

FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES

Éderson Garin Porto

Resumo: O presente artigo investiga premissas teóricas sobre a interpretação do Direito, de modo que a pesquisa concentra-se no campo da Teoria do Direito. O texto tem como objeto a análise das teorias cognitivista e cética que buscam explicar o fenômeno da interpretação jurídica, aproximando-as e rivalizando-as. A abordagem utiliza o método analítico, decompondo cada premissa sustentada pelas teorias apresentadas, apontando suas virtudes e fragilidades. A análise permite apontar as deficiências e os inconvenientes da adoção das versões originais de cada teoria, sendo possível demonstrar que na prática forense já se trabalha com a mescla de cada uma das teorias. Em síntese, a investigação permite concluir que a aplicação pura da teoria cética não é compatível com a missão do Direito, assim como não se pode considerar totalmente ultrapassada a teoria cognitivista da interpretação, pois esta cumpre um papel fundamental na tarefa do intérprete.

Palavras-Chave: Interpretação – teoria cognitivista – teoria cética - epistemologia

THEORETICAL FOUNDATIONS FOR A CRITICISM OF JURISPRUDENCE OF SUPERIOR COURTS

Abstract: This article investigates theoretical assumptions about the law's interpretation, so that the research focuses in the field of legal theory. The paper aims to analyze the cognitive and skeptical theories that attempt to explain the phenom-

enon of legal interpretation, approaching them and rivaling them. The approach uses the analytical method, decomposing each premise supported by the theories presented, pointing out their strengths and weaknesses. The analysis allows to point out the shortcomings and drawbacks of adopting the original versions of each theory. It is possible to demonstrate that the forensic practice is already working with the mixture of each theory. In summary, this research shows that applying the pure version of the skeptical theory of legal interpretation is not compatible with law's mission, and can not be considered completely outdated cognitive theory of legal interpretation, since it plays a key role in the task of the interpreter.

Keywords: Interpretation – cogniviste theory – skeptical theory - epistemology

INTRODUÇÃO



Suponha-se que um advogado pergunte-lhe: qual o prazo para a interposição do Recurso Especial? Poder-se-ia, rapidamente, pré-julgar o humilde causídico, chamando-o de despreparado. Afinal, como não saber o prazo para interposição de um recurso tão importante para o Direito Brasileiro? Outros, mais ponderados, poderão refletir um pouco e recordar que existem algumas divergências sobre o cálculo do prazo na jurisprudência das Cortes Superiores. Um grupo mais sofisticado, composto por estudiosos do tema, apontariam as nuances e diriam: depende.

Este caso singelo e, ao mesmo tempo, emblemático serve para ilustrar a discussão que o presente ensaio pretende travar. Todos aqueles que atuam no contencioso (advogados, magistrados, membros do Ministério Público) sabem que o prazo para interposição do Recurso Especial, segundo dicção do arti-

go 508 do Código de Processo Civil, é de 15 dias. Evidentemente que todos que passaram pela formação acadêmica, aprenderam a forma de contagem dos prazos processuais que está detalhadamente prevista no Código de Processo Civil, em especial, no artigo 184. Então: qual a dificuldade para informar o prazo de interposição do Recurso Especial? Essa dificuldade acaba sendo um problema para todos aqueles que atuam perante os Tribunais Superiores, já a correta interpretação sobre a contagem de prazo a ser conferida pelas Cortes sofre variações. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é extremamente criativo na formulação de teses sobre a tempestividade dos recursos. Apenas a título exemplificativo pode-se invocar a chamada tese do recurso prematuro¹. Segundo o Superior Tri-

¹ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE ADVERSA. AUSÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO. SÚMULA N. 418 DO STJ. DECLARATÓRIOS NÃO PROVIDOS. IRRELEVÂNCIA. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A rejeição dos embargos de declaração da parte adversa, pelo Tribunal a quo, não exige o recorrente de ratificar as razões do recurso especial. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 19.471/CE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 07/02/2012).

2. O prazo para que haja a ratificação das razões do especial coincide com o prazo em que este deveria ter sido apresentado, qual seja, quinze dias contados a partir da data de publicação do último acórdão integrativo proferido. 3. Impossível aceitar a ratificação do recurso especial nas razões de agravo, como pretende o agravante. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 209.089/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012); "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO REGIMENTAL ANTERIORMENTE INTERPOSTO. INTEMPESTIVIDADE. OCORRÊNCIA. 1. Prematuro o recurso interposto antes de iniciada a fluência do prazo recursal. 2. Havendo oposição de aclaratórios pela parte contrária, cabe ao recorrente, após a nova deflagração do prazo, ratificar o recurso anteriormente interposto. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO". (AgRg no REsp 1215957/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012).

bunal de Justiça, o recurso deve ser apresentado dentro prazo e isto significa que não pode ser interposto antes de ter sido publicado. Em decisão proferida em sede dos recursos repetitivos e, posteriormente, gerando a edição da Súmula nº 418: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Esta orientação jurisprudencial justifica a preocupação do advogado fictício que introduz o tema e ilustra a discussão que se pretende travar neste artigo. Afinal: podemos conhecer antecipadamente as normas jurídicas ou estas sempre serão fruto da escolha do intérprete e, portanto, somente poderão ser conhecidas após a atividade interpretativa. Esta discussão é rivalizada por duas teorias que explicam o fenômeno da interpretação. De um lado está a teoria cognitivista que compreende que a atividade interpretativa é um ato de conhecimento. De outro, está a teoria cética que compreende a interpretação com um ato de decisão, escolha entre os sentidos possíveis.

Em síntese, este é o debate que se almeja abordar nas próximas páginas, enfrentando o tema em duas partes. A primeira metade do ensaio será dedicada a explicar as concepções sobre a Ciência do Direito e seus respectivos e projetos. Na segunda parte, a proposta é analisar as teorias da interpretação, buscando demonstrar como cada uma propõe descrever a atividade interpretativa. Ficarà reservada para a segunda metade do artigo o enfoque mais detido da teoria cognitivista, com suas posições e, ao final, propor uma aplicação para o sistema jurídico pátrio.

1. POR UMA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA.

1.1. UMA BREVE APRESENTAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA OU TEORIA DO CONHECIMENTO.

A questão que subjaz ao tema a ser enfrentado e pode ser considerada o ponto de partida desta pesquisa constitui-se no objeto central da Epistemologia². Desde o período pré-socrático até os dias atuais, a Filosofia questiona o que é conhecimento e como alcançamos tal conhecimento³. A relevância desta indagação está no cerne do questionamento proposto neste ensaio. Afinal, como é definida uma norma jurídica? O enunciado normativo revela-se a partir do texto e já existe enquanto texto jurídico ou ele somente é apreensível depois de passar pela interpretação e não há falar em norma jurídica antes da atividade hermenêutica?

Como se pode perceber, as respostas passam pela noção de como conhecemos as coisas e como é construído o conhecimento. Considerando os limites do presente artigo, não há possibilidade para incursionar nas origens da epistemologia, tampouco é facultado expor as diferentes orientações defendidas pelos filósofos que se aprofundaram no tema. Impõe-se, todavia, definir alguns pontos de partida e justificar as escolhas de certas orientações filosóficas adotadas como paradigmas para o trabalho⁴.

1.1.1. PROBLEMA CLÁSSICO E A SOLUÇÃO FILOSÓFI-

² Epistemologia (do grego ἐπιστήμη [episteme] - conhecimento, ciência; λόγος [logos] - estudo de), também chamada de teoria do conhecimento, é o ramo da filosofia que trata da natureza, das origens e da validade do conhecimento. BERKELEY, George. *Tratado do Conhecimento Humano*. Coimbra: Coimbra, 1958, p. 13. BLANCHÉ, Robert. *A Epistemologia*. Lisboa: Editorial Presença, 1975, p. 9. CARILHO, Manuel Maria. *Epistemologia: Posições e Críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 162. MOSER, Paul K; MULDER, Dwayne H; TROUT, J.D. *A Teoria do Conhecimento : Uma Introdução Temática*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 27.

³ Há dissenso sobre o surgimento da teoria do conhecimento, sendo que muitos apontam para o período medieval e moderno. Todavia, o que se pretende fazer referência é ao questionamento já presente no período antigo, ainda que não sobre a roupagem de ciência.

⁴ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 21.

CA.

Deparamo-nos, portanto, diante do “problema clássico” da filosofia que reside em saber distinguir entre o mundo como percebemos e o mundo como realmente é. Como distinguir aquilo que é percepção individual, particular do mundo, daquilo que pode ser considerado universalizável. Afinal, o que realmente é aparência e o que é realidade?⁵

Pensando em solucionar este dilema, a filosofia propôs uma discussão dividindo aquilo que é objetivo, daquilo que é subjetivo, estabelecendo uma clara distinção entre uma situação e outra. Segundo Claudio Michelon, pode-se atribuir, ainda que com variações, a distinção aos pensadores Galileu e Descartes. Cada um, a seu modo, propõe que a distinção entre objetivo e subjetivo está associada ao lugar onde ocorrem os eventos subjetivos (mundo interior) e os eventos objetivos (mundo exterior)⁶. Para Kant, os termos objetivo e subjetivo estão relacionados com aquilo que se pode justificar. Na visão de Kant, um dado é objetivo na medida em que pode ser testado e compreendido por quem quer que seja⁷. Karl Popper problematiza a possibilidade de justificar ou testar teorias científicas. Na opi-

⁵ O problema é suscitado por Bertrand Russell em sua obra clássica nos seguintes termos: “Is there any knowledge in the world which is so certain that no reasonable man could doubt it? This question, which at first sight might not seem difficult, is really one of the most difficult that can be asked. When we have realized the obstacles in the way of a straightforward and confident answer, we shall be well launched on the study of philosophy—for philosophy is merely the attempt to answer such ultimate questions, not carelessly and dogmatically, as we do in ordinary life and even in the sciences, but critically, after exploring all that makes such questions puzzling, and after realizing all the vagueness and confusion that underlie our ordinary ideas”. RUSSELL, Bertrand. *The Problems of Philosophy*. Project Gutenberg’s, 2009. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/5827/5827-h/5827-h.htm>. MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 39.

⁶ MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 44.

⁷ KANT, Immanuel. *Critique of Pure Reason*. The Transcendental Doctrine of Method, chapter ii, section 3, p. 645.

nião do pensador, as teorias podem ser inter-subjetivamente testadas⁸. Kant aplica a expressão “subjetivo” aos nossos sentimentos de convicção e relega a inquirição da origem desses sentimentos à psicologia. Talvez se possa atribuir à Kant o ineditismo da relação entre a objetividade das afirmações científicas com a construção de teorias, de modo que somente se pode estabelecer uma assertiva se o evento a ser enunciado foi testado, observado e repetidas vezes verificou-se sua ocorrência⁹. Popper prefere associar a objetividade com aquilo que pode ser testado e após certa regularidade e reprodução do evento, medida que visa afastar a mera e isolada coincidência, possa ser suscetível de classificação como objetivo¹⁰.

Considerando que a ciência moderna passou a buscar incessantemente a certeza, tornando-a valor fundamental, compreende-se a tentativa de afastar todos aqueles juízos imprecisos que pudessem gerar incertezas e que fossem capaz de iludir o cientista com meras aparências. O subjetivo ou “mundo inte-

⁸ Diz Popper: “Now I hold that scientific theories are never fully justifiable or verifiable, but that they are nevertheless testable. I shall therefore say that the objectivity of scientific statements lies in the fact that they can be inter-subjectively tested”. POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Routledge, 2005, p. 22.

⁹ POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Routledge, 2005, p. 23.

¹⁰ Popper compara ao cientista que encontra faz uma descoberta, mas que em seguida desaparece e não se repete mais. Neste caso, o hipotético cientista não está autorizado a afirmar que fez uma descoberta: “Every experimental physicist knows those surprising and inexplicable apparent ‘effects’ which in his laboratory can perhaps even be reproduced for some time, but which finally disappear without trace. Of course, no physicist would say in such a case that he had made a scientific discovery (though he might try to rearrange his experiments so as to make the effect reproducible). Indeed the scientifically significant physical effect may be defined as that which can be regularly reproduced by anyone who carries out the appropriate experiment in the way prescribed. No serious physicist would offer for publication, as a scientific discovery, any such ‘occult effect’, as I propose to call it— one for whose reproduction he could give no instructions. The ‘discovery’ would be only too soon rejected as chimerical, simply because attempts to test it would lead to negative results.6 (It follows that any controversy over the question whether events which are in principle unrepeatable and unique ever do occur cannot be decided by science: it would be a metaphysical controversy.)”. POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Routledge, 2005, p. 24.

rior” são, em essência, eventos da mente, de modo que se revela impossível estabelecer juízo de verdade ou falsidade sobre aquilo que passa na mente humana. Como assevera Michelin: “Por consequência, não faz sentido predicar falsidade de descrições sinceras que eu faço dos fatos de meu mundo interior, pois não posso estar enganado a seu respeito”¹¹. Se a subjetividade ou aquilo que não pode ser controlável é considerado desprezível para a ciência, como dar conta do fenômeno jurídico? Colocando em outras palavras, se toda a norma é produto da atividade do intérprete, produto de uma valoração, de um decisão, então como falar controle intersubjetivo? Surge um problema grave que as propostas até hoje apresentadas não deram conta.

1.1.2. UMA EPISTEMOLOGIA PRÓPRIA DO DIREITO.

Como referido antes, a ciência moderna passou a perseguir a certeza e privilegiar juízos objetivos em detrimento daquilo que é sensorial ou diz respeito ao “mundo interior”, chamado de subjetivo. No entanto, é possível aplicar estes mesmos postulados ao Direito? É viável construir uma concepção absoluta de objetividade? É possível pensar o Direito a partir de nenhuma perspectiva ou, como Thomas Nagel cunhou, conceber o Direito a partir de “visão desde lugar algum”¹²? Para sustentar tal posição, o defensor da tese terá que superar três obstáculos levantados por Claudio Michelin: (a) quem defende uma concepção absoluta de objetividade não pode admitir que uma descrição particular possa ser considerada descrição objetiva, pois tal assertiva caracterizaria uma contradição em termos; (b) a visão absoluta da objetividade afasta toda e qualquer perspectiva particular, mas para assim proceder necessita esta-

¹¹ MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 50.

¹² NAGEL, Thomas. *Subjective and objective*. In: NAGEL, Thomas. *Mortal questions*. 15ª reimpressão. Cambridge: Cambridge University, 1995, p.

belecer uma concepção sobre a nossa linguagem. Em assim agindo, faz-se necessário estabelecer regras para que os conceitos linguísticos sejam empregados de forma correta, de modo que este procedimento redundaria em retorno à subjetividade e (c) por fim, a definição de objetividade exige que seja atribuída qualidade a algo para que assim seja possível classificá-lo como objetivo ou subjetivo. Ocorre que a atribuição de qualidade passa necessariamente pelos sentidos de quem as atribui e isto ocorre a partir de uma perspectiva particular¹³.

A conclusão que se poderia chegar, e que alguns céticos sustentam, é que não é possível trabalhar com objetividade no Direito, já que tudo dependeria de um determinado ponto de vista. Assim, se é pressuposto passar por alguma perspectiva particular, então acabar-se-ia sempre num subjetivismo. Não seria possível almejar a objetividade, já que a própria definição dos parâmetros demandaria exame sensorial particular e subjetivo. Voltando ao exemplo do prazo, poderíamos ilustrar dizendo que a regra sobre o momento do início e o momento do término dependerá da valoração futura do intérprete, sendo impossível apontar previamente para regra. Se qualquer definição é possível, não se pode predicar juízos de certeza ou inexatidão dos enunciados, já que decorrem de construções do intérprete e não se pode conhecê-los previamente. Esta visão reduz os enunciados jurídicos a meras aparências, na medida em que não se pode tecer nenhuma conclusão objetiva. Assim, os juízos passam a ser lastreados em aparências ou sentimentos extraídos dos pontos de vistas particulares.

Algumas vozes voltam-se contra tal orientação, refutando esta visão considerada cética. Hart, por exemplo, desenvolve o conceito de “aceitação” para dividir a sociedade entre aqueles que aceitam e seguem as regras, daqueles que simplesmente não assumem as regras como pauta de conduta. Esta divisão

¹³ MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 116-131.

gera o chamado “enunciado interno” relativo ao primeiro grupo (que aceitam e respeitam as regras) e “enunciado externo” para o segundo grupo (aqueles que não aceitam as regras e as desconsideram)¹⁴. Para Hart, as regras sociais aceitas por determinada sociedade são enunciados internos e existem de modo objetivo, pois possuem conteúdo cognitivo. Na medida em que a sociedade aceita e segue determinadas regras sociais, assumindo-as como válidas e respeitando-as, esta aceitação torna-as objetivas e passíveis de conhecimento desde antes. A explicação de Hart para escapar do ceticismo e conferir rigorismo científico as suas proposições está na distinção entre os enunciados internos e os enunciados externos, de modo que a condição de verdade para cada um deles não pode ser idêntica. No caso dos enunciados internos, o critério para definição de verdade é uma regra, chamada por ele de “regra de reconhecimento”¹⁵. Deste modo, a comunidade que compartilha e aceita determinadas regras, tem-nas por verdadeiras porque reconhecem uma regra fundamental que legitima todas as outras que nas palavras de Hart é a regra de reconhecimento¹⁶.

¹⁴ “Denominaremos a la primera expresion, un enunciado interno, porque manifiesta un punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema. Denominaremos a la segunda forma de expresión un enunciado externo, porque es un lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar la regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan”. HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 128. MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 157.

¹⁵ HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 130. MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 158.

¹⁶ HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 133. Michelin afirma: “O contexto no qual faz sentido proferir enunciados internos é aquele em que: 1) uma pessoa asseire a validade de uma regra usa uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar as regras jurídicas; 2) esta regra de reconhecimento não é só aceita por ele, mas é aceita e empregada geralmente na forma de operar do sistema”. MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 164.

Pode-se dizer que a coerência do Direito reclama o compartilhamento de certo padrão linguístico como pressuposto para o compartilhamento das regras, sob pena de todo o resto não fazer sentido algum. A partir de um consenso linguístico é possível constatar que uma regra está sendo utilizada e como refere Michelon “a utilização é condição necessária e suficiente para a existência de uma regra: isso pertence à essência de uma regra”¹⁷. Wittgenstein já sustentava que a essência é expressa pela gramática, de modo que ela define que tipo de objeto estamos tratando¹⁸. Faz-se necessário estabelecer um padrão linguístico que reflete inelutavelmente numa “forma de vida” para utilizar a expressão de Wittgenstein¹⁹, o que significa dizer que a sociedade que compartilha uma mesma “forma de vida” e tem como válido um mesmo padrão de linguagem, aceita certas regras e considera que as mesmas são verdadeiras porque confiam e respeitam a regra de reconhecimento que lhes confere legitimidade.

Sendo assim, a proposta epistemológica que parece mais adequada reside em reconhecer que num determinado grupo social que reconhece e aceita certas regras, pode-se falar em “enunciados internos” que serão considerados verdadeiros a partir do compartilhamento de uma regra que valida as regras aceitas pelo grupo. Esta verificação baseia-se numa “forma de vida” compartilhada que se faz aferível por meio de uma lin-

¹⁷ MICHELON, Claudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

¹⁸ “371. IELssence is expressed by grammar. 372. Consider: "The only correlate in language to an intrinsic necessity is an arbitrary rule. It is the only thing which one can milk out of this intrinsic necessity into a proposition." 373. Grammar tells what kind of object anything is. (Theology as grammar.)”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Trad. G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1958.

¹⁹ “19. It is easy to imagine a language consisting only of orders and reports in battle.—Or a language consisting only of questions and expressions for answering yes and no. And innumerable others.— And to imagine a language means to imagine a form of life”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Trad. G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1958.

guagem comum.

1.2. DO FORMALISMO AO CETICISMO.

A tensão entre a posição que pretende atribuir um conceito cognitivista e objetivo ao Direito ante aquela que põe em cheque a possibilidade de conferir objetividade e compreende que só se pode falar em enunciado normativo após a atividade interpretativa, colocou em lado opostos duas correntes: de um lado os Teóricos-cognitivistas²⁰ e, de outro, os Céticos²¹.

É certo que o compartilhamento de certas regras e mesmo a aceitação e respeito dessas normas não torna o sistema perfeito e apto a fornecer todas as respostas a todos os conflitos²². Esta visão oitocentista de sistema jurídico completo e autosuficiente, onde as codificações representavam obras-primas capazes de regular todo e qualquer conflito, está superada²³. Não

²⁰ Arthur Kaufmann arrola como cognitivistas: Herbert Hart, Alf Ross, Kazimierz Opalek, Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio e Ronald Dworking. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 2ª reimpressão. Trad. Luís Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006, p. 87.

²¹ GUASTINI (por todos, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 407 e ss.), na esteira de HART (HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, pp. 155 e ss.), encontrando eco em CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, pp. 143-147; BARBERIS, Mauro. Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. (coord.). *Analisi e diritto*. Turim: Giappichelli, 2000, dentre outros. Por outro lado, DICIOTTI prefere uma divisão bipartite com variantes internas. Nesse sentido, DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Turim: Giappichelli, 1999, em especial o quadro sinótico à p. 87. Igualmente VELLUZZI, Vito. Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione. In: *Diritto & questioni pubbliche*, nº 5, 2005, pp. 104 e ss.

²² Isso, segundo ROBERT ALEXY, decorre em razão de quatro fatores: (1) a vagueza da linguagem jurídica; (2) a possibilidade do conflito de normas; (3) a possibilidade de existir casos que requerem solução que não se encaixa em nenhuma norma válida existente e (4) a possibilidade de uma decisão ser contrária à letra fria da lei. ALEXY, Robert. *Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 1.

²³ Perelman recorda a escola da exegese: "(...) limitamos aos anos de 1830-1880 o

obstante as regras jurídicas tenham a pretensão de generalidade, buscando regular o maior número de situações possíveis, é certo referir que este é um fim inatingível.

O uso da linguagem, como visto antes, é o critério identificador do compartilhamento da mesma “forma de vida”, tornando as regras passíveis de serem conhecidas por todos. No entanto, a técnica utilizada pelo legislador, valendo-se de expressões amplas e gerais acabam por trazer dificuldades aos operadores, de modo que o destinatário da norma, por vezes, é incapaz de saber se está sob a incidência da regra ou não.

Este grau de incerteza contribuiu para o florescimento da Corrente Cética que vislumbrou uma incapacidade dos formalistas ou cognitivistas em explicar como resolver casos difíceis²⁴. À toda evidência que o uso da linguagem, sobretudo a linguagem jurídica, empregada no discurso jurídico, seja através da legislação, seja através da jurisprudência, é incapaz de prever antecipadamente todas as particularidades e complexidades da existência humana. Por mais ampla e generalizante que a linguagem empregada possa ser, ou, ao revés, por mais minucioso e detalhado que seja o enunciado normativo, jamais se eliminará a dúvida, assim como jamais se alcançará todas as vicissitudes da existência humana²⁵.

período em que a escola da exegese impôs, de modo absoluto, suas técnicas de raciocínio jurídico. Estas eram fundamentadas, como ainda escrevia Laurent em 1878, na idéia de que ‘os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete’ e que apenas em casos deveras excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente. Esta concepção, fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica. Nova Retórica*. Trad. Verginia Puppi. São Paulo: Martins Fontes, p. 32. Sobre o conceito de sistema fechado, por todos: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3 ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 27.

²⁴ Dworkin possui um artigo específico para tratar do tema: DWORKIN, Ronald. *Levando dos direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 126-203.

²⁵ Hart é ainda mais enfático: “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado

Diante de tais imprecisões que se apresentam, diversas teorias se ocuparam de buscar resposta para o problema. A teoria jurídica conhecida como “formalismo” ou “conceitualismo” está assentada na ideia de que as regras vertidas em texto visam encobrir ou minimizar a necessidade de decidir a cada caso novo, pois a decisão já foi tomada pelo legislador de forma generalizante²⁶. Esta posição tem o intento de congelar o significado da regra, de modo que o seu sentido seja replicável a todos os casos sujeitas à ela²⁷. Hart, por exemplo, defende que este processo alcança seu apogeu com o que chamou de “o paraíso dos conceitos” dos juristas, chegando a ele quando um termo geral recebe o mesmo significado não somente em todas as aplicações da regra, assim como em qualquer regra do sistema jurídico²⁸.

Uma característica marcante das normas é a textura aberta dos enunciados que, por almejarem oferecer solução para o maior número de casos possíveis, algumas vezes acabam gerando a insegurança aqui destacada. A referida textura aberta dos enunciados é, em última instância, colmatada pelo Judiciá-

únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica". Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos”. HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 160.

²⁶ Frederick Schauer escreve sobre regras e explica que o modelo de direito baseado em regras tem como característica a generalização no intuito de abarcar o maior número de fenômenos possíveis. Nas palavras do autor: “Rules, descriptive and prescriptive, thus speak to types and not to particulars”. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. New York: Clarendon Press, 2002, p. 18.

²⁷ HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 161.

²⁸ HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 162.

rio que, diante do caso concreto, sopesa vários argumentos, fatos e provas para preencher a abertura deixada pelo legislador. Ocorre que esta mesma “abertura” suscitou o debate de que não haveria regras previamente postas, na medida em que a todo caso dever-se-ia reavaliar a solução correta a ser tomada. Esta posição é conhecida como ceticismo às regras. Para os céticos, o direito consistiria simplesmente em decisões dos Tribunais, na medida em que as regras, em abstrato, nada diriam²⁹. A corrente cética chega a sustentar que as leis não seriam propriamente o Direito, mas sim, fontes do Direito, de modo que as únicas regras que efetivamente constituem o Direito são aquelas que estabelecem definições sobre a instituição e funcionamento do Judiciário³⁰.

Não é difícil demonstrar o desacerto da posição cética. As normas jurídicas desempenham papel de organização da vida social, moldando e ordenando condutas³¹. Os enunciados normativos não servem simplesmente para estabelecer previsões das decisões judiciais ou como meros hábitos³². Ainda que se circunscreva a posição dos céticos apenas à uma teoria das decisões judiciais e não uma corrente do pensamento jurídico como refere Hart, não se pode admitir, como sustenta o ceticismo, que o Judiciário não estaria atrelado a nenhuma regra.

²⁹ Sobre o ceticismo, refere Hart: “Sin embargo, "el escepticismo ante las reglas", o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas”. HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 171.

³⁰ “Porque es una afirmación característica de este tipo de teoría que las leyes no son derecho sino únicamente fuentes de derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, y esto es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales”. HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 171.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2 ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 24.

³² HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 171.

Incorreria em demasiada arbitrariedade defender que o Poder Judiciário estaria limitado apenas por uma regra, a saber: aquela que lhe institui e atribui competência para decidir³³. Esta posição extrema a visão cética do Direito, demonstrando as fragilidades da proposta ceticista. Não parece ser o melhor projeto para o Direito delegar ao Poder Judiciário a escolha e definição das regras pelo simples argumento de que a decisão jurisdicional é sempre retrospectiva. O Poder Judiciário somente pode decidir após instaurado o conflito e instado por ao menos um dos litigantes. Logo, a função de coordenação de condutas e comportamentos – principal missão do Direito – fica deslocada para o momento posterior à ocorrência dos fatos. Não é difícil perceber que os valores segurança, previsibilidade, estabilidade sofrem sério abalo. Voltando ao caso do advogado aflito com a contagem do prazo do recurso, como ele poderá saber o marco inicial e o marco final da contagem se a regra insculpida no Código de Processo Civil é apenas uma referência. Se a regra sobre a contagem dos prazos será uma construção pretoriana, somente depois de interposto o recurso e apreciado pela Corte é que o advogado saberá se apresentou no tempo certo.

É igualmente complexo sustentar que a construção da norma sempre será produto da atividade interpretativa, pois esta concepção acaba por esvaziar a função precípua do Poder Legislativo. Se as decisões políticas devem ser tomadas pelo poder estatal de representação popular, soa antidemocrático defender que a definição da norma jurídica caberá sempre ao intérprete que escolherá dentre os sentidos possíveis. Mais uma vez, este não parece ser o melhor projeto para o Direito.

2. REVISITANDO AS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO.

³³ HART, Herbert L. *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 172.

2.1. AS TEORIAS RIVALS DA INTERPRETAÇÃO.

A proposta da Teoria da Interpretação é definir o que é e no que consiste a atividade interpretativa levada a efeito pelo Direito. Como explica Riccardo Guastini, uma teoria da interpretação consiste em: (i) construir um conceito de interpretação (mediante uma oportuna redefinição); (ii) na descrição da prática interpretativa existente em qualquer cultura jurídica; (iii) na análise lógica dos diversos tipos de enunciados interpretativos; (iv) na distinção dos diversos tipos de interpretação; (v) na análise lógica da argumentação da interpretação e (vi) na análise lógica das diversas formas e técnicas de construção jurídica³⁴.

O que se propõe examinar nos próximos itens consiste, portanto, em estabelecer o que é interpretação jurídica e, por decorrência, a definição das concepções contrapostas sobre como deve ser compreendido o fenômeno interpretativo. Como já se abordou concepções sobre epistemologia jurídica na parte antecedente, agora, nesta etapa da investigação não será feito um exame da ideologia da interpretação. Não obstante as abordagens sejam praticamente indissociáveis, a perspectiva agora adotada será centrada na definição do que realmente é interpretar.

Dessa forma, cumpre introduzir que, a grosso modo, pode-se identificar três correntes em disputa para definir o que é interpretar, podendo-se sintetizá-las da seguinte forma:

- (1) Teoria cognitivista: interpretação é um ato de conhecimento;
- (2) Teoria cética: interpretação é um ato de vontade ou de decisão;
- (3) Teoria eclética: interpretação pode ser tanto ato de conhecimento, quanto ato de decisão, dependendo das circuns-

³⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 407.

tâncias³⁵.

Na visão da teoria cognitivista, a interpretação é um ato de descoberta ou conhecimento do significado. Para os defensores desta posição, pressupõe-se que todo texto normativo possui um significado a ser desvelado e, para alguns mais radicais, sustenta-se que há um significado unívoco³⁶. Os fundamentos desta concepção estão bastante atrelados aos cânones preconizados pela escola da exegese e da escola histórica, podendo ser identificada claramente a inspiração em Montesquieu que sustentava que os juízes seriam simplesmente a boca da lei e o Poder Judiciário seria um poder nulo³⁷.

Em posição antagônica, a teoria cética, também cunhada por alguns como “realística”, propõe que a interpretação não é um ato de conhecimento, mas sim ato de escolha. O intérprete não conhece, nem apreende um significado pré-existente, pois, na visão dos céticos, a interpretação é um ato de vontade. Como não é aceita a ideia de um único sentido para o texto normativo, o intérprete escolhe, dentre os significados possíveis, aquele que melhor se encaixa com a decisão a ser proferida. Neste particular, Riccardo Guastini faz questão de destacar que a interpretação que está se referindo é preponderantemente a judicial, logo o ato de escolha compete ao Poder Judiciário, sobretudo, às últimas instâncias³⁸.

Na tentativa de compatibilizar as posições defendidas em cada uma das teorias antes sintetizadas, surge a “teoria eclética” ou “intermediária”. Para a teoria eclética, a interpretação pode ser tanto um ato de conhecimento, quanto um ato de vontade, dependendo do caso concreto. Para os ecléticos, todo o

³⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 407.

³⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 409.

³⁷ Nas palavras de Montesquieu, os juízes serão apenas a boca que profere as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor. MONTESQUIEU, Charles. *D'esprit de lois*. 1º Cap, Livro I, Cap. II, 6, p. 404.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 410.

³⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 412.

texto normativo possui uma certa vagueza ou indeterminação ou, como preferem alguns, são de textura aberta. No entanto, a teoria eclética sustenta que sempre haverá um núcleo de sentido mínimo, estável e definido e, ao lado, uma zona de penumbra ou incerteza³⁹. É a partir desta concepção que se estabelece a diferença entre caso claro ou fácil e caso dúbio ou difícil. Quando se está a frente de um caso claro, a interpretação é um ato de conhecimento da norma com o seu sentido único. Por outro lado, quando se está face a um caso dúbio, a interpretação passará por um ato de vontade do intérprete dentre os sentidos possíveis⁴⁰.

2.2. POR UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA COGNITIVISTA.

Como demonstrado, pode-se dizer que existem três correntes que procuram explicar o fenômeno da interpretação. Dentre as três posições, poder-se-ia dizer que a mais frágil e incompatível com a compreensão atual do Direito é a Teoria Cognitivista. Isso porque soa anacrônico defender que a norma possui um único significado e o intérprete – sobretudo o juiz – atua apenas como a “boca da lei”. Nessa senda, a proposta desta investigação não é defender a teoria cognitivista, mas sim debater as convicções cognitivistas, de modo a demonstrar que a crítica dos céticos não resolve o problema da interpretação.

Com efeito, defender que o texto normativo pode possuir qualquer significado, bastando que o intérprete escolha aquele que melhor lhe aprouver, também parece demasiado. Como defendido antes, há um mínimo de cultura e linguagem compartilhada pela comunidade que é inequívoco, de modo que algumas “escolhas” por parte do intérprete seriam desarrazoadas. Valendo-se da metáfora utilizada por Guastini, dizer “a

³⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 415.

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 416.

raiz quadrada da voz felina é rosa” ou “a virtude é um triângulo equilátero” resulta numa má utilização da linguagem, tornando-a absolutamente sem sentido algum⁴¹. Logo, para que o sistema jurídico faça sentido revela-se imprescindível compartilhar a linguagem, sob pena de não se poder levar adiante qualquer projeto de sociedade. Resulta que, como defendido antes, a proposta dos formalistas não pode ser abandonada por completo como sugerem os céticos. É necessário compartilhar, ao menos, regras que estabeleçam certos critérios chamadas por Hart de regras de reconhecimento. Logo, existe algo que está sujeito a cognição humana.

No entanto, para que se possa avançar na proposta desta investigação, impõe-se analisar criticamente alguns dogmas da posição cognitivista, vale dizer, as teses de que a interpretação é um ato exclusivamente de conhecimento, a posição de uma única resposta correta em termos de controvérsia jurídica e, por fim, a tese do Poder Judiciário como legislador negativo.

2.2.1. INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE CONHECIMENTO OU DESCOBERTA.

A idéia central da teoria cognitivista reside na definição do ato de interpretar como uma descoberta do sentido preexistente da norma. O intérprete nada faz além de conhecer o significado dado pelo legislador. As teorias cética e eclética surgiram como contraponto, justamente por discordar frontalmente desta premissa.

As discordâncias focam-se nas idéias de completude e coerência do ordenamento jurídico, assim como na crença de que existe apenas um significado para cada enunciado e este enunciado é claro, sem qualquer ambiguidade ou vagueza. Para que se possa admitir que a interpretação é apenas conhecimento, não se pode aceitar que o ordenamento apresente lacunas ou

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 420.

antinomias ou que os enunciados possam ser plurívocos, ambíguos e vagos. Eis alguns pontos de discordâncias dos céticos.

Dada a fase avançada do pensamento jurídico, não se pode mais sustentar as premissas antes referidas e que são a base da teoria cognitivista⁴². Quase nenhuma voz abalizada sustenta atualmente a perfeição, completude e inteireza do ordenamento jurídico. No entanto, é possível defender racionalmente que é necessário compartilhar um ponto de partida ou elementos que um determinado enunciado deve conter para que se possa afirmar que se trata da hipótese prevista na norma⁴³. Voltando ao advogado preocupado com o prazo do recurso especial, pode-se dizer que ele tem certeza que o prazo não é 10 dias, tampouco 16 dias. Logo, um mínimo de sentido é possível extrair do artigo 508 do Código de Processo Civil. Se é certo que o cetista mais estremado concorda que o discurso reclama acordos linguísticos e que, portanto, sobre eles desempenhamos ativi-

⁴² Como refere Enrico Diciotti: “Evidentemente, la posizione del cognitivismo estremo non può essere sostenuta ove si adotti il concetto di interpretazione della legge chiarito nei paragrafi precedenti e si ritenga che le parole e i termini contenuti nei testi di legge abbiano, conformemente alle regole linguistiche, significato vago. Infatti, se ‘interpretare la legge’ significa attribuire ai testi di legge un significato consentito dalle regole della lingua in cui sono formulati e se i termini contenuti nei testi di legge hanno un significato vago, vi sono certamente questioni interpretative che ammettono come risposta una pluralità di “genuini” giudizi interpretativi contrastanti”. DICIOTTI, Enrico. *L’ambiguità alternativa tra cognitivismo e sceticismo interpretativo*. Siena: Università degli studi di Siena, 2003, p. 33.

⁴³ Nas palavras de Diciotti: “Una questione interpretativa relativa al senso di un’espressione linguistica ha come risposta appropriata un’esplicazione del senso dell’espressione, ovvero un’elencazione delle proprietà che una cosa o un fatto deve o non deve presentare per costituire un caso di applicazione dell’espressione. Questa risposta consiste in un giudizio interpretativo relativo al senso di un’espressione linguistica ed è provvista di una formulazione di questo genere: «La parola ‘religione’, contenuta nell’enunciato legislativo F, indica (non indica) fenomeni provvisti dei caratteri P, Q e R». Una questione interpretativa relativa al riferimento di un’espressione linguistica ha come risposta appropriata un’indicazione di casi cui l’espressione linguistica si applica o non si applica. Questa risposta consiste in un giudizio interpretativo relativo al riferimento di un’espressione linguistica ed è provvista di una formulazione di questo genere: «I fenomeni A, B, C, sono (non sono) casi di ‘religione’». DICIOTTI, Enrico. *L’ambiguità alternativa tra cognitivismo e sceticismo interpretativo*. Siena: Università degli studi di Siena, 2003, p. 37.

dades cognitivas, então podemos defender que interpretar é também conhecer. Se partirmos do preceito de que a atividade interpretativa é apenas uma questão de escolha ou valoração, caberá ao intérprete “escolher” ampliar ou limitar o prazo de interposição do recurso, baseando-se em valorações de difícil controle intersubjetivo.

2.2.2. A SEPARAÇÃO DE PODERES E A TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Paralelo ao debate aqui travado e, em certa medida, fruto desta discussão, está o papel do Poder Judiciário dentro da separação de poderes prevista na Constituição. Significa dizer que o Estado, visando dividir os poderes estatais de forma harmônica e equilibrada, delegou a cada um dos poderes certas funções típicas e outras consideradas atípicas para que dessa forma não houvesse hipertrofia de um poder sobre outro. Nessa linha, desde Montesquieu, concebeu-se um Poder Judiciário limitado ao direito positivo, não podendo desempenhar outra função que a de aplicar a norma ao caso concreto⁴⁴.

Como derivação deste debate, nos Estados Unidos, cresceu a discussão entre o “judicial restraint” *versus* “judicial activism”. A chamada doutrina do “judicial restraint” também conhecida como autolimitação do Judiciário parte da concepção de respeito ao legislador democrático. O Poder Judiciário

⁴⁴ Wróblewski WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. In: *Rechtstheorie* 5, p. 33. Em termos de cânones interpretativos, a orientação referida fez criar a chamada “interpretação literal”, como acentua Guastini: “Questa teoria disconosce pertanto l’equivocità del linguaggio normativo, la pluralità di metodi interpretativi, l’influenza della dogmatica sull’interpretazione, e il potere discrezionale degli interpreti che da tutto ciò deriva. Inoltre, essa incorpora – tacitamente – una dottrina prescrittiva dell’interpretazione, secondo la quale ai testi normativi si deve attribuire il loro significato letterale (alla luce dell’uso comune del linguaggio).” GUASTINI, Riccardo. *Nuovi Studi Sull’Interpretazione*. Roma: Aracne Editrice, 2008, p. 34.

não possui a mesma legitimação democrática que possui o parlamento, de modo que não estaria autorizado a tomar decisões políticas, sobrepondo-se ao legislativo⁴⁵. Segundo a doutrina do “Judicial Restraint”, o Poder Judiciário deveria limitar-se à declarar antinomia evidente de determinada norma frente à Constituição, jamais podendo criar norma, sob pena de sobrepor-se ao Poder Legislativo. Ocorre que a grande dificuldade está em distinguir quando se está a frente de uma antinomia evidente e quando não.

Por outro lado, a doutrina do “Judicial Activism” ou “Ativismo Judicial” se baseia na ideia de que o Poder Judiciário, sobretudo a Corte Constitucional, tem o dever de proteger os direitos fundamentais do cidadão e, especialmente, das minorias contra as majorias políticas ainda que tenham sido democraticamente eleitas⁴⁶. Para os adeptos do ativismo judicial, o Judiciário não deve ficar amarrado à legislação, devendo estar livre para criar, quando o texto se revelar limitado ou sem resposta⁴⁷.

Em solo brasileiro, a discussão foi cunhada pelo Supremo Tribunal Federal como “tese do legislador negativo”, quando defendeu-se que o Poder Judiciário não teria competência para criar Direito, limitando-se a excluir normas quando incompatíveis com a Constituição. No intuito de exemplificar o debate sobre o juízo político e o controle por parte do Poder Judiciário

⁴⁵ Diz Guastini: “La dottrina del “judicial restraint” – ossia della (auto)limitazione giudiziale – s’ispira al valore della deferenza verso il legislatore democratico. I giudici – in particolare i giudici costituzionali – privi come sono di qualunque legittimazione democratica (non essendo eletti dal popolo) non devono invadere la competenza del potere legislativo, o usurparlo. Il che avverrebbe se sceritassero sulle leggi un controllo di legittimità costituzionale troppo enetrante. Sicché una legge non deve essere dichiarata incostituzionale se non quando contraddica la costituzione in modo evidente, conclamato”. GUASTINI, Riccardo. *Nuovi Studi Sull’Interpretazione*. Roma: Aracne Edtrice, 2008, p. 48.

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Nuovi Studi Sull’Interpretazione*. Roma: Aracne Edtrice, 2008, p. 49.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. *Nuovi Studi Sull’Interpretazione*. Roma: Aracne Edtrice, 2008, p. 49.

rio, tomemos como exemplo a questão examinada pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo a chamada “guerra fiscal”⁴⁸. O Estado do Piauí editou lei estadual estabelecendo tratamento diferenciado para a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS - sobre mercadorias provenientes de outros Estados da federação. De um lado, sustenta, o Piauí, que estaria exercendo a competência tributária conferida pela Constituição, pois compete aos Estados legislar sobre ICMS. Sendo assim, a decisão de aumentar alíquotas do tributo, em seus limites territoriais, estaria na esfera de decisão política, não devendo ser sindicada pelo Judiciário. Por outro lado, sustenta-se a inconstitucionalidade da lei com base na inobservância das balizas impostas pela Constituição à decisão política que lhe competiria. Vale dizer, a decisão de aumentar as alíquotas do tributo no Piauí não pode ofender outras normas da Constituição como, por exemplo, a liberdade de tráfego de bens e pessoas (arts. 150, V e 152), vedação à bitributação (art.

⁴⁸ CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO – ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto “bens”, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010. (ADI 4565 MC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, j. 07/04/2011, DJe-121 24-06-2011).

155, § 2º, VII, b) e, especialmente, a proibição de guerra fiscal (art. 155, § 2º, VI). Em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa revela que os argumentos de índole política arguidos pelo Estado do Piauí, quando sustentou que o desequilíbrio econômico da sua região em detrimento ao sul e sudeste, ainda que relevantes⁴⁹, não podem suplantar as normas constitucionais. Nas palavras do Ministro:

“Adequada ou inadequada em termos econômicos e sociais, a opção política feita pelo constituinte originário é precisa e nítida: nas operações interestaduais aplica-se a regra de tributação exclusiva pelo estado de destino se a mercadoria for combustível ou lubrificante. Nos demais casos, prevalece o critério de origem, mitigado na hipótese de operação realizada com consumidor final que também seja contribuinte do tributo. Os argumentos do estado-requerido tangentes à disparidade abissal entre as diversas regiões de nosso país de proporções continentais são relevantes, mas a alteração pretendida depende de verdadeira reforma tributária que não pode ser realizada individualmente por cada ente político da Federação, com posterior chancela de validade pelo Judiciário”⁵⁰.

No Direito Tributário, há uma norma constitucional que estabelece como limitação ao poder de tributar a sujeição do Estado à edição de uma lei, conhecido como “legalidade tributária”. Para alguns autores, este seria o “direito de concordar

⁴⁹ “O vício econômico apontado pelo estado-requerido decorre da adoção do critério de origem para demarcar o aspecto ativo da competência tributária, considerados os tributos multifásicos que gravam a produção, o consumo ou as vendas. Contudo, o problema apontado não é exclusividade local. De fato, a experiência norteamericana registra inúmeras controvérsias relativas à guerra fiscal que envolvem as operações abrangentes de mais de um membro da Federação. E o rápido avanço tecnológico tem agravado as distorções dos princípios da neutralidade e do pacto federativo. Desde o célebre julgamento do caso *Quill v. North Dakota* (504 U.S. 298, 1992), concernente às atualmente obsoletas vendas por catálogo postal, passando pela atual insurgência das grandes redes de varejistas contra o modelo adotado pela amplamente conhecida empresa de vendas on-line Amazon, os métodos de partilha da aptidão para instituir tributos vêm sendo colocados à prova”. ADI 4565 MC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, j. 07/04/2011, DJe-121 24-06-2011.

⁵⁰ ADI 4565 MC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, j. 07/04/2011, DJe-121 24-06-2011.

com a tributação” e que, por vezes, é questionado no Judiciário. As decisões a serem tomadas no âmbito do Direito Tributário colocariam em colisão a competência conferida ao legislativo e que, por vezes, é usurpada pelos Poderes Executivo e Judiciário. Este debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal através de Recurso Extraordinário manejado pela União Federal contra acórdão que ampliou hipóteses de isenção previstas em Decreto-Lei. A Corte deu provimento ao recurso, dizendo que a ampliação das hipóteses de isenção consistiria em atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, criando situações isencionais não previstas pelo legislador⁵¹. A vedação à edição de regulamentos e ou decretos do Poder Executivo que extrapolam a exigência de lei prévia é também assegurada pelo Supremo Tribunal Federal. Refere o Supremo que “sem lei estadual que a estabelece, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes ou estabelecimentos similar”⁵². Nos casos de concessão do benefício de isenção tributária, o Poder Judiciário não pode exercer função positiva, vale dizer, por se tratar de juízo político, não poderia a Justiça estender benefícios isencionais não alcançados pela lei em razão da separação de poderes protegida pela Constituição. No voto do Min. Celso de Mello consta que:

“A concessão desse benefício isencional traduz ato discricionário que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, destina-se, a partir de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. A exigência constitucional de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária atua como insuperável obstáculo à postulação da parte recorrente, eis que *a extensão dos benefícios isencio-*

⁵¹ RE 188951/SP, Rel. Min. MAURICIO CORRÊA, 2º Turma, j. 16.05.1995, DJU 16.05.1995, p. 29.585.

⁵² RE 78871/SP, Rel. Min. ANTONIO NEDER, 1ª Turma, j. 19.04.1977, DJU 06.05.1977, RTJ v. 81-3, p. 787.

nais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes”⁵³.

Ao longo do voto, o Min. CELSO DE MELLO invoca a tese do legislador negativo para fundamentar sua decisão:

“Os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, por isso mesmo, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daquela a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional essa que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só pode atuar como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO)”.

Portanto, a legalidade atua como limitador não só para proteger o contribuinte, mas serve como regra de decisão para a preponderância do juízo político baseado na coletividade, em detrimento de um juízo de princípio baseado na tutela de pretensão individual. A questão está centrada num ideal de coexistência harmônica entre os Poderes, respeitando as competências atribuídas pela Constituição Federal a cada qual, bem como as opções valorativas já escolhidas na sua respectiva zona de competência. A tese do legislador negativo desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal estatui que o Poder Judiciário não pode acrescentar hipóteses não previstas na legislação em atenção também à separação de poderes⁵⁴. Logo, a defesa de

⁵³ AI AgR nº 142348/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.1994, DJU 24.03.1995, p. 6.807.

⁵⁴ Não obstante o enfrentamento dos limites da atuação do Poder Judiciário não seja objeto do presente ensaio, oportuno trazer a excelente lição de Humberto Ávila que examina o tema, contestando a propalada “tese do legislador negativo”, dizendo: “essas considerações demonstram que o Poder Judiciário só está mesmo impedido de atuar, com base não tão falada tese do legislador negativo, quando sua atividade implicar a alteração de sentidos mínimos, predetermináveis a partir dos dispositivos

um conteúdo mínimo estabelecido pelo legislador e não sujeito à invasão do Poder Judiciário reforça a ideia de que certas decisões já foram tomadas pelo legislador e, por decorrência, há uma parcela de ato cognitivo na tarefa do intérprete, sendo inclusive vedado se arvorar na tomada de decisões porque esta tarefa não lhe compete.

Pode-se alinhar a conclusão de que certas matérias encontram-se impossibilitadas de sofrerem modificação ou criação por parte do Poder Judiciário. Estes temas, por força da tradição e, notadamente, de expressa determinação constitucional não poderiam ser suscetíveis de escolha ou decisão por parte do Poder Judiciário. Equivale a dizer que determinadas relações jurídicas possuem maior proteção normativa que outras. Parece inegável reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro optou por conferir maior proteção ao cidadão em certos domínios do Direito, adotando o modelo de regras. Esta opção tem um objetivo muito claro de eliminar os conflitos de coordenação e especialmente deslocar o momento de avaliação das conseqüências para o Poder Legislativo. Como exemplo, afigura-se correto afirmar que esta conclusão aplica-se às matérias ligadas aos ramos do Direito Público. Relações jurídico tributária, penal, administrativa e processual, para ficar apenas com alguns exemplos, reclamam a maior observância de escolhas previamente tomadas e, em certa medida, a tarefa do intérprete consistiria em conhecer e reconhecer as normas vigentes.

Novamente valendo-se do exemplo do advogado inseguro sobre o prazo de interposição do Recurso Especial, pode-se dizer que a angústia instaurada no profissional é sintomática da

legais, e levar ao estabelecimento de critérios e soluções opostos aos critérios e soluções constantes da lei. Isso não ocorrerá, no entanto, quando: o dispositivo, objeto de interpretação, for suscetível de múltiplos sentidos; a interpretação não contrariar o teor literal da lei e a sua finalidade em pontos essenciais; houver sentido que subsista à nulidade de uma parte da norma em virtude da ausência de entrelaçamento semântico dos fragmentos normativos". ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186.

má compreensão da opção feita pelo ordenamento jurídico pátrio. O Direito Processual tem uma nobre missão de regular a relação da sociedade com o órgão estatal detentor do monopólio da jurisdição. Se a heterocomposição dos conflitos é tarefa estatal, as regras devem estar claramente definidas como forma de promover a segurança, a igualdade e a justiça. Se, por outro lado, as regras serão definidas posteriormente, mediante livre ponderação do julgador, os ideais de justiça, segurança e igualdade serão fatalmente abalados. Valendo-se de uma metáfora, as regras do jogo devem ser anunciadas antes do início da competição, devendo valer para todos os competidores, durante o tempo todo. Ora se soa absurdo definir a regra do impedimento após o término da partida, por que a comunidade jurídica considera normal descobrir as regras processuais depois de iniciado o litígio e, ainda mais grave, depois de praticado o ato processual que a regra deveria orientar? Estes exemplos são emblemáticos para demonstrar o desacerto em valorizar e promover um modelo decisório não compatível com o ordenamento jurídico vigente.

2.2.3. A TESE DE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA.

A evolução do debate em torno das teorias da interpretação conduziu a doutrina para o seguinte dilema: existe uma única interpretação para cada norma ou admitir-se-ia mais de uma interpretação? Afinal, há uma única resposta correta ou não há uma única resposta correta? Imaginar que o sistema jurídico oferece para cada caso uma única resposta correta contraria a ideia de que a atividade interpretativa sempre admitirá mais de uma resposta e que caberá ao intérprete escolher a mais adequada (ceticismo). Da mesma forma, afirmar que não existe uma solução mais correta, significa relegar a sociedade a um nível de incerteza e insegurança insuportável.

Aulis Aarnio identifica a existência de três posições ou

correntes para a tese da única resposta correta. A primeira, considerada a mais extremada, sustenta que todo problema jurídico apresenta uma única resposta e que o intérprete que utilizar sua experiência profissional, valendo-se das fontes do direito e das diretrizes da interpretação jurídica, poderá encontrá-la. A segunda posição, chamada de intermediária, defende que existe uma resposta correta e que é possível encontrá-la, ainda que em muitos casos não se tenha êxito. Por fim, a terceira posição defende a resposta correta, mas considera impossível de ser alcançada, de modo que tal busca deveria ser um objetivo regulativo de toda interpretação jurídica⁵⁵.

Talvez um dos maiores divulgadores e defensores da tese da única resposta correta seja Ronald Dworkin. O autor sustenta que o Direito deve oferecer uma resposta correta para cada conflito, mas admite que em alguns casos encontrá-la pode ser difícil. Para estes casos, nomeados de “hard cases”, a decisão a ser tomada deverá ser justificada da melhor forma possível, sendo que tal justificação estará fundada no que Dworkin chama de “teoria jurídica básica”⁵⁶. Assim, a melhor justificação possível para o caso será aquela que demonstrar “coerência” com a chamada “teoria jurídica básica”. Para ilustrar a tomada de decisão, Dworkin utiliza-se da metáfora do juiz Hércules que com suas capacidades sobre-humanas poderia criar uma teoria que colocaria em harmonia recíproca todos os elementos

⁵⁵ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 210. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 8, 1991, p. 24. DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli editore, 1999, p. 202.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 135. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 214. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 8, 1991, p. 25.

do ordenamento jurídico⁵⁷.

Poder-se-ia, ainda, apresentar a discussão em torno do estatuto lógico da teoria cognitivista. Para a teoria cognitivista os enunciados normativos possuem valor de verdade ou falsidade, de modo que um enunciado só pode ser verdadeiro ou falso. Esta posição conflita com a idéia de que existem enunciados equívocos e que mais de uma solução pode ser encontrada pelos intérpretes. Logo, não se pode dizer que uma interpretação razoável, dentre tantas seja falsa⁵⁸. Na mesma linha, sustentar juízos de verdade ou falsidade pode se revelar inútil. Suponha-se, por exemplo, que um determinado texto normativo “N” tenha um só significado “S”. Dizer que “N” significa “Z” resultaria numa interpretação falsa para os cognitivistas. No entanto, imaginemos que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar uma controvérsia, estabeleça que o sentido da norma “N” é “Z” e a decisão tenha sido tomada no controle de constitucionalidade abstrato, de modo que a interpretação valerá para todos e não haverá possibilidade de apresentar recurso sobre a mesma. Poder-se-ia dizer que a decisão é falsa? Parece que o juízo sobre verdade ou falsidade sofre sério abalo com a constatação que a decisão proferida pela mais alta Corte de um país não pode ser tida como falsa⁵⁹. Se o Superior Tribunal de Justiça editou súmula para definir que o recurso especial, ainda que apresentado dentro do prazo de quinze dias, mas não ratificado é intempestivo, não se pode dizer que este enunciado é falso.

A discussão pode ser incrementada com a posição de Chiassoni que coloca o problema da interpretação como se fosse uma busca pela fidelidade à lei, dizendo que as posições

⁵⁷ CITAR DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 215. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 8, 1991, p. 31.

⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 420.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giufrè, 2011, p. 421.

cognitivista, cética e eclética visam resolver esta aspiração⁶⁰. Colocando nos mesmos termos, Diciotti apresenta a discussão em torno do sentido literal do texto legal como limite à interpretação⁶¹. Parece que a busca pela fidelidade referida por Chiassoni pode ser resolvida com as posições de Diciotti e Dworkin. Ambos sustentam que a interpretação jurídica sempre irá produzir (criar ou construir) algo, não se limitando apenas a reproduzir as normas como a “boca da lei”. No entanto, os autores sustentam que a interpretação depende de um texto e este objeto de interpretação atua como limite para a atividade interpretativa⁶². Ora, se um cético admite que o texto atua como limitador à atividade criativa do intérprete, não se pode deixar de ressaltar que *a contrario senso* existe uma parcela de cognição na interpretação, atuando como verdadeiro limitador ao intérprete.

Parece óbvio que não se pode exigir que nenhum julgador possua os atributos sobre-humanos do Juiz Hércules citado por Dworkin, em que pese o autor sustente que os magistrados devessem buscar ao máximo as competências hercúleas. Talvez o caminho mais adequado tenha sido trilhado por Aulis Aarnio, Robert Alexy e Neil MacCormick que propõem um sistema argumentativo para justificar as decisões e assim encontrar não a resposta correta, mas uma resposta mais aceitável para a solução do conflito.

Cada autor, ao seu modo, propôs um sistema de justificação dos argumentos utilizados no discurso, de modo a eliminar o elevado nível de incerteza e insegurança que a posição cética poderia trazer ao ordenamento jurídico. Diante do dilema de

⁶⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 143.

⁶¹ DICIOTTI, Enrico. *L'ambiguità alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Socieli, Working Paper 45, Siena, 2003, p. 21.

⁶² DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli editore, 1999, p. 202, p. 204-5.

que uma única resposta correta não pode ser encontrada e defender que qualquer resposta serviria, bastando ao intérprete escolher, Aulis Aarnio parece apresentar a solução mais ponderada para o problema⁶³, defendendo a ideia de “aceitação”. Na visão de Aarnio, “aceitação significa o mesmo que ‘consenso razoável’. A maioria dos membros de uma comunidade jurídica aceitam a norma N, crêem que também a maioria dos demais aceitam N e crêem que estes últimos atuam como se N fosse válida”⁶⁴. A aceitação não seria obtida por meio da imposição ou força, tampouco seria uma decisão majoritária, esmagando minorias. A idéia de “aceitação” defendida por Aarnio é “aceitação racional”. Nas palavras de Aarnio, “A aceitabilidade racional é uma propriedade de um resultado final de um procedimento de justificação jurídica”⁶⁵. Portanto, a conciliação da disputa entre a resposta correta e qualquer resposta passa pela adoção de um sistema argumentativo sólido que seja capaz de oferecer uma resposta “aceitável” do ponto de vista racional.

2.3. PROPOSTA DE MITIGAÇÃO DA TEORIA COGNITIVISTA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

Já foi alertado no início da pesquisa que este ensaio não

⁶³ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 229. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 8, 1991, p. 35.

⁶⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 226. Aarnio alerta: “Esto no significa que los miembros de la comunidad jurídica II ‘voten’ en favor o en contra de R. La mayoría simplemente muestra la mayor aceptación posible para la solución R. En otras palabras, la solución R sería aceptable para la mayoría si R fuera discutida en este auditorio”. AARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Trad. Josep Aguiló Regla. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 8, 1991, p. 35.

⁶⁵ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 241.

se propõe fazer um resgate ao formalismo jurídico ou defesa da teoria cognitiva da interpretação. A proposta era resgatar os postulados de cada posição, colocá-los em cheque e verificar se poder-se-ia aproveitar ao Direito pátrio algumas de suas formulações. Logo, a primeira advertência que se deve fazer é que a Teoria Cognitivista pura revela-se ultrapassada e inadequada para o estágio atual da ciência jurídica. Contudo, procurando conciliar tudo que foi dito, pode-se apresentar uma proposta de acolhimento de certas posições, no intuito de aperfeiçoar a compreensão do sistema jurídico.

Nesse sentido, revela-se imprescindível referir que a Teoria Cognitivista não pode ser de todo descartada, pois como sustentado ao longo deste artigo, toda interpretação parte de algo e este algo é conhecido pelo intérprete, de modo que a atividade cognitiva é indissociável da interpretação. Pensar diverso é admitir que nada existe previamente e tudo é objeto da construção ou criação do intérprete, o que parece não cumprir um dos principais papéis do Direito que é exercer função heterolimitadora. Lembremos do advogado citado na introdução. Se as normas são produtos da interpretação, como dizem os céticos, como responder afirmativamente para o advogado o prazo correto de interposição do recurso especial? Parece óbvio concluir que todo enunciado possui um mínimo de sentido e este mínimo confere estabilidade e certeza, evitando assim conflitos de coordenação.

Assim, pode-se dizer que existe um mínimo de texto e sentido que deve ser observado pelo intérprete, de modo que sua atividade será evidentemente cognitiva. Como defendido por Hart, é preciso compartilhar certos enunciados internos que serão reconhecidos e respeitados pela comunidade. A partir daí, a atividade que será exercida pelo intérprete será inegavelmente decisória, vale dizer, dentre os sentidos possíveis limitados pelo texto, o intérprete escolherá. Porém, esta escolha não será livre. Neste ponto, a posição aqui defendida alia-se ao pensa-

mento de Aarnio e propõe que a “escolha” deverá ser tomada pela solução mais aceitável para o ordenamento jurídico e a aceitação é obtida por meio de um discurso justificado racionalmente.

Esta posição já foi defendida em ensaio que abordava o papel da cláusula constitucional do Estado de Direito⁶⁶, onde se pretendeu erigir a referida norma inscrita no artigo 1º da Constituição em sobreprincípio capaz de operar como balizador da argumentação jurídica. Isso porque a Constituição Federal, ao enunciar que a República Federativa do Brasil é um Estado democrático de Direito, assim como ao fixar de forma pormenorizada certas regras de competência, fez uma opção clara por determinado modelo jurídico⁶⁷. Poderia o País ter escolhido um modelo aberto, fixando apenas princípios em nível constitucional, deixando ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer as regras de competência como ocorre nos Estados Unidos, por exemplo. No entanto, a história do Direito Constitucional Brasileiro demonstra que a adoção do modelo brasileiro foi uma escolha natural, fruto da evolução constitucional brasileira, facilmente perceptível no âmbito do Direito Público, por exemplo⁶⁸.

⁶⁶ PORTO, Éderson Garin. *Estado de Direito e Direito Tributário: norma limitadora ao poder de tributar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. PORTO, Éderson Garin. *Argumentação jurídica no Sistema Constitucional Tributário – Análise do Creditamento de IPI – alíquota zero – em julgamento no Supremo Tribunal Federal*. In: Melissa Folmann (org.). *Tributação e Direitos Fundamentais. Propostas de Efetividade*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 73-98.

⁶⁷ Paulo de Barros Carvalho refere que o processo de construção normativa não fica ao alvitre do intérprete, *in verbis*: “Com efeito, as ordenações jurídico-normativas costumam estabelecer caminhos próprios para a realização do percurso construtivo, neles fixando os valores que lhes pareçam convenientes para integrar as múltiplas unidades produzidas. Nesse sentido, a Constituição brasileira é até abundante, fazendo constar uma série de estimativas sem as quais as regras elaboradas pelo intérprete não encontrarão o devido respaldo de fundamento constitucional. CARVALHO, Paulo de Barros. *Proposta de modelo interpretativo para o direito tributário*. In: *Revista de Direito Tributário* n 70, p. 49.

⁶⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributárias*. In: *Revista de Direito Administrativo*

Em resumo, o Estado de Direito adotado pela Constituição impõe uma série de compromissos no ordenamento jurídico pátrio e, em especial, no Direito Público. Dentre eles, interessa aqui comentar sobre a fixação esboçada da competência. Com efeito, a Constituição já adotou algumas decisões, de modo que o legislador não pode escolher outros que melhor conviessem⁶⁹. Nas palavras de Humberto Ávila: “é lícito afirmar que a Constituição pressupõe conceitos que não podem ser desprezados pelo legislador ordinário”⁷⁰. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal obrou com zelo na proteção da inteireza do texto da Constituição, fixando limites e estabelecendo critérios para se estabelecer uma relação de primazia entre argumentos manejados na seara constitucional. Sobre o tema, pode-se dizer que os teóricos do Direito se preo-

nº 229, p. 323, jul./set., 2002.

⁶⁹ O Tribunal Constitucional Federal Alemão apreciou controvérsia envolvendo a compensação tributária de imposto recolhido por nacional alemão no exterior. No caso, o Tribunal Financeiro de Düsseldorf considerou inconstitucional lei que aplicava o conceito vago de “razões macro-econômicas”. O Tribunal Constitucional Federal decidiu que o conceito “razões macro-econômicas” era compatível com a Lei Fundamental Alemã, nos seguintes termos: “Do princípio do Estado de Direito (art. 20 III GG) decorre o princípio da reserva de lei. Ele serve à garantia constitucionalmente prevista da liberdade e igualdade dos cidadãos. A necessidade de uma base de autorização legal deve, igualmente, assegurar que o legislador tome as decisões fundamentais essenciais que afetem o campo da liberdade e da igualdade dos cidadãos”. Prossegue a Corte: “É reconhecido que no Estado democrático de direito deve ser exigido também junto a tais autorizações um certo grau de concreção legal já com vistas à devida delimitação, por meio da reserva de lei, entre a área de ação do legislador e da Administração, e no interesse da realização do princípio da justiça tributária (cf. BVerfGE 23, 62[73]). Mesmo que no direito tributário encargos e benefícios não raro caminhem juntos, as exigências direcionadas ao grau da concreção de tais autorizações são, não obstante, menores do que aquelas direcionadas às autorizações de intervenção, uma vez que a relevância de direito fundamental destas é em geral muito maior. (BVerfGE 48, 210 de 19.04.1978). SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundacion Konrad Adenauer, 2005

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201. Cf. ÁVILA, Humberto. *Contribuição Social sobre o faturamento. Cofins. Base de cálculo. Distinção entre receita e faturamento. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 107, p. 96.

cuparam sobremaneira em estabelecer critérios e formas de classificação dos argumentos, ao efeito de conferir racionalidade ao discurso jurídico. São exemplos de propostas classificatórias os modelos elaborados por Chaïm Perelman⁷¹, Stephen Toulmin⁷² e Robert Alexy⁷³. Em comum, todos esses autores identificaram a necessidade de se categorizar as razões presentes no discurso jurídico, de modo a obter um rigorismo científico na elaboração da argumentação.

Como até aqui sustentado, o Estado de Direito desempenha papel fundamental na argumentação jurídica e não poderia deixar de desempenhar nobre função numa proposta classificatória dos argumentos. Com efeito, propõe-se ao Estado de Direito exercer papel de critério categorizador dos argumentos⁷⁴. A Constituição Federal tem o Estado de Direito como princípio fundamental do ordenamento jurídico (art. 1º, caput), deixando expresso que a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito. Esta norma revela que o Estado Brasileiro submete-se aos desígnios do Direito e tem o ordenamento jurídico como limite. Estabelecendo um joiramento prévio, a Corte Constitucional Alemã tem excluído justificativas não-defensáveis sob o aspecto da Ética e do Bem comum, consoante informação prestada por Klaus Tipke⁷⁵.

⁷¹ PERELMAN, Chäim. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. p. 259-463.

⁷² TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. p. 125 e ss.

⁷³ ALEXY, Robert. *Theory of legal argumentation*. P. 235/243 e ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 54/57.

⁷⁴ Esta proposição, a bem da verdade, já fora sustentada por HUMBERTO ÁVILA no parecer sobre as limitações impostas à publicidade do tabaco. AVILA, Humberto. *Conflito entre o dever de proteção à saúde e o dever de proteção à liberdade de comunicação e informação no caso da propaganda comercial do tabaco. Exame de constitucionalidade da Lei nº 9.249/96*. in: Revista de Direito Administrativo nº 240, p. 352.

⁷⁵ “Para tanto, considerando o alto nível de justiça num Estado de Direito, não é suficiente qualquer motivo objetivo, mas deve ocorrer uma ponderação de valores entre o princípio que serve de critério de comparação e o princípio que fundamenta a norma, a qual não observa o critério de comparação e, conseqüentemente, determina

Em conclusão, pode-se dizer que o Estado de Direito, através de seus subprincípios, bem assim através da sua eficácia autônoma argumentativa impõem uma primazia dos argumentos mais vinculados a eles do que daqueles argumentos que mantêm ligações mais distantes ou sequer entretêm qualquer relação com o sistema constitucional. A primazia por tais argumentos, como acentua Humberto Ávila, se baseia naquilo que “é objetivável no ordenamento jurídico frente àquilo que deixou de sê-lo”. Prossegue dizendo que: “é preciso dar prevalência, dentre as várias hipóteses conceituais, àquela que mais é suportada pelos princípios fundamentais do subsistema de Direito Tributário”⁷⁶. Não parece guardar qualquer relação com as normas constitucionais referidas a “tese do recurso prematuro”. Conflita com todas as normas que orientam a jurisdição a criação de uma “regra jurisprudencial” que tolhe o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário porque foi mais diligente e antecipou a apresentação do seu recurso. A proposta de interpretação baseada em argumentos orientados a partir do sobreprincípio do Estado de Direito permite concluir que as posições defendidas pelo Superior Tribunal de Justiça que consideram os recursos apresentados antes do início do prazo como intempestivos é incompatível com o modelo apresentado. O desejo obscuro e não revelado de tais orientações tem o propósito de diminuir a elevada carga de recursos que são submetidos às Cortes Superiores. Porém o foro legítimo para se restringir o manejo dos recursos é o Poder Legislativo, quando então to-

o tratamento desigual. Entre as justificativas que o Tribunal Constitucional Alemão admitiu como objetivas estão aquelas não-defensáveis sob o aspecto da Ética e do Bem Comum”. TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 205. A interpretação da norma tributária no Reino Unido segue o mesmo caminho preconizado como refere John Ward, em que pese as diferenças entre os modelos jurídicos Britânico e Brasileiro. WARD, John. *L'interpretazione delle norme tributarie e gli effetti sugli uffici e sui contribuenti nel Regno Unito*. In: *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, v. 54, p. 77, 1995.

mar-se-á uma decisão política considerando vários aspectos implicados. E o mais importante, a decisão política tomada pelos representantes democraticamente legitimados será prospectiva, ou seja, valerá para o futuro, não ofendendo o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição.

CONCLUSÕES

Retomando à dúvida do advogado que desejava saber o prazo para interposição do recurso especial, pode-se dizer a ele que se adotar uma posição cognitivista da interpretação, basta ler o artigo 508 do Código de Processo Civil para afirmar categoricamente que o prazo é de 15 dias. No entanto, caso o causídico filie-se à corrente cética da interpretação do direito, a resposta será “depende”. Dependerá, neste caso, da decisão que o intérprete irá tomar e como a norma é produto da interpretação, somente poderá descobrir depois que o Judiciário examinar o seu recurso e interpretar se o mesmo foi apresentado dentro do prazo ou não.

Por óbvio que a utilização do exemplo é caricata e como tal só serve para extremar as posições e torná-las compreensíveis. Contudo, a partir da utilização do exemplo citado, pode-se visualizar claramente duas posições que disputam a definição da atividade interpretativa. Longe de buscar encerrar a discussão este ensaio visou apenas apontar as convicções de uma e outra teoria no intuito de contribuir, de forma bastante singela, para o debate.

Sobre o tema, algumas conclusões foram formuladas. Tal como as ciências naturais, o Direito precisa de uma epistemologia melhor estruturada. Em que pese não fosse o propósito deste artigo criá-la, pode-se verificar que as posições ainda são vacilantes e contraditórias. No que tange ao projeto de compreensão do Direito, entendemos que não se pode dispensar de um mínimo de objetividade e de verdade, sob pena de tornar todo o

discurso jurídico fundado sobre base arenosa e instável.

Por certo a teoria cognitivista não é a mais apropriada para resolver a complexidade da interpretação jurídica, no entanto, algumas premissas são importantes como pontos de partida e, até entre os críticos, compartilhadas. O texto não pode ser simplesmente desprezado. As escolhas feitas pelo legislador, por representarem decisões democráticas, não podem ser simplesmente desconsideradas. O sistema jurídico brasileiro tem uma tradição e um modelo de regras, bem ou mal, sedimentado. Há prestígio à norma legal e às competências definidas pela Constituição, de modo que para alguns ramos do Direito, estas decisões tomadas pelo Poder Constituinte e/ou pelo Poder Legislativo representam algo a ser conhecido e observado.

Não resta dúvida que o texto normativo é por essência suscetível de propiciar mais de um sentido, de modo que sustentar um único sentido possível ou uma única resposta correta só poderia caracterizar anacronismo da posição aqui exposta. No entanto, é preciso prestigiar um mínimo de regras compartilhadas pela comunidade e estas regras são balizadoras da interpretação. Logo, interpretar envolve atividade de cognição e também atividade de decisão seja na escolha de um dentre os sentidos possível, seja decisão de criar um sentido para os casos em que não dispõem de previsão. Todavia, as escolhas devem ser balizadas pela opção mais aceitável racionalmente e esta aceitação deve ser justificada de forma estruturada. Portanto, a atividade interpretativa não se esgota em conhecer ou decidir. Poder-se-ia dizer que interpretar é conhecer, decidir e, sobretudo, justificar racionalmente.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Trad. Ernesto Garcia Mendez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. In: Ratio Juris. Vol. 16. nº 4. Dezembro de 2003.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- _____. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- _____. *Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.
- _____. *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*. In: Temas de Interpretação do Direito Tributário. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: , 1979.

- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica dell'interpretazione giuridica*. Milão: Il Mulino,
- DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli editore, 1999.
- _____. *L'ambiguità alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativi*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Socieli, Working Paper 45, Siena, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes,
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- _____. *Il diritto come linguaggio*. Turim: G. Giappichelli editore, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Aceitação e objetividade. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: RT, 2004.
- PECZENICK, Aleksander. *A Coherence Theory of Juristic Knowledge*. In: <http://pecnenik.ivr2003.net>.
- _____. *Second Thoughts on Coherence and Juristic Knowledge*. Texto da internet, acessado em 08.09.2005 no site: <http://peczenick.ivr2003.net>.