervenção judicial diante da lesão ou ameaça de lesão aos direitos dos jurisdicionados (STRECK, 2012, p. 241).

O ordenamento jurídico está intrinsecamente ligado à vida real, aos casos concretos, de modo que é inadmissível que o julgador não apresente respostas jurídicas robustas e suficientes nas situações em que o caso concreto seja relevante, de modo que a sua insuficiência, se constata, será, na maioria das vezes, apenas aparente.

O próprio sistema, que representa o ordenamento jurídico como um todo, possui instrumentos necessários para resolver questões atinentes à sua própria limitação. A analogia, por exemplo, representa uma ferramenta legítima prevista no ordenamento para sanear eventuais vazios de resolução para o caso específico, ao

prever que questões equiparáveis, podem ser valer de proposições jurídicas equivalentes.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico busca prever elementos alternativos de proposição de solução jurídica para todos os casos que lhe são apresentados, buscando a prestação jurisdicional de forma harmônica, em igualdade de proporção, observando o paralelismo de situações equivalentes (FERRARA, 1987, 158).

Larenz ensina que existe uma lacuna apenas nos casos em que o conjunto normativo vigente, seja legal ou consuetudinário, não promova, seja de modo direto ou um indireto, uma resposta ao caso concreto (LARENZ, 2009, 524).

A verificação da existência de lacunas decorre da imprevisibilidade inerente ao mundo, o qual o legislador deve apresentar proposições normativas. A infinidade de situações não é suscetível de plena apreensão por parte do legislador ou da abordagem, na respectiva norma, de todas as possibilidades de casos que reclamam regulamentação.

Deve ser acrescentado o fato de que o legislador pode, de modo intencional, ter se omitido na elaboração de uma proposição jurídica, deixando a resolução do caso para o intérprete, ou seja, o julgador (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2001, p. 378). A partir da previsão na própria lei das regras de interpretação, é fundamental se questionar, ainda, se é realmente possível se falar em lacunas.

Isso porque, considerando que as regras estabelecem os critérios e formas de sua interpretação, poder-se-ia falar que, no seu silêncio, esta apenas reclama a atuação do intérprete para utilização dos instrumentos necessários para sua integração. Em outras palavras, a norma, quando diante de uma lacuna, na realidade, apenas teria optado por transferir ao intérprete a função de integrá-la.

Larenz, trabalhando a hipótese de uma omissão legislativa que, posteriormente veio a ser regulada por lei que seguiu em sentido contrário às expectativas do ordenamento jurídico considerado globalmente, afirma que *“a regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma ‘lacuna’. ‘lacuna’ e ‘silêncio da lei’ não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo”* (LARENZ, 2009, p. 534).

O complexo de normas jurídicas deve ser apresentado aos intérpretes e enquadrado sob o prisma da sua totalidade, assim representando a inexistência de contradições entre elas. O intérprete não pode ser entendido, nesse ínterim, como um

mero descritor da lei. A sua função é de mão dupla, de interação, sendo a mutabilidade inerente ao processo interpretativo como um todo.

Os elementos que circundam a atividade interpretativa também são relevantes. Por isso é fundamental manter o rigor e metodologia da interpretação feita por juízes e intérpretes quando demandados a apresentar soluções para casos concretos. Isso porque apenas no momento de aplicação da lei é que se opera a pretensão inicial legislativa (emissor) da efetiva concretização daquela regra jurídica. Dentro do contexto interpretativo autorizado, deve o intérprete buscar a intenção do emissor daquela proposição jurídica, sempre adequando-a ao contexto jurídico vigente⁵, sob o risco de se afastar da interpretação teleológica que lhe é exigida.

Inexistindo uma sobreposição da interpretação literal, é possível que o legislador se expresse de tal forma que a literalidade do texto esteja em desacordo com a interpretação adequada ao “espírito da lei”⁶.

Daí que surge, com frequência, sobre a forma adequada de se interpretar a lei, uma vez que é possível lançar mão de inúmeras formas de realizar esse processo. É adequada a concepção que almeja, em primeiro lugar, reconstruir o próprio significado primário da lei. Dito isso, não se pode olvidar que, quando confrontado com o caso concreto, a solução adequada reclame outras formas interpretativas que a complementem (LARENZ, 2009, p. 498).

Entre essas formas estão aquelas denominadas mais simples, como o sentido literal da lei, relativamente o próprio texto da lei, de modo que esta forma, para alguns casos, servirá até mesmo como limite para as outras possibilidades interpretativas. Outras formas seriam a interpretação histórica, que leva em consideração todo o contexto histórico anterior e posterior à lei, sistemático e teleológico.

Levando em consideração a continuidade linear da sociedade, as normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou não, não estão inseridas em um vácuo histórico, de modo que a consideração desse contexto também é fundamental para se obter a interpretação mais adequada ao caso concreto.

Nesse cenário, a regra jurídica, enquanto resultado a interpretação realizada, afasta-se da figura do legislador, valendo-se do próprio contexto social, econômico e

⁵ Buscando além dos limites da *ratio legis*, ponderando os interesses sociais com os princípios e valores que o fundamentaram.

⁶ Neste caso, cumpre mencionar MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, vol. vários, Paris, Callois, 1979.

cultura que impõem as condutas daquele momento. A finalidade da lei, sendo este o propósito que justifica sua existência e vigência, tem a função de preencher o seu viés teleológico.

A denominada *ratio legis* acaba por delimitar o próprio espírito da lei, tendo em vista que apenas por meio dela é que se pode conhecer o contexto que gerou a emissão daquela proposição. A teleologia, neste caso, está inserida no complexo da própria geração da lei. Em outras palavras, reside naquilo que a lei obriga, autoriza ou veda sendo a própria resposta sobre a sua razão de ser e existir. O legislador realiza, por meio da lei, uma pretensão de regulação adequada em termos materiais, buscando fins específicos no âmbito do Direito (ALEXY, 2012, p. 13).

Cabe ao intérprete a missão de, diante desse complexo conjunto de normas, utilizar os diferentes critérios à disposição na medida em que são necessários. Como exemplo, é autorizado ao intérprete entender que a interpretação da lei, para um caso específico, não estaria em consonância com o espírito da lei, ainda de forma mínima. Neste caso, estaria frustrado o próprio espírito da lei, ou a sua finalidade.

Existem hipóteses em que o espírito da almejava um sentido ou resultado, mas a sua interpretação literal pode gerar resultados indesejados ou contrários à pretensão inicial. Diante da existência de determinação do elemento literal, ponderar sobre a redução teleológica resulta no questionamento sobre a possibilidade de um exercício interpretativo desconsidere essa determinação quando seja exigido, sob pena da sua aplicação no caso concreto gerar um problema hermenêutico (GRAU, 2005, p. 219).

Nesse cenário, pode-se falar em duas modalidades interpretativas, quais sejam, a declarativa, que é verificada quando há identidade entre espírito da lei e o elemento literal ou reconstrutiva, em que exige do intérprete a extensão ou redução do seu âmbito de aplicação em relação ao texto da lei, mantendo coincidência com o texto, ainda que em patamar minimamente aceitável.

Todavia, nestes tipos de atividade interpretativa, deve existir regra jurídica aplicável ao caso concreto. E é importante que essa regra seja sofra adequações de acordo com os elementos concretos de sua aplicação, diante da possibilidade de ser inadequada, diante dos elementos fundamentais para a interpretação. A lacuna, por outro lado, deverá ser entendida como uma insuficiência existente em um contexto considerado como um todo (ENGISCH, 1996, p. 223).

Não se considera a insuficiência de uma norma jurídica particularmente falando, mas a incompletude de regulação no conjuntural, que não possui uma regra específica aplicável ao caso. A lacuna é verificada não possa ser extraída uma regra de nenhuma fonte do Direito para solucionar o caso concreto (TEIXEIRA DE SOUSA, 2012, p. 385).

Essa lacuna pode ser de diferentes espécies. Constata-se a lacuna normativa quando o conjunto de normas jurídicas do ordenamento não promove resposta satisfatória a um questionamento que precisa ser respondido para possibilitar a aplicação da lei (LARENZ, 2009, p. 527). Já quando a insuficiência se dá no nível da regulação conjuntural, ou seja, quando nenhuma regra jurídica existe para uma questão específica, que, segundo o espírito da lei, deveria ser objeto de regulação, existe a lacuna de regulação (LARENZ, 2009, p. 528).

Conforme apontado anteriormente, a existência de uma falha contrária à pretensão da lei é diferente de uma falha política legislativa. Na segunda hipótese, não cabe aos Tribunais solucionar o vício nela existente. A atribuição corretiva nesse caso demanda a atuação do próprio legislador; isto decorrerá da própria natureza aberta do sistema normativo, apto a promover as soluções às demandas próprias do tráfego jurídico (LARENZ, 2009, p. 530).

Resumidamente, somente haverá que se falar em lacuna passível de preenchimento quando o resultado da interpretação apontar no sentido que o caso omissis demanda resposta do Direito, cuja regra jurídica de aplicação adequada inexistente (DOMINGOS DE ANDRADE, 1963, p. 78).

Não se espera, metodologicamente falando, que o legislador pudesse prever ou se antecipar a conhecer fatos fora do seu círculo de especulação futura, tal qual era determinável à época da emissão da norma. O surgimento de lacunas de forma superveniente ou a publicação de um conjunto normativo destinado a regular uma atividade específica é atividade natural, decorrente da própria mutabilidade cultural, tecnológica e social.

A propósito é compreensível a orientação consubstanciada no ordenamento jurídico como um todo que os preceitos excepcionais (pela matéria em causa e pela sua formulação), devem ser interpretados, regularmente, de modo restritivo. Contudo, entendem que possível aplicar-lhes uma redução teleológica nas hipóteses em que manifestarem situações novas que, valendo-se da interpretação literal, são abarcadas

por estes preceitos, ampliando o seu campo de aplicação em confronto com a intenção reguladora do legislador (LARENZ, 2009, p. 538).

Nestas hipóteses, a interpretação da lei será acompanhada do respectivo preenchimento de lacunas, analisando o caso posto como um todo para que possa ser emitido um juízo de valor adequado ao caso. Soluções essas que deverão ser adequadas à pretensão da norma, ou seu espírito, fundado nas razões de segurança jurídica e justiça que permitem o exercício, por exemplo, da analogia.

A constatação da existência de lacunas demanda um exercício hermenêutico apurado, sendo raras as situações que não permitem a solução a partir da utilização de cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados ou da interpretação extensiva. O intérprete, enquanto juiz, deve garantir, a partir dos métodos válidos, que está diante de uma situação que, na lei, não tem expressão e resposta satisfatória.

As lacunas também podem ser classificadas como patentes ou ocultas. Serão patentes quando a lei não estabelecer uma regra aplicável ao caso concreto, a despeito da necessidade de fazê-lo como forma de garantir a coerência teleológica. Já as lacunas ocultas existem na hipótese em que não há, pelo menos aparentemente, qualquer lacuna, já que a norma abrange o caso. Porém, conforme a *ratio* da lei, não deveria fazê-lo. O caso sob análise possuirá especificidades que não foram consideradas pela norma e que deveriam ter sido levadas em consideração, em razão da necessidade de um tratamento diferente (BAPTISTA MACHADO, 2012, p. 196).

Por essa razão é importante estabelecer um elemento restritivo a esta norma que distancia este caso específico do âmbito de alcance da sua previsão: neste contexto configura-se a lacuna. Dada a sua própria natureza, imputa-se um trabalho mais intenso ao intérprete em relação às lacunas ocultas; casos em que uma norma legal demanda uma restrição que não está prevista no texto legal, contra o seu próprio sentido literal, mas nos termos da teleologia imanente àquela lei.

Se a norma foi concebida de forma extremamente ampla, segundo o exercício da interpretação literal, cabe ao intérprete reduzi-la ao contexto de aplicação ajustado ao seu o fim da regulação. Essa atividade, que se afasta da mera correspondência, mesmo que em patamares reduzidos, com o elemento literal da norma, conferindo, na realidade, robustez do seu contexto teleológico, é que é denominada de redução teleológica (LARENZ, 2009, p. 555).

Larenz, propõe que o preenchimento dessas lacunas seja feito por meio de redução teleológica da norma; em outras palavras, restringe-se o seu sentido ao plano de aplicação que se extrai do seu elemento teleológico, possuindo este exercício interpretativo a sua sobreposição em relação aos demais (LARENZ, 2009, p. 535).

Entre a atividade legislativa e a atividade interpretativa possui uma diferença de intensidade: enquanto o legislador é amplamente livre para determinar a regulamentação que julga adequada, o intérprete está limitado a se mover apenas dentro do quadro do texto e do sistema estabelecidos, podendo se valer de outros elementos relevantes, mas desconhecidos do legislador dada a sua inerente falibilidade. Aceitar a interpretação da norma sob a perspectiva da justiça, ultrapassando a mera subsunção do seu elemento textual, pode permitir a certeza jurídica necessária ao ordenamento.

Como forma de garantir a uniformidade da jurisprudência, que é um dos pressupostos garantidores da segurança jurídica e calculabilidade do direito, é fundamental que o juiz, enquanto intérprete, atue sempre observando os limites impostos a ele, de modo a não comprometer a característica homogênea do sistema. Considerando os elementos da atividade interpretativa, destacando-se as indicações, sem caráter vinculativo, nos termos expostos, que norma naturalmente fornece (DOMINGOS DE ANDRADE, 1963, p. 102).

Em outros termos, a restrição do elemento literal da norma não poderá ser resultado de um exercício imotivadamente discricionário do intérprete, mas sim da constatação de insuficiência do sistema no fornecimento de resposta adequada. Desta forma, nas hipóteses em que a norma estabelece uma situação que cria contradição com o próprio sistema ou com a finalidade daquele preceito; é necessário realizar uma interpretação restritiva ou uma redução teleológica, como forma de sanar o problema identificado, relativamente à lacuna (DOMINGOS DE ANDRADE, 1963, p. 102).

3.9 A redução teleológica nas hipóteses de interpretação restritiva.

Traçadas as linhas gerais da redução teleológica no sistema normativo, é importante fazer a sua distinção, de modo preciso, da interpretação restritiva, como forma de densificar os seus limites e o plano de aplicação de cada uma delas. A partir da interpretação restritiva, surge uma restrição no texto, que é importante para que

que o sentido verdadeiro da lei seja identificado. Uma formulação de proposição genérica não afasta a obrigação a uma distinção que o texto se omitiu, em relação a uma situação concreta (OLIVEIRA ASCENSÃO, 1994, 411).

Deve ser afastada a aplicação de um dispositivo normativo quando o seu fim já tenha sido obtido ou se este é impossível. No âmbito do ordenamento jurídico ocidental, é pacífico o reconhecimento da legitimidade do juiz na realização da interpretação restritiva, baseada nos elementos de interpretação e na própria norma legal.

Sempre que o denominado espírito da lei alcance um limite superior ao próprio texto normativo, é autorizada a interpretação extensiva por parte do intérprete. Igualmente, sempre que a mesma norma seja objeto de aplicação na solução de um caso semelhante, a partir da analogia, é permitida a sua aplicação para além dos limites do texto da lei e do seu espírito.

Lado outro, a interpretação restritiva pode ser feita quando o espírito da lei fique aquém do seu próprio texto. Diante da constatação que o sentido literal da lei possui um alcance indevidamente amplo, não respaldado pelo próprio espírito normativo tal qual fornecido pelos demais elementos interpretativos, o intérprete pode restringir o alcance da lei, para harmonizá-lo com o conteúdo e pretensão da norma.

Com efeito, presume-se que a finalidade da lei será robustamente identificada pelo intérprete e que, sem esse ajuste hermenêutico, o seu fim não seria alcançado no caso concreto, gerando injustiça e problemas de valoração (LARENZ, 2009, p. 569).

Para evitar situações desse tipo, cabe ao intérprete excluir ou reduzir o âmbito de aplicação de uma norma aos casos que estão por ela abrangidos, inclusive pela interpretação literal, fundamentando-se da sua interpretação teleológica (BRONZE, 2006, p. 922). Larenz sustenta que delimitar, de forma precisa e correta, o sentido literal possível é tarefa árdua, se referindo ao fato de que os tribunais muitas vezes utilizam a expressão interpretação corretiva, quando, na realidade, se trata do mero exercício da redução teleológica.

Como apontado anteriormente, este tipo de modalidade interpretativa é demasiado importante quando o legislador, por se valer de construções por vezes abrangentes ou imprecisas, engloba situações que não pretenderia se tivesse considerado as potenciais consequências não desejadas dessa imprecisão.

Partindo da premissa que existem situações alcançadas pelo texto da norma que, a partir da imposição dos elementos interpretativos, não deveriam ser abrangidos por esta, o intérprete pode restringir o âmbito da própria lei para evitar que esta acabe por alcançar resultados indesejados e nocivos (TEIXEIRA DE SOUSA, 2012, p. 377).

É importante fazer a ressalva no sentido de que a modificação do sistema normativo não é de competência do intérprete, de modo que ele está limitado à teleologia e às fontes do Direito. Caberá a ele, portanto, relevar aqueles sentidos que não sejam adequados àquela ocasião da interpretação, identificando a resposta sob o prisma das circunstâncias atuais que se ajustem ao caso (OLIVEIRA ASCENSÃO 2001, p. 427).

A interpretação restritiva consiste, basicamente, no ato de excluir o plano de aplicação da norma de determinados casos, limitando o produto interpretativo do alcance literal.

A redução teleológica, por sua vez, significa a não aplicação de determinada norma ao caso que é expressamente abrangido por esta, ou, até mesmo, aplicação de determinada norma a um caso que expressamente está afastado por ela, desconsiderando-a em grande parte. Isto significa a elaboração de uma exceção ao regime normativo, fundamentada em uma maior adequação do elemento teleológico.

Contudo, a correta distinção entre redução teleológica e interpretação restritiva constitui um verdadeiro desafio, tendo em vista o pragmatismo de toda interpretação da norma, não havendo separação da aplicação da norma aos casos concretos. Sob esse prisma, a previsão de exceção a determinada norma reduzindo o seu plano de aplicação é, em diversas oportunidades, redução teleológica e, ao mesmo tempo, interpretação restritiva.

A razão para permitir essa redução consiste no imperativo de tratar de forma igual os casos iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade (LARENZ, 2009, p. 556). Em outras palavras, de realizar diferenciações exigidas pela valoração. Essas diferenciações podem ser exigidas por meio do sentido da norma objeto da restrição, pelo âmbito da outra norma atingida por aquela que deve ser objeto da redução ou até mesmo por princípio imanente à lei que deve prevalecer em casos específicos (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2001, p. 415).

Logo, assim como uma lei pode resultar da vedação à analogia, também é possível impedir a redução teleológica, a partir do momento em que exista a

preponderância de um interesse baseado estritamente na segurança jurídica, que demande a manutenção do sentido literal como principal fonte.

Se, a partir da perspectiva do espírito da norma, identifica-se resposta que não tem qualquer apoio ou sustentação no próprio texto da lei, esta última poderá não ser aplicável. Revela-se, neste cenário, a existência de uma lacuna, que, no caso específico, também exige solução do intérprete e o compele a afastar essa limitação normativa, ultrapassando-a.

Também é importante destacar as principais críticas a esse instituto. Por um lado, elemento teleológico se porta como um dos pilares lógicos da interpretação, mas, por outro, corre-se o risco de a redução teleológica resultar na interpretação abrogante, na interpretação corretiva ou até restritiva, não se distinguindo dessas (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2001, p. 319).

Trata-se de críticas legítimas, seja sob a perspectiva metodológica, seja pela indiscutível semelhança da redução teleológica em relação às modalidades de interpretação supracitadas. Ainda que se defenda a possibilidade de adoção da redução teleológica no ordenamento jurídico brasileiro, é importante que se observe as considerações sobre estes pontos.

Portanto, ao se delimitar o contexto da redução teleológica, deve ser destacado que esta constituiu uma clara forma de desenvolver o Direito, que tem como diretiva a pretensão de responder às situações cuja riqueza transcende os problemas determinados previamente na proposição normativa.

Analisando casos concretos a partir da sua perspectiva, entende-se que a proposta da redução teleológica se situa entre casos cuja solução, do ponto de vista normativo, está entre a interpretação abrogante e restritiva, diferenciando-se das duas em razão das particularidades do caso concreto.

Engisch trata o assunto sob o prisma da diferenciação entre a perspectiva valorativa e normativa da contradição existente no sistema, concluindo pela necessidade de aceitação da verificação de hipóteses em que não seja possível manter o valor específico que o legislador pretendeu para normas diferentes (ENGISCH, 1996, p. 313).

As contradições normativas, consubstanciadas em situações em que a conduta humana pode ser, ao mesmo tempo, não proibida e proibida, ou prevista e vedada em

distintas normas do Direito são inaceitáveis para o ordenamento jurídico (ENGISCH, 1996, p. 314).

Nesse diapasão, é possível afirmar que a redução teleológica consiste na restrição da aplicação da norma em razão da teleologia jurídica, sendo autorizada nas hipóteses em que, diante da inexistência de solução admissível, essa modalidade se imponha para a consecução das demandas sociais que o legislador, enquanto emissor, pretendeu responder, realizando a finalidade da norma.

Enquanto a opção pela interpretação restritiva resulta na prevalência do espírito da norma sobre o seu conteúdo literal, a redução teleológica alcança a própria restrição dos dois institutos. A norma abrange um coletivo de proposições e enunciados, fundamentais para satisfazer as demandas econômicas, sociais, tecnológicas e culturais, de modo que a interpretação é a busca da melhor forma de atingir essa finalidade, assegurando e tutelando os interesses para qual foi editada (MAXIMILIANO, 1996, p. 790).

Ao atribuir sentido à norma, que é tarefa inerente à atividade interpretativa, está sendo praticado ato intrinsecamente ligado à noção jurídica que essa mesma norma expressa. Será inaceitável buscar a noção de norma no caso particular, ou seja, buscar a regra geral a partir da situação específica.

Por essa razão que estes institutos devem ser compreendidos no contexto de uma situação específica que se verifica. Distingue-se os casos em que o elemento teleológico delimita o plano de alcance daquela norma a uma coletividade de casos, por exemplo, e essa limitação representa um dos sentidos literais daqueles casos em que o elemento teleológico da norma aplicável reduz o âmbito de abrangência a um conjunto de casos que não se pode delimitar a partir da do seu conteúdo literal.

Essa diferenciação de produto justifica a aplicação da redução teleológica, desde que sejam identificadas as condições imprescindíveis à sua aplicação. Inúmeros são os casos em que a redução teleológica está diretamente ligada à finalidade de integrar lacunas ocultas, já que a redução pressupõe o fornecimento de uma norma mais conveniente para sanar para a situação concreta nos termos da completude do sistema e das regras interpretativas, com o fim de realizar a justiça e o Direito.

Permitida a restrição da norma por meio da redução teleológica, é importante destacar que essa redução pode resultar na ampliação do âmbito de alcance da outra

norma. Trata-se, nessas hipóteses, da denominada extensão teleológica, em que a noção e justificação da norma demanda a aplicação a hipóteses que não estão diretamente compreendidos pelo seu contexto literal, mas são abrangidos pela sua própria finalidade, consubstanciando-se a realização pela da finalidade daquela norma, tendo em vista que nos casos em que a razão da decisão é a mesma, igual deve ser a decisão.

É importante registrar que se deve verificar se, durante a realização da interpretação extensiva de uma norma específica, não estão sendo abrangidos por ela situações concretas que não foram abrangidas diretamente na hipótese (BAPTISTA MACHADO, 1993, p. 187). A redução teleológica, considerando-se a sua própria essência, deve ser vista como última *ratio*, ou seja, último recurso que deve ser aplicado apenas diante da ausência de alternativa.

Traçados os contornos característicos da redução teleológica e a sua relação com a interpretação restritiva da norma, é importante questionar se os Tribunais brasileiros estão optando por desenvolver o Direito de modo a, até mesmo, superar a lei, valendo-se do instituto da redução teleológica.

A interpretação, pressuposto basilar de aplicação da norma em análise, demanda a escolha de um sentido, a partir de uma grama que se apresenta durante o processo, na qual o conhecimento preliminar do intérprete desempenha papel fundamental (DUARTE, 2003, p. 16). Inexistindo o ordenamento jurídico de forma independente do próprio processo de compreensão, este segundo se revela fundamental para o ordenamento jurídico, seja para a sua aplicação estanque, seja para o seu desenvolvimento a partir de locais distintos das casas legislativas (LARENZ, 2009, p. 574).

4 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro possui amplo desenvolvimento argumentativo e teórico no sentido das definições e delimitações do seu papel na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Quanto a esse tema, é importante destacar que o presente trabalho, dada a própria necessidade metodológica da sua consecução, se limita a analisar casos relativos ao entendimento do Poder Judiciário em relação às lides tributárias. Isso

porque busca-se evitar que características inerentes a outros subsistemas possam contaminar as conclusões que ora se pretende alcançar.

Em se tratando do Poder Judiciário, não se pode negar ou ignorar a robusta presença do Supremo Tribunal Federal neste papel, seja diante da sua relevância enquanto órgão constitucional, seja em razão do seu papel de última instância recursal.

De igual forma, ainda que essa conclusão não derive de um resultado de um trabalho técnico ou esquemático, é importante registrar que o papel do Supremo Tribunal Federal tem especial relevância na medida em que a Corte é composta por ministros de notável saber jurídico⁷, cujas decisões espera-se que sejam profundas e carregadas dos mais diversos conhecimentos jurídicos.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que, ao exercer o controle de constitucionalidade, deve atuar, sobretudo, como legislador negativo. Desse modo, nunca deve atuar enquanto legislador positivo, sob pena de usurpar competência típica do Congresso Nacional.

Em decisão que fundamenta diversas outras que afastam a eventual atuação do Judiciário enquanto legislador positivo, o Min. Moreira Alves asseverou:

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo [...]. O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial [...], o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. (BRASIL, 1988)⁸

Nesse cenário, consolidou-se a ideia de que o controle de constitucionalidade teria uma função eminentemente supressiva, permitindo que o Judiciário apenas retirasse a eficácia jurídica de dispositivos legais ou interpretações de atos normativos que fossem considerados inconstitucionais.

⁷ Exigência que decorre do *caput* do art. 101, da Constituição, passível de crítica quando verificada no caso concreto, considerando o teor político da escolha.

⁸ Representação n. 1451-7, STF, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Julgamento em 25.05.1988, DJ 24.06.1988.

Qualquer pretensão no sentido de incluir novos conteúdos aos dispositivos, promovendo o desenvolvimento do Direito a partir do Judiciário, encontraria óbice na máxima de que cabe ao órgão julgador observar seus limites, sob pena de violar a separação dos poderes.

Esse posicionamento vem sendo reiteradamente reproduzido em julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Como exemplo, pode ser citada a decisão proferida pela Primeira Turma do STF no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 737.185, relatada pelo Ministro Dias Toffoli, em que foi negado o pedido de parcelamento tributário diferenciado com fundamento no entendimento de que a Corte Suprema está impedida de atuar como legisladora positiva, resguardado o seu papel de legislador negativo nas situações de declaração de inconstitucionalidade.

Contudo, essa versão do conceito de legislador negativo representa um claro exemplo de adoção sincrética de teoria inconciliáveis por natureza, quais sejam, a Escola da Exegese e o normativismo puro de Kelsen.

Para a primeira, a aplicação do Direito representaria apenas uma atividade estritamente cognitiva, ou seja, sem qualquer dimensão criativa, de modo que competiria ao intérprete apenas obter a vontade do legislador contida na norma. Haveria, portanto, clara segregação da atividade criativa, inerente ao legislador, e atividade judicial, meramente passiva e interpretativa.

No âmbito de aplicação dessa teoria, essa argumentação traduz a atuação do Poder Judiciário brasileiro enquanto mero guardião da Constituição e das leis. O Supremo Tribunal Federal, nestes casos, ao declarar a inconstitucionalidade de leis, estaria apenas clarificando a “vontade do constituinte”, aplicando a Constituição e cumprindo seu papel limitado criativamente.

Lado outro, não raras vezes vincula-se às obras de Kelsen a necessidade de a Corte Suprema se portar enquanto “legisladora negativa”, sobretudo diante da sua notória defesa da criação de um Tribunal Constitucional cujo papel seria a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos (Kelsen, 2003, p. 119).

Em sua teoria, Kelsen concebe o Tribunal Constitucional enquanto “mero legislador negativo”, com o fim de delimitar sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade a uma análise exclusiva à incompatibilidade, em tese, entre

normas infraconstitucionais e constitucionais, eliminando dessa análise situações concretas (KELSEN, 2003, p. 18).

No tocante ao cenário jurisprudencial brasileiro, não se pode olvidar que as proposições de Larenz possuem pouco desenvolvimento. Seja por incompreensão, seja por não acolhimento dos seus argumentos, encontra-se poucos elementos e decisões que enfrentem os elementos basilares de suas proposições.

Alguns Tribunais, contudo, demonstram não só conhecimento sobre as proposições relativas à redução e extensão teleológica, como efetivamente os aplicam em casos concretos.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, por exemplo, tem curial importância atuação daquele relativo à 4ª Região, que compreende os Estados do Sul do País. Ao se realizar a pesquisa jurisprudencial, denota-se que as proposições de Larenz são debatidas não raras vezes, seja pela constatação da necessidade de aplicação ou não dos institutos da redução e extensão teleológica.

Diante da robusta produção de decisões judiciais valendo-se desses argumentos, naturalmente, este Tribunal acaba por ser um dos principais órgão julgadores que fomentam o debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na medida em que suas decisões vão sendo objeto de recursos.

No julgamento do Recurso de Apelação nº 5003603-44.2015.4.04.7203/SC, o contribuinte questionou o seu direito de apurar a Contribuição Previdenciária Sobre a Receita Bruta (CPRB) sob a modalidade não cumulativa ou, quando menos, de continuar sujeito à sistemática ordinária de tributação, conforme art. 22, I e III, da Lei nº 8.212/1991, mesmo antes da vigência da Lei nº 13.161/2015.

O contribuinte alegou que desde a instituição da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta pelo art. 8º, da Lei nº 12.456/2011 e, inclusive após a promulgação da Lei nº 13.161/2015, tem direito ao crédito dos referidos tributos, a partir da mesma alíquota exigida, em relação aos valores pagos ou creditados, que sejam necessários às suas atividades ou, em relação àqueles indispensáveis à obtenção de receitas e às demais hipóteses expressamente autorizadas pela legislação do PIS e Cofins, por aplicação analógica.

De modo geral, a pretensão jurídica do contribuinte estava calcada no fato de que se instituiu contribuição previdenciária substitutiva, antes calcada na folha de salário e agora no faturamento. A fundamentação dessa nova contribuição era a

desoneração da folha, com o conseqüente custo tributário. Ocorre que o efeito foi oposto, resultando em majoração da carga tributária para determinados setores.

A Lei nº 12.546/2011, que decorreu da conversão da Medida Provisória nº 540/2011, estabeleceu, em um primeiro momento, no artigo 8º, a substituição das contribuições previdenciárias previstas nos incisos I e III do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, pela contribuição sobre o montante da receita bruta, sob a alíquota de 1,5%.

Em momento posterior, foi publicada, em 3 de abril de 2012, a Medida Provisória 563, convertida na Lei nº 12.715/2012, passando a alterar a alíquota para 1%. No presente caso, restou comprovado que houve um aumento substancial do ônus tributário, indo de encontro à própria finalidade da contribuição substitutiva.

Impõe-se a análise das razões que levaram o Governo Federal, à época, a promover a substituição das contribuições previdenciárias previstas nos incisos I e III do artigo 22 da Lei número 8.212/1991, pela contribuição substitutiva sobre a receita bruta.

Com o fito de identificar a adequação da medida proposta aos efeitos obtidos, é fundamental analisar a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 540, posteriormente convertida na Lei nº 12.546/2011, que instituiu a política de desoneração do custo incorrido com a folha de pagamento em relação a setores específicos:

2. Desde a crise financeira internacional em 2008, a economia global vem atravessando uma série de turbulências que colocam em dúvida a capacidade dos países desenvolvidos se recuperarem e voltarem a exibir um crescimento econômico robusto e sustentável. Esse quadro não só tem possibilitado o aumento do peso dos países emergentes, mas também tem lhes permitido atuarem como motor da economia mundial.

3. No entanto, esse novo alinhamento tem trazido uma série de desafios à execução da política econômica. Um desses desafios é a manutenção da competitividade externa. Com efeito, a redução da demanda externa por parte dos países desenvolvidos tem desestimulado nossas exportações. Esse efeito aliado ao forte ciclo dos preços das commodities e de redirecionamento dos fluxos de capitais em direção aos países emergentes, que tem causado forte valorização da taxa de câmbio, acaba por reduzir a competitividade da indústria nacional e deteriora o saldo comercial brasileiro.

4. Esse contexto fundamenta a criação do Plano Brasil Maior, cujo conjunto de medidas envolve, entre várias outras, as que propomos nesta Medida Provisória.

5. Uma das principais dificuldades para as empresas domésticas acessarem o mercado internacional está na carga tributária que eleva o custo de produção no mercado doméstico penalizando o emprego e a produção. Reduzir os custos tributários na produção é um dos principais mecanismos para garantir a competitividade da indústria doméstica e a geração de emprego e renda. [...]

18. Além das medidas expostas, propõe-se substituir pela receita bruta a remuneração paga aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais contratados, como base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelas empresas que atuem nos setores contemplados.

19. Nos últimos anos, em virtude da busca pela redução do custo da mão de obra, as empresas passaram a substituir os seus funcionários empregados pela prestação de serviços realizada por empresas subcontratadas ou terceirizadas. Muitas vezes, as empresas subcontratadas são compostas por uma única pessoa, evidenciando que se trata apenas de uma máscara para afastar a relação de trabalho.

20. Em virtude dessa nova relação contratual, os trabalhadores ficam sem os direitos sociais do trabalho (férias, 13º salário, seguro desemprego, hora extra, etc.), pois se trata de uma relação jurídica entre iguais (empresa-empresa) e não entre trabalhador e empresa. Essa prática deixa os trabalhadores sem qualquer proteção social e permite que as empresas reduzam os gastos com encargos sociais.

21. Apesar da melhora do cenário econômico após a crise de 2008/2009, as empresas que prestam serviços de tecnologia da informação - TI e tecnologia da informação e comunicação - TIC, bem como as indústrias moveleiras, de confecções e de artefatos de couro têm enfrentado maiores dificuldades em retomar seu nível de atividade. Nesse contexto, a medida proposta favorece a recuperação do setor, bem como incentiva a implantação e a modernização de empresas com redução dos custos de produção.

22. A importância e a urgência da medida são facilmente percebidas em razão do planejamento tributário nocivo que tem ocorrido mediante a constituição de pessoas jurídicas de fachada com o único objetivo de reduzir a carga tributária, prática que tem conduzido a uma crescente precarização das relações de trabalho; bem como, em razão do risco de estagnação na produção industrial e na prestação de serviços nos setores contemplados.

23. No que se refere ao impacto na arrecadação, estima-se perda de receita da ordem de R\$ 214 milhões (duzentos e catorze milhões de reais) para o ano de 2011 e R\$ 1.430 milhões (um bilhão quatrocentos e trinta milhões de reais) para o ano de 2012.

24. Quanto à observância da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, cabe informar que perda de receita será compensada com as receitas provenientes do saldo da arrecadação obtido por meio do Decreto nº 7.458, de 7 de abril de 2011.

25. Convém salientar que a norma apresenta dispositivo no sentido de a União compensar, por meio do aporte de recursos da Conta Única do Tesouro, eventuais perdas havidas em razão da Medida, de modo a evitar desequilíbrio nas contas do Regime Geral de Previdência Social. [...]

39. No conjunto, a relevância e urgência das medidas decorre das razões que levaram à instituição do Plano Brasil Maior, cujo objetivo é responder com maior estímulo ao desenvolvimento inovador e competitivo do País, frente à conjuntura presente de maior agressividade competitiva no comércio internacional e apreciação da moeda nacional. (BRASIL, 2011).

Posteriormente, a Medida Provisória nº 582/2012 alterou a Lei nº 12.546/2011, prevendo a permanência da política de desoneração tributária da folha de pagamento para empresas fabricantes de produtos específicos, ampliando o rol de setores beneficiados pela redução da alíquota da Contribuição Previdenciária incidente sobre a folha de salário e outros rendimentos para zero.

A Exposição de Motivos dessa Medida Provisória é igualmente importante:

2. A supressão da impositividade tributária sobre o fator trabalho para novos setores consolida a orientação estratégica da política econômica no que tange à definição de bases sólidas para promover a melhoria do ambiente produtivo e fortalecer a indústria nacional. É imperioso reconhecer que a desoneração da folha de pagamentos reúne condições para propiciar maior formalização laboral e promover o aumento da produtividade e competitividade da economia brasileira, em consonância com as diretrizes delineadas no âmbito do Plano Brasil Maior.

3. É importante lembrar que a desoneração tributária da folha de pagamento teve início com a edição da Medida Provisória nº 540, de 2 de agosto de 2011, convertida na Lei nº 12.546, de 2011, que sancionou a redução a zero da alíquota da contribuição patronal incidente sobre a folha de salários para os setores de Couro, Calçados, Confecções, Tecnologia da Informação (TI) e Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). Posteriormente, a Medida Provisória nº 563, de 2 de abril de 2012, ampliou o rol de produtos e serviços desonerados, mediante a inclusão dos setores têxtil, móveis, plásticos, material elétrico, bens de capital, ônibus, autopeças, naval, aviação, hotéis, call centers e design houses. Ressalte-se que essas normas foram pautadas pelo suposto de neutralidade fiscal, tendo em vista a vinculação constitucional da fonte de receita originária. Assim, estabelecem a migração da base de incidência sobre a produção desses bens, da folha para o faturamento.

4. Com referência ao arcabouço normativo anteriormente delineado para a desoneração da folha de pagamento, aplicam-se aos novos setores contemplados disposição atinente ao contínuo acompanhamento e avaliação dos efeitos da medida no período de vigência, i.e., até 2014, conforme previsto no Decreto 7.711, de 03 de abril de 2012 - que regulamenta o disposto no art.10 da Lei nº 12.546, de 2011, e institui a Comissão Tripartite de Acompanhamento e Avaliação da Desoneração da Folha - CTDF.

5. É oportuno assinalar que as medidas ora postuladas se impõem diante de um cenário de retração da atividade industrial doméstica, que sinaliza a necessidade de orientação da ação governamental com

vistas a criar as condições propícias à retomada de investimentos produtivos e à eliminação gargalos que obstam a competitividade e produtividade do setor. Com efeito, no primeiro semestre de 2012, observou-se uma queda da produção industrial de 3,8%, em relação a igual período do ano anterior. De forma similar, o emprego na indústria recuou 1,2% no período, reflexo, sobretudo, da redução de empregados na indústria em nove dos catorze locais pesquisados, com destaque para São Paulo (-3,2%). Soma-se a esse quadro, as expectativas adversas quanto às exportações, tendo em vista as perspectivas de continuidade da retração do comércio mundial.

6. Por outro lado, é importante mencionar algumas evidências quanto aos possíveis efeitos da política de desoneração da folha para setores que cumpriram a noventena e tiveram vigência a partir de 1º de janeiro de 2012 - couro, calçados, confecções, TI e TIC. Constata-se, a partir de estudo da Secretaria de Política Econômica, elaborado com base em informações divulgadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Secretaria do Tesouro Nacional, que a redução na arrecadação sobre a folha, na comparação do primeiro semestre de 2012 em relação a 2011, foi efetivamente compensada pelo ingresso de receitas da nova contribuição substitutiva. Ressalvados os efeitos derivados de elementos intrínsecos à dinâmica do mercado de trabalho, é possível observar, sob o prisma fiscal, que a desoneração da folha, nos termos propostos, reúne condições para assegurar a estabilidade do financiamento da previdência social e, por conseguinte, sinaliza estrita convergência aos princípios de responsabilidade fiscal.

7. Assim, a proposição feita por meio dos arts. 1º a 3º preconiza a inclusão dos novos setores ao rol de beneficiários da desoneração da folha, mediante alteração do Anexo à Lei nº 12.456, de 2011, bem como a supressão de alguns códigos, com o intuito de promover ajustes na aplicação da medida, conforme solicitação de entidades representativas daqueles setores. [...]

32. Com referência à observância das disposições normativas pertinentes à renúncia de receitas, nos termos do artigo 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpre observar que a proposição relativa à ampliação do rol de setores beneficiados com redução a zero da alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários em apreço consigna, de fato, renúncia fiscal líquida estimada em R\$ 1.704 milhões em 2013 e R\$ 1.905 milhões, em 2014. Isto porque, a renúncia primária total será parcialmente compensada com o ingresso de receitas do adicional da Cofins-importação no valor de R\$ 586 milhões em 2013 e R\$ 634 milhões, em 2014.

33. Frise-se que a medida mantém diretriz similar à adotada nas etapas precedentes de desoneração da folha. Significa dizer que a alíquota da contribuição sobre o faturamento, substitutiva da folha, foi estabelecida em patamar inferior àquele que seria neutro do ponto de vista fiscal, *ceteris paribus*. Cabe reiterar, a propósito, que o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, não incorrerá em perdas, pois, conforme inciso IV do artigo 9º da Lei nº 12.456, de 2011, a União compensará o referido Fundo, no valor correspondente à estimativa de renúncia previdenciária, de forma a assegurar a sustentabilidade

financeira intertemporal do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. [...]

42 A urgência e relevância das medidas, Senhora Presidenta, estão configuradas na necessidade de prover continuidade às medidas de incentivo frente à crise econômica internacional, em especial com ampliação da desoneração da folha sanciona, de forma efetiva, a redução de custos laborais e o incentivo, imediato, aos investimentos em máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos, novos, com vistas a estimular a expansão e a renovação do parque industrial para atender o crescimento da demanda interna e, por conseguinte, ativar a produção da indústria, acelerando o aumento da competitividade da economia brasileira no comércio internacional. (BRASIL, 2012).

A exposição de motivos, neste cenário, é fundamental, tendo em vista que não representa letra morta, mas sim elementos que nortearam a intenção do legislador em editar aquelas normas específicas. Há aqui, portanto, exatamente como previu Larenz, a possibilidade de o intérprete verificar o espírito da lei e os seus resultados, de modo a verificar se há uma adequação entre o texto e a pretensão do legislador.

Traçadas essas considerações, o Tribunal entendeu não se tratar de verificação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei em tese, mas sim do exercício da atividade interpretativa e de integração da norma pelo intérprete, como forma de verificar se existe lacuna de regulamentação passível de restrição de sua amplitude da expressão literal, adequando-a à sua finalidade.

Quanto ao tema, Larenz é preciso:

Qualificamos de lacuna oculta o caso em que uma regra geral, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efectua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma redução teleológica. (LARENZ, 2009, p. 473)

Constata-se que a substituição da base de cálculo da contribuição, prevista na Lei nº 12.546/2011, como já referido, está baseada na geração de emprego e renda, bem como no aumento da competitividade da indústria nacional. Em relação a alguns contribuintes a aplicação da lei acabou por gerar o resultado contrário ao propósito manifestamente expressado pelo legislador, surgindo, neste caso, uma lacuna oculta de regulamentação, que pode ser integrada pelo intérprete.

A partir desse contexto, integrando a lacuna, o Tribunal reconheceu o direito do contribuinte de permanecer recolhendo a contribuição sobre a folha de salários, nos mesmos moldes daquelas empresas que não foram contempladas pela Lei nº 12.546/2011.

A redução teleológica no caso em análise se opera em razão de o texto proposto não se adequar à finalidade e pretensão do próprio legislador, claramente consubstanciada na exposição de motivos.

Uma norma que cria uma contribuição substitutiva excepcional, com clara finalidade de desonerar a carga tributária e gerar emprego e renda não pode, quando verificada no caso concreto, obter resultado em sentido contrário. Por essa razão o legislador optou por desonerar a folha de salário de apenas alguns setores, tendo em vista que a medida não geraria o mesmo resultado para todos.

Caso o tribunal, na sua função de intérprete, não promovesse a supracitada adequação, estar-se-ia diante de um caso onde a modificação legislativa não atendeu a finalidade da lei, à intenção do legislador e nem mesmo do contribuinte. Há, portanto, uma lacuna na norma, que não excluiu determinados setores que deveriam, sua própria natureza, terem sido excluídos.

Na seara tributária, um dos julgamentos que estabeleceu, de forma proeminente, a análise das proposições de Larenz no Brasil também ocorreu no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No julgamento da Apelação Cível nº 2004.71.08.010633-8/RS, mais precisamente em 2007, estava-se diante da insurgência de determinado contribuinte em face das Leis nº 10.637/2002 e Lei nº 10.833/2003, frutos da conversão das Medidas Provisórias nº 66/2002 e nº 135/2003, as quais modificaram as alíquotas e forma de pagamento das contribuições ao PIS e Cofins.

Referidas leis criaram hipóteses não-cumulativas do PIS e Cofins. No regime cumulativo, as alíquotas das contribuições são de 0,65% e 3%. No regime não-cumulativo, foram majoradas para 1,65% e 7,6%, mas essa majoração é compensada pela possibilidade de o contribuinte deduzir, do tributo devido, seus créditos embutidos nos valores dos bens e serviços adquiridos em suas atividades. Desse modo, a majoração da alíquota pretendeu equalizar as cargas tributárias nos dois regimes.

Até aquele momento todas as empresas estavam submetidas ao regime cumulativo, configurando, claramente, situação que violava a isonomia. Isso porque

as empresas, para realizarem as atividades constantes dos respectivos objetos sociais, adquiriam bens e serviços gravados por essas contribuições, cujo ônus era inteiramente suportado por elas enquanto contribuintes de fato.

Essas empresas tinham, portanto, sua carga real agravada, uma vez que arcavam com o ônus financeiro das contribuições ao PIS e Cofins embutidos nos valores das mercadorias e serviços adquiridos, além da incidência ocorrer em seu próprio faturamento. Ou seja, estava-se diante de exação manifestamente cumulativa, onerando indevidamente a atividade empresarial.

O regime cumulativo acabava por propiciar um tratamento desigual às empresas, mas apenas em se tratando de uma análise de seguimentos econômicos diferentes. Isso porque, todas as empresas prestadoras de determinado serviço específico estariam sujeitas à carga tributária semelhante, na medida em que toda possuem o principal insumo não tributado pelo PIS e Cofins, qual seja, a mão de obra.

Para essas empresas a não-cumulatividade possui pouca relevância. Lado outro, empresas industriais do ramo calçadista, por exemplo, teriam carga tributária também equivalente, porque compelidas a adquirir insumos tributados por essas contribuições. As diferenças tributárias, especificamente para o PIS e Cofins, portanto, decorreriam apenas da diferença do próprio faturamento, não da não-cumulatividade das contribuições. O regime cumulativo, portanto, não gerava desigualdade intrasetorial, mas apenas intersetoriais.

O legislador optou por manter dois regimes com as modificações das supracitadas leis, quais sejam, o cumulativo e o não cumulativo. Ao fazer a opção pelo regime duplo, deveria adotar um critério razoável de discriminação para determinar quais empresas estariam sujeitas ao regime cumulativo e quais estariam ao regime não-cumulativo.

A lógica que demandava a atuação do legislador seguia no sentido natural de estabelecer que estariam sujeitos ao regime não-cumulativo aqueles setores que possuíssem o alto número de créditos em razão da aquisição de bens e serviços para utilização no processo produtivo. Lado outro, aquelas empresas que não possuíssem uma estrutura que gerasse um alto número de créditos, estariam sujeitas ao regime cumulativo, aproveitando da alíquota reduzida.

Esse racional está implícito na própria diferença entre as alíquotas adotadas nos dois regimes. No cumulativo, as alíquotas são de 0,65% para o PIS e 3% para a

Cofins. Já no não cumulativo, as alíquotas são de 1,65% e 7,6%, respectivamente. A diferença tinha como objetivo, exatamente igualar a carga tributária assumida pelos contribuintes nos dois regimes.

Nessa seara, considerado o próprio propósito da norma e intenção do legislador, não faria sentido obrigar os contribuintes que não acumulam créditos ao regime não-cumulativo, tendo em vista que, na realidade, arcaíam com carga tributária superior em um regime que, na realidade, visa reduzir ou neutralizar o impacto da tributação.

Além disso, servindo de robusto suporte teleológico, a Constituição, em seu art. 195, parágrafo 12, dispôs que “a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas” (BRASIL, 1988). Em outras palavras, o elemento de discriminação utilizado pelo constituinte foi exatamente o setor de atividade econômica que ficará sujeito ao regime cumulativo ou não-cumulativo.

O legislador ordinário, por sua vez, disciplinou a matéria de forma casuística pelo art. 8º, da Lei nº 10.637/2002, em relação ao PIS, e art. 10, da Lei nº 10.833/2003, quanto à Cofins, excluindo do regime não cumulativo inúmeras empresas prestadoras de serviços. O rol é extenso e demonstra que empresas prestadoras de serviços, como regra, não devem estar incluídas no regime não-cumulativo, diante da inexistência de créditos relevantes de PIS e Cofins passíveis de compensação. Esse ramo de atividade não representa, ontologicamente, o universo do regime não-cumulativo das citadas contribuições.

Entretanto, o legislador, equivocadamente, optou por utilizar um critério casuístico e exemplificativo, cuja impropriedade e insuficiência são evidentes, resultando em lacunas no rol das empresas que devem ser excluídas do regime não cumulativo. Por essa razão, ao longo do tempo foram sendo acrescentadas empresas no rol de exclusão pela legislação superveniente, notadamente as Leis nº 10.865/2004, 10.925/2004, 11.051/2004, 11.196/2005 e 11.434/2006, mas sempre mantendo o inapropriado critério indicativo e casuístico.

Em outras palavras, na medida em que identificava a lacuna e omissão do sistema normativo, promovia alterações legais no sentido de incluir novas exceções no rol sem, contudo, esgotar as espécies de prestadoras de serviços que, ontologicamente, deveriam ser excluídas do regime não-cumulativo.

A partir da interpretação teleológica, constata-se que esse rol não pode ser exaustivo, tendo em vista que o universo de empresas prestadoras de serviço é incomensurável, sobretudo considerando os tempos modernos, de modo que o critério adotado pelo legislador resulta, inevitavelmente, a lacunas ocultas de regulamentação.

Quanto às lacunas ocultas de regulamentação, Larenz afirma que ocorrem naqueles casos:

em que se faz sentir a falta na lei duma 'ordenação de vigência negativa', portanto, duma regra restritiva. A lacuna não é aqui patente, mas está oculta, porque existe uma regra positiva dentro da qual cabe a situação de facto; falta todavia a esperada restrição da regra, que dela exceptua a situação. (LARENZ, 2009, p. 434).

Sob esse prisma, constata-se que o sentido da lei, o “espírito da lei” estaria em equalizar o tratamento tributário das empresas cujos produtos e serviços são onerados pelas contribuições ao PIS e Cofins. O próprio sistema normativo permite ao intérprete a conclusão no sentido de que deve o legislador conferir a possibilidade de créditos àquelas empresas que os possuem, e conferir alíquotas menores àquelas que não possuem créditos, dando o necessário equilíbrio ao sistema.

Se o emissor, ao instituir a regra, optou por um modelo de indicação de serviços, modelo este falho e impreciso, surge a lacuna que pode ser integrada pelo intérprete.

Nesse cenário, o Tribunal optou por conferir ao jurisdicionado, enquanto empresa prestadora de serviços, o mesmo tratamento dado pela lei às outras prestadoras de serviços, excluindo a empresa do regime não-cumulativo do PIS e Cofins em relação às receitas de prestação de serviços.

O tribunal, portanto, não deixou de aplicar a legislação sob fundamento de ilegalidade e inconstitucionalidade, mas sim atual desenvolvendo o direito no sentido de suprir lacuna existente na regulamentação da lei, sobretudo porque, se mantida a lacuna, dela resultaria um tratamento desigual intra setor de atividade econômica, que passariam a suportar, sem fundamento teleológico que o justifique, com carga tributária superior, à despeito da própria pretensão do legislador.

A questão posta, portanto, não reclama o reconhecimento, por parte do intérprete, de eventuais ofensas ou não à Constituição, mas sim da atividade

desenvolvedora do Direito por parte do intérprete, no sentido de integrar o sistema normativo aplicável, que padece de lacuna.

Diante da existência da lacuna, esta deve ser colmatável pela redução teleológica, como feito pelo Tribunal.

A matéria não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, por ausência de prequestionamento, que configura requisito processual necessário para a admissibilidade do recurso. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, este ainda não enfrentou o tema objeto do referido processo.

Ocorre que o posicionamento supracitado não encontra pacificação no âmbito jurisprudencial. Não está sedimentado nem mesmo no âmbito do próprio tribunal citado.

Nos autos do julgamento do Recurso de Apelação nº 5010219-32.2015.4.04.7107, o mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região adotou posicionamento diametralmente oposto para situação que, considerando os contornos fáticos, reclamava a mesma conclusão jurídica.

O contribuinte ajuizou ação judicial para requerer o reconhecimento do seu direito de apurar e recolher as contribuições ao PIS e Cofins pelo regime cumulativo, com alíquotas de 0,65% e 4% respectivamente. Segundo consta, tratava-se de prestadora de serviços de securitização de crédito comercial e empresarial, que também não estão abrangidos pela norma citada anteriormente, cuja existência de lacunas já foi demonstrada.

Por não estar abrangida pela referida norma, a empresa jurisdicionada estava sujeita ao regime não-cumulativo do PIS e Cofins, atraindo alíquotas superiores e o direito ao crédito que, conforme apontado anteriormente, também não possuía em patamares expressivos.

O julgador relator, na função de intérprete da norma, adotou um posicionamento no sentido de desenvolver o Direito, reconhecendo, como outrora pelo mesmo tribunal, que a finalidade da criação e manutenção de dois regimes era, logicamente, conferir um cenário favorável às ambas situações, garantindo o sistema de crédito àqueles que os possuem em montante relevante e as alíquotas inferiores àqueles que não os possuem.

Para tanto, valeu-se dos mesmos argumentos, quais sejam, a pretensão do legislador poderia ser captada a partir da interpretação teleológica, de modo que a

opção pela indicação exaustiva dos serviços representaria um modelo inapropriado e gerador de lacunas.

Dessa forma, a partir da constatação da existência da lacuna, o julgador Relator optou reconhecer o direito do jurisdicionado a apurar e recolher as contribuições ao PIS e Cofins sob o regime cumulativo, exatamente adequando a lacuna ao “espírito da lei”.

Ocorre que, no presente caso, foi apresentado voto-vista, o qual foi acompanhado pelos demais julgadores e não reconheceu o direito do jurisdicionado. Seus fundamentos estão baseados no papel do próprio Poder Judiciário, limitando a atividade interpretativa criativa do julgador, de modo a reduzir o espectro de alcance das suas conclusões.

Desse modo, valendo-se de uma interpretação estritamente literal das normas envolvidas no caso concreto, que a atividade do jurisdicionado não estava enquadrada nas hipóteses previstas na lei, sendo que, por essa razão, não haveria razão em seus fundamentos.

A posição do julgador pela limitação do seu próprio papel interpretativo, ainda que não constante expressamente dos seus fundamentos, é evidente. Optou-se pela postura de reduzido alcance da atividade legislativa, que compreende tão somente extrair, de modo literal, as normas e os comandos expressos do texto.

Não enfrentou, portanto, a existência ou não de lacunas, de modo a concluir tão somente que aquilo que não está na norma compete ao Judiciário tão somente informar a sua inexistência, afastando a possibilidade de interpretação teleológica da norma.

A interpretação que prevaleceu, no âmbito do papel da interpretação das normas, é insuficiente. Isso porque utilizou apenas um sentido conferido ao legislador, qual seja, o sentido da interpretação literal, renunciando às demais possibilidades, sob o argumento de que a análise deveria se limitar ao rol existente na norma.

O caso específico ainda possuía outro elemento que demandava uma maior participação criativa do intérprete na análise da norma e na verificação da sua aplicação ao caso concreto. A partir da leitura dos dispositivos envolvidos, constatase que a norma prevê que as empresas securitizadoras de créditos imobiliários, financeiros e agrícolas estão sujeitas ao regime cumulativo de PIS e Cofins.

O jurisdicionado, por sua vez, realizava a atividade de securitização de créditos de serviços, comércio ou indústria. Ou seja, a divergência entre a atividade prestada pelo jurisdicionado e a atividade constante da norma se limitava tão somente ao tomador de serviço e não ao serviço prestado em si.

A situação posta reclama a atuação do intérprete no sentido de conferir, em um primeiro momento, a existência ou não da lacuna. Caso esta se confirme, deve integrá-la a partir dos métodos jurídicos admissíveis.

A partir de uma análise teleológica da norma, constata-se que inexistem fundamentos jurídicos, fáticos ou econômicos que justifiquem a não inclusão da atividade do jurisdicionado no rol de exceção do regime não-cumulativo. Pelo contrário, a indicação expressa de empresas que praticam a mesma atividade, mas, para destinatários diferentes, torna-se evidência robusta que deve ser considerada pelo intérprete como “espírito da lei”.

A interpretação limitada do intérprete em casos desta estirpe, demonstra a falha na própria atividade interpretativa, limitando, a partir de um posicionamento restritivo do Poder Judiciário, o alcance que compete ao julgador no desenvolvimento do Direito.

A partir da interpretação sistemática e teleológica da norma, é possível extrair não só o sentido da lei, mas a própria pretensão basilar da norma, que restou maculada pela opção do legislador por um modelo de indicação exaustivo equivocado, gerando lacunas decorrentes da própria falibilidade humana em indicar todas os setores ali previstos ou, até mesmo, prever quais atividades surgirão no futuro.

Portanto, os casos supracitados demonstram como o Poder Judiciário necessita desenvolver não só a análise sobre os casos concretos, atinentes ao direito material, mas também sobre os seus próprios limites, como forma de permitir uma atividade interpretativa criadora e desenvolvedora do Direito.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, conforme demonstrando anteriormente, em lides tributárias⁹, possui posição limitada em relação à atuação criativa do intérprete, mantendo orientação histórica no sentido de vedar interpretações sob a perspectiva de sua atuação exclusivamente como legislador negativo.

⁹ A diferenciação por subsistema é fundamental, tendo em vista o posicionamento da Corte Superior em demandas que envolvem direitos fundamentais, que não são objeto do presente estudo.

A demonstração desse posicionamento pode ser verificada a partir da decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 1.221.783. Na oportunidade, o jurisdicionado sustentava a possibilidade da isenção do Imposto de Renda sobre a renda e rendimento da pessoa física portadora de doença grave se aplicar aos rendimentos do trabalho assalariado.

O Min. Luiz Fux sustentou que as normas de isenção devem ser interpretadas à luz dos critérios literal, histórico, genético, sistemático e teleológica, como quaisquer outras normas jurídicas.

Dessa interpretação pode resultar um alcance mais restrito, conforme interpretação restritiva, ou mais amplo, conforme interpretação extensiva, desde que respeitado o sentido literal possível¹⁰. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a previsão do Código Tributário Nacional de que a “outorga de isenção” será interpretada literalmente, conforme artigo 111, inciso II, resulta na compreensão de delimitação da dimensão ao sentido literal no tocante às isenções.

Dessa forma, não seria possível se falar em interpretações por analogia para isenções tributárias, diante do próprio estabelecimento normativo de critérios interpretativos no subsistema tributário. Destacou ainda que esse comando não obstará a interpretação extensiva, que deve ser interpretada dentro dos limites semânticos das expressões empregadas pelo legislador.

Por essa razão, fixou o entendimento no sentido de que, caso acolhesse a pretensão do contribuinte, reconhecendo a isenção do Imposto de Renda para os rendimentos relativos ao trabalho assalariado, estaria indevidamente atuando como legislador positivo, uma vez que a norma isentiva não previu esses valores.

Entretanto, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não se pode olvidar que a jurisprudência¹¹ e a doutrina (TAVARES, 2010, p. 121) destacam a evolução da rígida dualidade entre decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade para um sistema gradual que, embora mantenha essas decisões em polos distintos, possuem modalidades atípicas de decisão, que se situam em planos intermediários.

São exemplos dessa atuação a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição. Essas modalidades de

¹⁰ Ver apontamentos anteriores neste trabalho a respeito do conteúdo semântico da expressão “sentido literal possível”.

¹¹ Ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF, p. 157.

decisão possuem a característica comum de serem diferentes da mera atuação enquanto “legislador negativo”, tendo em vista que, a partir delas, o intérprete manipula a norma promulgada pelo emissor, modificando-a a partir de elementos interpretativos.

O Poder Judiciário acaba, portanto, atuando, de alguma forma, como “legislador positivo”, já que a interpretação dada pelo órgão judicial pode ser substancialmente distinta daquela originariamente pretendida pelo legislador.

Cite-se, como exemplo, o método da interpretação conforme a Constituição. O julgador, na função de intérprete, ao se valer dessa modalidade, acaba por excluir específicas possibilidades de interpretação da norma, embora compatíveis com o texto diante do critério literal, poderiam contrariar a Constituição. Nesse ínterim, o Tribunal declara a constitucionalidade da norma desde que interpretada em conformidade com a Constituição, de modo que essa interpretação passa, portanto, a ser incorporada ao próprio texto da norma.

O afastamento de “interpretações inconstitucionais” resulta, na realidade, em uma interpretação restritiva ou até mesmo uma redução teleológica, tendo em vista que a interpretação conforme a Constituição tende a possuir menor amplitude em relação ao exercício literal, fazendo com que o Tribunal impute ao dispositivo normativo especificação não constante da sua literalidade (LARENZ, 2009, p. 481).

No âmbito tributário, ainda que sustente o posicionamento restritivo já apontado no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal historicamente se vale da interpretação conforme a Constituição, ainda que sem empregar essa nomenclatura de forma expressa. Esse posicionamento fica evidenciado a partir do julgamento da ADI nº 1.758/1998, em que se discutia se a incidência do Imposto de Renda sobre rendimentos percebidos em aplicações financeiras “inclusive por pessoa jurídica imune” alcançava aquelas sujeitas à imunidade recíproca.

Igualmente, por meio da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto o julgador, na função de intérprete, acaba por comprimir o âmbito de incidência da norma. Ainda que a doutrina faça diferenciação em relação à interpretação conforme a Constituição, já que as incidências da norma estariam excluídas dela, enquanto nesta estar-se-ia afastando interpretações (MENDES, 1999, p. 104), na realidade, a distinção tende a ser fluida, com difícil identificação dos seus

limites, ambas representando um processo intelectual lógico que conduz à redução teleológica (SAMPAIO, 2002, p. 123).

O emprego das técnicas de interpretação supracitadas acaba por ser inevitável, principalmente considerando por motivos pragmáticos, já que a mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma não resolveria, de forma adequada, as questões constitucionais anteriormente postas.

Isso porque a mera declaração de constitucionalidade ampla manteria aquela interpretação literal que, caso aplicada, resultaria em violação ao próprio comando constitucional. Contudo, a declaração de inconstitucionalidade, por sua vez, macularia por completo uma norma que, na realidade, é constitucional, de modo que apenas uma das interpretações possíveis dada a ela resultaria na ofensa à Constituição, violando a presunção de constitucionalidade da norma, fazendo com que a redução teleológica aplicada seja elemento suficiente para adequá-la à Constituição.

Dessa forma, constata-se que, ainda que o Supremo Tribunal Federal possua entendimento amplamente restrito em relação à função criativa do Poder Judiciário no âmbito das lides tributárias, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto podem ser consideradas manifestações de auto delimitação judicial, já que impedem a mera declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma.

Porém, revelam também certa atuação criativa por parte do intérprete, nas hipóteses em que o tribunal, a partir de princípios constitucionais abertos, acaba por se afastar do sentido literal do dispositivo que é objeto da atividade interpretativa. O tribunal cria, por exemplo, diversas cláusulas de restrição que não constam do texto, demonstrando a sua atuação desenvolvidora do Direito.

5 CONCLUSÃO

O Estado de Direito está pautado, sobretudo, no respeito às normas, ao sistema normativo e aos comandos sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais.

O Constituinte optou por adotar o sistema de repartição dos poderes, atribuindo a cada um deles a função e a competência específica de atuação. Compete ao Poder Executivo, de modo geral e resumido, a função de administrar a máquina pública, promovendo o bem-estar social, devendo obediência às normas existentes.

Ao Poder Legislativo cumpre a especial função de criar as normas que irão compor o próprio sistema normativo como um todo, seja aquelas direcionadas à materialidade em si dos direitos, sejam aquelas relativas à própria autorregulação do sistema.

O Poder Judiciário, por sua vez, possui a missão de julgar as demandas e promover a pacificação social, apresentando respostas, juridicamente embasadas, às demandas que lhe são apresentadas. As questões colocadas no âmbito da abstração podem acabar transparecendo uma aparente ausência de imbricamentos lógicos e estruturais desses poderes, de modo que a solução deve ser apresentada pelo próprio sistema, sob pena de ruir a base normativa que o sustenta.

Nesse âmbito, surgem questões que atraem a necessidade de atenção do jurista, situadas nos limites de cada um dos poderes e no próprio alcance de seus avanços. Tanto o posicionamento indevidamente expansivo, no sentido de promover atos além de sua competência, ou o posicionamento equivocadamente restritivo, no sentido de não atuar onde lhe caberia, promovem uma falha no sistema do Estado de Direito, fazendo com que os jurisdicionados não recebam a devida prestação jurisdicional.

O presente trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, pretendeu analisar o processo de criação e interpretação da norma tributária, sob a perspectiva do intérprete e dos seus limites de atuação, que podem estar além ou aquém da competência originariamente prevista pelo Constituinte.

Para tanto, foi necessário elaborar contornos iniciais a respeito da própria elaboração da norma, como forma de identificar, desde já, o papel do intérprete, sempre observando que as análises estariam sujeitas ao subsistema tributário, que possui delimitações específicas em relação à sua própria natureza.

Passadas as delimitações e os contornos de elaboração da própria norma, o presente trabalho se valeu das proposições de Karl Larenz para delimitação do marco teórico, sendo os trabalhos do referido autor o norte técnico para analisar os casos em comento.

Larenz promoveu substanciais modificações no âmbito jurídico, trazendo uma nova perspectiva, sobretudo, em se tratando da atividade interpretativa, afastando-se da ideia do intérprete expectador, sem qualquer função criativa. Diante da sua constatação de que a função do intérprete também deveria compreender a atuação

desenvolvedora e criativa, pretendeu, metodologicamente, criar mecanismos para que esse trabalho acontecesse.

Conforme observou-se nos fundamentos apresentados, conferir ao intérprete uma função ativa dentro do processo de interpretação da norma não representa, sob nenhuma perspectiva, conferir uma espécie de carta branca, autorizando-o a se afastar do elemento literal fundamental que deve ser um dos primordiais critérios interpretativos.

Ao passo que essa atividade criadora é autorizada, deve, de fato, existir uma espécie de estrutura que crie os elementos necessários para estabelecer, metodologicamente, quais devem ser os elementos que instruem a atividade do intérprete.

Caso não existam, corre-se o risco de se afastar do caráter científico do Direito, sendo essas uma das preocupações apresentadas por Larenz. Permitir que o intérprete tenha uma atuação criativa e desenvolvida do Direito, considerando que a maior parte dos fundamentos e razões que justificam as conclusões externalizadas estão, na realidade, dentro do próprio intérprete, representam risco de criação de discricionariedade indesejada.

Essa discricionariedade deve, principalmente, ser afastada quando não decorra do exercício de um caminho logicamente válido e juridicamente constatável e relevante.

Feitas essas considerações sobre a criação da norma e sobre o papel do intérprete, o presente trabalho pretendeu apresentar o contexto tributário e as aplicações das proposições de Larenz, convergindo-os e analisando a possibilidade de sua aplicação.

No cenário normativo atual, a falibilidade da produção normativa é crescente e deriva, muitas vezes, da produção de normas tributárias sem o devido debate público, muitas das vezes fortemente influenciadas por perspectivas políticas do momento, considerando também as proposições a partir de Medidas Provisórias que, dada a própria natureza possuem inúmeros problemas jurídicos.

As Medidas Provisórias, além de serem produzidas pelo Poder Executivo, representando, de certa forma, o esvaziamento do Poder do Legislativo, ainda que temporário, possuem o problema de imporem uma análise para conversão em lei,

muitas vezes, de modo apressado, sumarizando o amplo debate público que deveria ocorrer previamente.

Esse cenário resulta na elaboração de leis tributárias defeituosas ou falhas, havendo um descasamento entre o interesse inicial do legislador e o produto do seu trabalho, fazendo com que nem sempre a norma elaborada seja, necessariamente, a norma que se pretendia ter feito.

Torna-se um agravante desse quadro a insistente opção do legislador para, em matéria tributária, indicar exaustivamente situações, setores, contribuintes e fatos que serão alcançados por normas de incidência ou de isenção, potencializando o risco de inadequação ou impropriedade do produto normativo.

Logo, configura-se um cenário que, a despeito de possuir aparente organização, constitui verdadeiro “carnaval tributário”¹², criando instabilidade sistêmica que gera, como consequência, violação ao princípio da segurança jurídica. Tem-se, portanto, um cenário em que normas tributárias são editadas a partir de um viés político que se altera com frequência; sem um amplo e calmo debate público prévio; muitas vezes a partir de Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo; com a delimitação de prazos curtos para aprovação ou rejeição; com a equivocada escolha por elementos e rol exemplificativos e exaustivos, aumentando, significativamente, o risco de existência de lacunas e falhas de legislativas.

Nesse âmbito, surge uma maior demanda por um trabalho mais acurado por parte do intérprete. Redução e extensão teleológica ou os métodos apresentados por Larenz estão presentes em caso de leis defeituosas, seja por disporem além do que deveriam, seja por tratarem de matéria aquém do que lhe competiam.

Dessa forma, em um cenário como o cenário normativo brasileiro, o papel do intérprete tem a função de equilibrar essas situações, apresentando respostas corretas e satisfatórias para as demandas que são apresentadas.

O presente trabalho demonstrou que, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, pouco se avança em relação à atividade criadora do intérprete em matéria tributária. As proposições de Larenz repercutem, de forma mais intensa, apenas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que compreende os Estados do sul do Brasil.

¹² Em referência à obra jurídica de Alfredo Augusto Becker, que possui este nome.

Existem decisões relevantes no âmbito daquele tribunal, com entendimentos e orientações jurisprudenciais que vem sendo trabalhadas ao longo dos últimos quinze anos, demonstrando que as proposições de Larenz no sentido da atuação criativa do intérprete possuem forte acolhimento na região.

Porém, conforme também demonstrado, ainda existem decisões pautadas em uma função meramente descritiva do intérprete, limitando-se ao elemento literal da sua atuação, de modo que aquilo que não está escrito na norma não permite ao intérprete qualquer função adicional. Descreve-se o que existe, enquanto intérprete e cria-se, enquanto emissor.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, constata-se um posicionamento historicamente limitador da atuação do julgador, no sentido de reiterar a consolidada jurisprudência que impede o intérprete de atuar como “legislador positivo”. Esse posicionamento, estritamente ligado às discussões tributárias, impede que falhas legislativas ou omissões recebam o devido tratamento e sejam robustamente analisadas por intérpretes que possuem, ou deveriam possuir, notável saber jurídico, promovendo respostas às demandas judiciais apresentadas.

Conforme se demonstrou, esse mesmo posicionamento restritivo não encontra amplo e sintonia em se tratando de formatos específicos de julgamento, como a interpretação conforme a constituição e o reconhecimento da inconstitucionalidade sem redução de texto.

Nessas modalidades, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pela possibilidade de atuação, ainda que, em caráter filosófico, também representem certa dose de atuação enquanto “legislador positivo”. Isso porque, para reconhecerem a constitucionalidade de determinada norma, acabam por criar restrições não previstas no texto, fazendo com que estas passem a integrar o próprio conteúdo essencial da norma, sob pena de representar ofensa à Constituição.

Portanto, o presente trabalho cuidou de demonstrar, ao final, que os critérios interpretativos em casos de lacunas da norma ou de falhas em sua elaboração, em matéria tributária, ainda carecem de maior desenvolvimento por parte do Poder Judiciário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, possui interpretação excessivamente restritiva, fixando a sua competência aquém do seu real alcance.

6 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert **Interpretação teleológica e vinculação à lei**, Trad. Miguel Brito Bastos, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: Pensamento formal e argumentação**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2002.

ALVES, Sílvia. **O espírito das leis – para uma teoria da interpretação da lei no século XVIII**, Separata Revista da FDUL, vol. XLII, n. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. **STF Esse desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA MACHADO, J. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**, Coimbra, Almedina, 1993.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O Planejamento Fiscal e a Interpretação no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas de atuação do Poder Judiciário – Ativismo Judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e a realidade social e o direito de acesso à justiça**. 2 ed. Ilhéus: Editus, 2008.

BORNHOLD, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Editora Edipro. 2005.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5. 172 de 25 outubro de 1966. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1097.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 711.

BRASIL. Lei, nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1757p.

BRASIL. Lei, nº 10.520, de 17 de julho de 2002. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1218.

BRASIL. Medida Provisória número 540, de 02 de agosto de 2011. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.318.

BRASIL. Medida Provisória número 582, de 20 de setembro de 2012. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.716.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário número 1.221.783, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30/09/2019, publicado em Processo Eletrônico DJe-215, Divulgado 02/10/2019 Publicado em 03/10/2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.351, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, Diário de Justiça 30-03-2007 pp-00068, republicação: Diário de Justiça 29-06-2007 página 00031, volume 00207-01, página 00116

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade 1758, Relator(a): Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2004, Diário de Justiça 11-03-2005, página 00006, 2005.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Recurso de Apelação número 5003603-44.2015.4.04.7203, PRIMEIRA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 24/03/2017.

BRONZE, Fernando José, **Lições de Introdução ao Direito**, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

CAMPOS. Antônio J. Franco. **Interpretação Hermenêutica e Exegese do Direito Tributário**. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1977.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPAZ, Walter. Direito: **Interpretação, Aplicação e Integração**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário Vol 2**. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Linguagem e Método**. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Noeses, 2013.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8.ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOMINGOS DE ANDRADE, **Ensaio sobre a interpretação das leis**, Coimbra, Arménio Amado, 1963.

DUARTE, Rui Pinto. **Convicção-Crença' nas decisões judiciais**, Themis, Ano VI, n.º 6, Coimbra, Almedina, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 3.ªEd., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros. 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRARA, Francesco. **Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. Trad. Domingos de Andrade. Coimbra, Arménio Amado, 1987.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2004.

GIANELLA DE SALAMA, Alicia. Lógica simbólica In: MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. **Positivismo, hermeneutica y teoria de los sistemas**. Buenos Aires: Biblos, 1994.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado Democrático**. São Paulo: Editora Forense, 2001.

GRAU, Roberto Eros, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, São Paulo, Malheiros, 2005.

GUIBOURG, Ricardo. **Introduccion al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1997.

HARTZ, Wilhelm. **Interpretação da lei tributária: conteúdo e limites do critério econômico**. Trad. Brandão Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 1993.

IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica – O Cerco da Linguagem**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, vol. 4, outubro a dezembro de 2000, Rio de Janeiro: Editora Padma.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Tradução Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Trad. José Lamago. 4a Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Validade e eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005.

LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**, In: Temas de direito processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad. 2000.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José De. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva. 3. ed. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1992.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Validade, vigência, eficácia e aplicação das normas**. In. Revista do Programa de Pós Graduação em Direito – PUC-SP. Direito. Nº 2. São Paulo: Max Limonad, 1995.

SILVA, Rodney Malveira da. **Hermenêutica Contratual**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SOUSA, Rubens Gomes et al. **Interpretação no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

STRECK, Lênio Luiz. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz, “**O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas**”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

TAVARES, Alexandre Macedo. **O supremo tribunal de Justiça e a redução teleológica do alcance da denúncia espontânea: uma análise crítico-reflexiva**, Revista Tributária e de Finanças Públicas, 2008.

TAVARES, André Ramos. **A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **Introdução ao Direito**, Coimbra, Almedina, 2012.

TORRENS, Haradja Leite. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos**. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. São Paulo: Editora Forense, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. In VILANOVA, Lourival. **Estudos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Norma jurídica**. 4.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Normas jurídica – proposição jurídica: significação semiótica**. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico – investigações filosóficas**.
5.ed. Lisboa: 2011 Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.