

TEXTO DE LEI E NORMA JURÍDICA: UMA
DISTINÇÃO NECESSÁRIA NO CAMINHO DA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Nicolas Bortolotti Bortolon

*LAW TEXT AND JURIDICAL NORM: A NECESSARY
DISTINCTION IN THE WAY OF INTERPRETING THE LAW*

TEXTO DE LEI E NORMA JURÍDICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA NO CAMINHO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

LAW TEXT AND JURIDICAL NORM: A NECESSARY DISTINCTION IN THE WAY OF INTERPRETING THE LAW

*Nicolas Bortolotti Bortolon
Defensor Público Federal*

*Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo
Espírito Santo, Brasil*

nicolas.bortolon@dpu.def.br

RESUMO

As mudanças trazidas pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro, são, em boa parte, estruturais de todo o direito processual, sem, portanto, limitar-se à esfera civil, dada sua expressa vinculação (art. 1º) às normas fundamentais da Constituição. Dentre tais mudanças, destaca-se o tema dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes, em especial pelas disposições dos art. 486, §1º, incs. V e VI, e 927, tema que encontra total pertinência com a atividade de interpretação do direito, o que, por sua vez, também possui destaque no art. 486, parágrafos 2º e 3º. Este artigo trata desse tema preliminar à questão dos precedentes, qual seja a interpretação da lei (em sentido lato) como processo de formação da norma jurídica e introduz a importância dos limites consensuais à atividade do intérprete do direito.

Palavras-chave: Direito processual. Interpretação. Norma jurídica. Precedentes.

ABSTRACT

The changes introduced by Law 13.105 of March 16, 2015, which established the new Brazilian Civil Procedure Code, are, to a large extent, structural of all procedural law, without, therefore, being limited to the civil sphere, given its express linkage (Article 1st) to the fundamental rules of the Constitution. Among these changes, we highlight the issue of formally binding jurisprudential precedents, in particular the provisions of art. 486, §1, incs. V and VI, and 927, a subject that finds total pertinence with the activity of interpretation of the law, which, in turn, is also highlighted in art. 486, §§2nd and 3rd. This article deals with this preliminary theme with the question of precedents, namely the interpretation of the law (in the broad sense) as a process of formation of the legal norm and introduces the importance of the consensual limits to the activity of the interpreter of law.

Keywords: Legal procedure. Interpretation. Juridical norm. Precedents.

Data de submissão: 23/03/2017

Data de aceitação: 18/08/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO 1.1 Linguagem e direito 1.2 Signo: suporte físico, significado e significação. Enunciados e proposições jurídicas 1.3 Interpretação e evolução do direito: necessidade de controle social, consensual e efetivo da atividade do intérprete 1.4 A concretização da norma jurídica pela sua aplicação no caso concreto, a jurisprudência formalmente vinculante como fonte do direito e a importância do precedente enquanto consolidação do consenso normativo. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Parece ser consenso na doutrina jurídica que o novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), instituído por meio da Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe mudanças estruturais em matéria de direito processual, não apenas no âmbito civil, mas em todos os ramos normativos do processo judicial. Essa amplitude de aplicação decorre principalmente da universalidade dos institutos que passou a reger, muitos dos quais ligados à ideia de constitucionalização do processo, que, por uma questão de topografia normativa, espriam-se por todo o direito.

Dentre os institutos com mais sensível mudança de regramento, destaca-se o tema dos **precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes**, em especial pelas disposições dos art. 486, §1º, incs. V e VI, e 927, tema que encontra total pertinência com a atividade de interpretação do direito, o que, por sua vez, também possui destaque no art. 486, parágrafos 2º e 3º.

Este trabalho é fruto de pesquisa do autor sobre o tema dos precedentes vinculantes no processo penal, a partir da análise das repercussões da nova sistemática de precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes do CPC/15 no direito processual penal brasileiro. Não se aprofundará aqui a tal ponto, limitando-se apenas à questão geral da interpretação da lei (em sentido lato) como processo de formação da norma jurídica e da consequente importância dos limites consensuais à atividade do intérprete do direito. Parte-se do preceito teórico de que **texto de lei e norma jurídica** não se confundem. Para tanto, serão abordados temas ligados à Filosofia da Linguagem e à Teoria da Norma, com conceitos como **signo, símbolos, significado, significação, enunciados e proposições normativas, veículo introdutor de normas, fontes do direito**, entre outros, até se debruçar sobre o papel que a atividade interpretativa do direito tem para a formação da norma jurídica, bem como sobre a importância dos limites consensuais da linguagem jurídica para atividade do intérprete do direito, na qual os precedentes jurisprudenciais têm um valor próprio e, por força do novo CPC, de grau inédito em nosso ordenamento.

A metodologia adotada no trabalho consiste em pesquisa doutrinária de boa parte dos principais autores, brasileiros e estrangeiros, sobre a temática da interpretação do direito na formação das normas jurídicas. Dessa pesquisa, buscou-se trazer, principalmente, as noções estruturais da norma jurídica, sua formação e seus elementos, com enfoque sobre a atividade interpretativa dos textos normativos. O corte metodológico limitativo

do trabalho tem por início o **giro linguístico** operado a partir do início do século XX sobre a função da linguagem enquanto elemento formador da realidade e termina com o consenso linguístico como elemento limitador da atividade interpretativa do direito, introduzindo o tema da atividade jurisdicional na importante seara da interpretação dos textos normativos e da conseqüente formação das normas jurídicas.

Seu objetivo é trazer da doutrina mais abalizada os conceitos mais aprofundados de norma jurídica e, com isso, traçar uma introdução teórica à aplicação dos precedentes jurisprudenciais, os quais, pelas modificações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, aparentam a intenção do legislador de quebrar o paradigma dominante segundo o qual somente a lei escrita seria apta a veicular normas jurídicas e de que não faria parte das fontes normativas a atividade jurisdicional, o que passaria a ser contraditório, hoje, dado o caráter vinculante, em certos casos, atribuído por lei, às decisões dos tribunais em matéria de interpretação do direito.

O trabalho pretende servir de introito aos questionamentos que naturalmente surgem acerca da jurisprudência como fonte normativa e apresentar a conceituação a qual permita iniciar esse questionamento pela diferenciação entre texto de lei e norma jurídica. O leitor, com esse material, poderá perceber que os institutos não se confundem, a produção normativa está muito além das palavras grafadas no papel e, principalmente, a atividade interpretativa para a formação e aplicação da norma jurídica é importante. Em especial, tem importância a atividade interpretativa desempenhada, constitucional e legalmente, pelos tribunais, principalmente os Tribunais Superiores, mas, sobretudo, a necessidade de se compreender que existem limites de linguagem normativa sobre essa atividade.

1. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DA LINGUAGEM ESCRITA NO DIREITO

O tema referente a precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes está notoriamente ligado à atividade de **interpretação** do direito. Um precedente, grosso modo, nada mais é do que a interpretação de um dispositivo normativo (ou um conjunto deles, não necessariamente de mesma hierarquia), realizada por uma autoridade judicial competente e que serve de fundamento à interpretação da mesma norma ou de outro que a ela se relacione, em um caso distinto do primeiro, mas que com ele também guarde alguma relação temática.

Operando, por enquanto, apenas no campo puramente gramatical, **interpretar** significa

definir, dar sentido, aclarar, explicar, determinar o significado preciso de (texto, lei e outros)¹. No sentido que aqui trataremos, portanto, o termo **interpretar** está ligado à noção de **definição de sentido** ou de **atribuição de significado**.

Nesse sentido, Guastini inicia sua clássica obra **Das fontes às normas**:

Entendo por ‘interpretação (jurídica)’ a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo. Chamo ‘texto normativo’ qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado.²

De acordo com Guibourg³, “*definir uma palavra es enunciar su significado*”. Ocorre que, na seara do direito, as definições vão muito além de simples palavras ou termos (símbolos), para alcançar enunciados inteiros e suas combinações⁴, muitas vezes entre normas de hierarquia normativa e áreas de aplicação diversa (basta pensar na combinação de normas de natureza processual civil com normas de direito processo penal e de direito constitucional para a solução de determinado problema jurídico ou antinomia normativa), passando por textos frontalmente divergentes e por princípios abstratos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O direito é artificial e todas as leis, escritas ou não, precisam de interpretação do homem. E mais, o homem, na sua condição de ser humano, é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação é ineliminável, mas controlável com o da hermenêutica e da analítica.⁵

Cumprе ressalvar, desde já, uma questão semântica acerca do significado amplo que atividade de interpretação do direito pode ter, no sentido de não se restringir à jurisprudência ou à atividade judicial de aplicação das normas jurídicas, alcançando

¹ OLIVEIRA, H. M. (Org.). **Grande dicionário enciclopédico Rideel**, 1980, p. 1487. HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F. M. de M. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**, 2008, p. 485.

² GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 23-24.

³ GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 54.

⁴ Nesse sentido e ainda sobre a existência de disposições sem normas e de (inexistência) de normas sem disposições, conferir: GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 34-43.

⁵ ZANETI JR, H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 24.

também, por exemplo, a doutrina.

À doutrina também cabe, e com grande relevância, a atividade de esclarecimento e elucidação do ordenamento (interpretação em sentido amplo). Fá-lo, contudo, em linguagem própria da Ciência do Direito, isto é, **descritiva** e não prescritiva de normas, consubstanciando-se em **metalinguagem** em relação à **linguagem-objeto** de que trata: o direito posto. Vale ressaltar, por não operar no mesmo plano de linguagem que o direito positivo, mas em nível metalinguístico (descritivo), portanto, não pode causar modificações ou inovações em seu conjunto.

Em outras palavras, por mais verdadeiros que sejam os enunciados descritivos da Ciência do Direito (doutrina), esses não têm o condão de modificar as normas jurídicas que analisam⁶. Isso decorre de um motivo bastante simples: sendo o direito positivo um sistema fechado e **autopoiético** (autorregrado) somente normas jurídicas internas a esse sistema podem prever a forma de sua alteração; não sendo a atividade doutrinária prevista no ordenamento como fonte do direito, não há que se falar em capacidade normativa de tal procedimento.

A interpretação dos textos legais, pela doutrina, não é, portanto, uma interpretação normativa (no sentido propriamente prescritivo desse termo), mas apenas uma interpretação científica e, portanto, meramente descritiva das leis.

No que se refere ao caráter **vinculante** da interpretação de determinado dispositivo normativo, somente determinadas pessoas, ou grupos de pessoas, investidas de autoridade, dada por outras normas jurídicas, e em determinadas condições ou segundo certos ritos procedimentais (também normativamente definidos), podem conferir a natureza cogente e formalmente vinculante a uma dada interpretação do direito.

Entre tais indivíduos e procedimentos não se inclui a atividade **doutrinária**⁷, pela razão já citada: o sistema do direito positivo não a inclui no ordenamento jurídico como fonte do direito.

Por esse motivo e porque o foco do presente trabalho diz respeito aos precedentes jurisprudenciais vinculantes, tem-se como norte, neste artigo, a atividade interpretativa **judicial** (ou jurisprudencial), posto que esta, sim, especialmente com o advento do novo

⁶ Assim entende, entre outros, GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 94-97.

⁷ No mesmo sentido, conferir MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 174.

Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15), possui caráter vinculante em determinadas hipóteses **reguladas pelo direito**.⁸

Quando um juiz ou tribunal analisa a constitucionalidade de determinado dispositivo de lei, ou mesmo de um ato infralegal, está, em última análise **interpretando** tal dispositivo à luz da Constituição (e interpretando a própria Constituição), ainda que disso resulte a sua declaração de invalidade (inconstitucionalidade) e, conseqüente, inaplicabilidade ou mesmo exclusão do conjunto de normas jurídicas válidas, do que resulta a aplicação de uma norma que não é exatamente correspondente à que está **textualmente escrita** na lei declarada inconstitucional (seja tal controle concentrado e abstrato ou difuso e concreto). A solução de conflitos aparentes de normas, sejam elas de mesmo nível hierárquico ou não, aliás, é uma constante no campo da aplicação do direito – mormente em tempos de explosão legiferante como os atuais, em que simplesmente é impossível conhecer todo o conteúdo normativo vigente, agravado pelas mais díspares decisões judiciais – e que, por isso, demanda, a toda hora e não exclusivamente dentro de um processo judicial⁹, o uso da analítica ou da hermenêutica jurídica, isto é, da atividade interpretativa para a solução das antinomias que eventualmente surgem.

Desse breve introito, já se pode traçar um esboço do que pretendemos tratar ao longo do presente trabalho, tal como já adiantado em seu título: que **texto de lei e norma não se confundem**. A **norma** não é a **lei** (ou qualquer outro instrumento análogo formal de linguagem escrita prescritiva). Destaque-se, a norma jurídica não é o texto legal que

⁸ Nesse sentido, interessante a concepção filosófica de HANS-GEORG GADAMER sobre a hermenêutica jurídica, especialmente na atividade jurisdicional: “A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. (...) Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. (...) Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação de essência, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”. GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, 2008, pp. 489-490.

⁹ Podem surgir em um contrato, em um ato administrativo, em um processo disciplinar e em outros.

está no papel; não obstante, **o texto** é, normalmente, um dos **principais indicativos do conteúdo normativo** que se apresenta (haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da Constituição Federal¹⁰), mas não esgota em si tal conteúdo. A norma jurídica se forma a partir do **sentido** que se dá ao texto e isso advém da **interpretação** que se faz do mesmo; a norma, portanto, só existe ou só se concretiza como tal a partir da **atividade humana de interpretar** ou de **dar sentido** aos termos da linguagem prescritiva do direito¹¹.

Tais premissas, que pertencem à Filosofia da Linguagem e à Teoria da Norma Jurídica, não são novas, muito embora pouco debatidas e ensinadas no ambiente acadêmico dos dias atuais. Sobre o tema teceremos maiores considerações a seguir.

1.1. Linguagem e direito

No mesmo passo de que se tratou anteriormente, reinicia-se destacando os excertos de Zaneti e Pereira:

Com o desenvolvimento da filosofia da linguagem, foi definitivamente superada a visão metafísica de que os objetos do mundo tinham um sentido em si (uma essência ontológica) ou que tais sentidos eram livremente atribuídos pelo sujeito (paradigma da filosofia da consciência), agora, é a linguagem o elemento constitutivo do conhecimento e do sentido do mundo.¹²

Na linha dessas valorosas lições, e antes mesmo de adentrar o campo da interpretação dos textos normativos, é preciso destacar que direito é **linguagem** e, por isso, ligada ao **conhecimento**; mais precisamente espécie de linguagem **prescritiva**, isto é, que determina comportamentos humanos¹³. Nesse sentido, aponta

¹⁰ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹¹ Nesse passo, as precisas palavras de Humberto Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2015, pp. 50-55.

¹² ZANETI JR, H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 26

¹³ GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 24.

Moussallem:

Entender a realidade humana como uma continuidade linguística torna-se de vital importância para a compreensão do homem e do direito na medida em que ambos não trabalham com os acontecimentos físicos, mas somente com a interpretação ou versão, por fim linguagem.¹⁴

Valem também as precisas assertivas de Dardo Scavino sobre o tema da linguagem e da realidade enquanto fruto de interpretação humana:

*(...) nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan acerca de ella y, de alguna manera la crean o la construyen. Siempre conocemos, según el lema nietzscheano, una interpretación o una versión de los hechos, y nuestra versión resulta a su vez una versión de esa versión.*¹⁵

Por fim, a hábil lição de Carvalho: “ali onde houver normas jurídicas, escritas ou não escritas, haverá certamente uma linguagem em que tais regras se manifestem”¹⁶. Sobre a espécie de linguagem das normas jurídicas – a linguagem **prescritiva** – o mestre paulistano ensina como ela se presta

à expedição de ordens, de comandos, de prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas. Todas as organizações normativas operam com essa linguagem para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar valores¹⁷.

A par das diversas acepções que o termo **conhecimento** pode ordinariamente ter (experiência, habilidade, conjunto de informações apreendidas etc), segundo Moussallem, para a Filosofia da Linguagem, o “conhecimento é a relação entre linguagens – significações”; um fato complexo que se desenvolve dentro de um processo

¹⁴ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 28.

¹⁵ SCAVINO, D. **La filosofía actual: pensar sin certezas**, 1999, pp. 38-39.

¹⁶ CARVALHO, P. de B. **A visão semiótica na interpretação do direito**. Apostila inédita. 1995, p. 1. No mesmo sentido, GUASTINI, para quem “A interpretação jurídica pertence ao gênero da interpretação textual”. GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 130-131.

¹⁷ Das palavras de VILANOVA: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito” (VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 1977, pp.3-4)

de comunicação entre sujeitos.¹⁸

A partir do giro linguístico que coloca a linguagem como independente da realidade¹⁹ percebe-se que o homem não habita um mundo físico, mas um mundo cultural, formado não pela realidade em si, mas por **demonstrações** dessa realidade, que se constituem na linguagem. É indubitável que o mundo e seus objetos existem independentemente do homem, mas só existem **para este** quando por ele **percebidos** e só tomam forma quando apreendidos pela **sua linguagem**, que os organiza em pensamentos (representações e enunciados) e os retém e transmite também por meio da linguagem.

Nesse sentido, “a palavra [linguagem] não é só materialização do pensamento, é o próprio pensamento”²⁰ e o conhecimento, como processo comunicacional, somente existe por meio da linguagem. Se, como visto, a linguagem **constitui a realidade** para o homem e esta é o **objeto** do seu conhecimento, não há como se falar em conhecimento sem a linguagem; sem ela o primeiro se torna vazio de conteúdo e, portanto, inexistente²¹. Segundo Guibourg, *“podría definirse el concepto de language, en una primera aproximación, como un sistema de símbolos*

¹⁸ O professor capixaba ensina ainda que: “a distinção clara entre as palavras e as coisas é um produto tardio do espírito humano. Durante muitos anos acreditou-se que as palavras emergiam da essência do objeto. (...) Com a publicação da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Wittgenstein, teve início a época da filosofia da linguagem, a partir da qual a linguagem iniciou o seu processo de independência em relação à realidade, passando a sobrepô-la. Essa fase, que chega até os dias atuais, é conhecida como o ‘giro linguístico’”. MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, pp. 25 e 26.

¹⁹ O *Tractatus Logico-Philosophicus* (latim para “Tratado Lógico-Filosófico”) é o livro publicado pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein em sua vida. O projeto tinha um objetivo amplo - identificar a relação entre linguagem e realidade e para definir os limites da ciência - e é reconhecido como uma obra filosófica importante do século XX. G.E. Moore originalmente sugeriu o título latino do trabalho como homenagem ao *Tractatus Theologico-Politicus*, obra do filósofo holandês Baruch Spinoza. Wittgenstein escreveu as notas para o *Tractatus*, enquanto ele era um soldado durante a Primeira Guerra Mundial e o completou quando estava como prisioneiro de guerra em Como e depois Cassino em agosto de 1918. Foi publicado em alemão em 1921 como *Logisch-Philosophische Abhandlung*. O *Tractatus* foi influente, principalmente entre os positivistas lógicos do Círculo de Viena, tais como Rudolf Carnap e Friedrich Waismann (Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Tractatus_Logico-Philosophicus).

²⁰ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 29.

²¹ Nas palavras de Ferraz Junior: “A realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social. (...) Fato não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”. FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**, 1991, pp. 245 e 253.

que sirve a la comunicación”.²² Para Carvalho²³, a linguagem é a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos, cujo conjunto sistematizado é a língua.

A **linguagem** é, portanto, o conceito mais abrangente, contendo a língua e a fala. A **língua** corresponde ao sistema de signos de uma determinada comunidade social, que se presta à comunicação intersubjetiva de seus membros. Consiste em apenas um dos sistemas sógnicos que se prestam à comunicação, entre tantos outros meios de comunicação dentro de cada sociedade (gestos, expressão corporal, artes, vestuário, arquitetura, música, artes plásticas etc.) e que não se inserem no conceito de língua, posto ser esta limitada ao idioma, à palavra falada ou escrita²⁴. A **fala**, por sua vez, consiste no ato individual de seleção e de atualização, em face da língua que é instituição e sistema²⁵. A fala está para a língua, assim como o uso está para o esquema (HJELMSLEV) ou o código para a mensagem (JAKOBSON *apud* CARVALHO).

1.2 Signo: suporte físico, significado e significação. Enunciados e proposições jurídicas.

Ainda dentro da linguagem, pode-se destacar a subdivisão que faz Carvalho²⁶, baseado nos ensinamentos de Husserl, ao arrolar como seus elementos o signo, o suporte físico, o significado e a significação.

Signo, segundo o professor, é a unidade do sistema de linguagem que permite a comunicação intersubjetiva, com *status* lógico de relação. “Nele, um *suporte físico* se associa a um *significado* e a uma *significação*”²⁷. Essa tripartição é nomeada pelo autor de **triângulo semiótico**.

²² GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 19.

²³ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 11.

²⁴ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 10.

²⁵ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p.10.

²⁶ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 12.

²⁷ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 12.

O **suporte físico** é meio material (físico) pelo qual se transmite a linguagem idiomática, podendo ser a palavra falada (já que ondas sonoras são matéria) ou a escrita (tinta no papel, giz na lousa etc). Destaca-se, no campo do direito, como sabemos, o uso majoritário do suporte físico que contém a palavra **escrita**.

Significado, por sua vez, corresponde aos objetos do mundo exterior ou interior e, portanto, concreto ou imaginário, atual ou passado, a que se refere o signo. Já a **significação** é a ideia, noção ou conceito suscitado na **mente** do interlocutor a partir da percepção do signo e do conhecimento de seu significado, sendo **variável** conforme os fatores psíquicos ligados ao contexto da linguagem e à experiência de vida de cada um. Exemplo bastante elucidativo do uso da terminologia usada por Carvalho é dado por ele mesmo:

A palavra *manga* (fruta) é o *suporte físico* (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é seu *significado*. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de valores psíquicos ligados à experiência de vida de cada qual. Para aqueles que apreciam essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da *significação*.²⁸

Para Moussallem:

(...) o mundo é uma construção de *significações*. Uma palavra só se explica por outra palavra. Como sabemos o que são fatos jurídicos, fontes do direito, relação jurídica? Só por meio de explicações (linguagem) poderemos atingir o fim a que nos propusermos. O significado, como durante muito tempo se pensou, não é a relação entre o suporte físico e o objeto representado, mas, sim, a relação entre *significações* – sentidos. O significado de uma palavra já não é a coisa mesma, mas, sim, outra palavra.²⁹

Nesse sentido, ainda, a lição de Guibourg, Guigliani e Guarinoni:

Pero alguns (muchos) signos no dependen de uma relación de causa e efecto sino de um vínculo arbitrariamente fijado, y se usan adrede para traer a nuestra mente la representación del fenómeno que com él relacionamos. Los signos de esta clase particular se llaman símbolos, y si volvemos a leer los ejemplos del principio observaremos que los elementos

²⁸ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 13.

²⁹ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, pp. 27-28.

*allí usados como detonantes mentales de cada representación son símbolos, es decir, signos artificiales, intencionales y más o menos dependientes de alguna convención tácita entre miembros de un mismo grupo. De símbolos así están hechos los lenguajes.*³⁰

Percebe-se, portanto, que o suporte físico da linguagem contém um conjunto de signos, os quais se relacionam com algum objeto real ou abstrato (seu significado), por meio de uma convenção linguística dos homens. Essa associação entre o signo e o seu significado, por ser convencional (jamais natural ou intrínseca ao objeto), somente ocorre na **mente humana**, que, a partir do conhecimento prévio de seu significado, dá sentido próprio (significação) à linguagem utilizada. “Os signos (mais precisamente os símbolos) são convenções dos sujeitos para *representar* o mundo físico. São concepções pactuadas das quais o homem (como ser natural que é) compartilha, ao nascer em um mundo cultural”³¹.

Fixada a relação triangular semiótica das palavras (suporte físico, significado e significação), e ainda aproveitando as lições dos mestres argentinos, podemos avançar no tema, com os conceitos de **enunciado** e **proposição**.

Um **enunciado** ou uma **oração** é uma sequência significativa de palavras. Um enunciado é sempre composto de palavras que possuem significado, mas o próprio enunciado como um todo tem o seu próprio sentido, resultado dos significados das palavras combinadas entre si de certo modo. Podemos, com seu uso, descrever algo, expressar um sentimento, dar uma ordem, questionar, pedir, formalizar um ato etc. De acordo com Guastini, “um documento normativo (uma fonte do direito) é um agregado de enunciados do discurso prescritivo. Diz-se ‘discurso prescritivo’ (diretivo, normativo, preceptivo...) o curso empregado para modificar comportamentos humanos”³².

Para Carvalho, no triângulo semiótico dos signos, **enunciado** corresponde ao suporte

³⁰ GUIBOURG, R.; G., A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 18.

³¹ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 26.

³² GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 24. O autor ainda traz interessante concepção sobre a natureza enunciativa tanto do “enunciado” ou texto de lei, quanto do seu “significado” ou interpretação, ambos espécies de enunciados, porquanto a tanto a lei quanto seu significado somente podem ser expressos em linguagem e esta se veicula por meio de enunciados: “Não passará despercebido que, segundo a minha proposta definatória, tanto o termo ‘disposição’ quanto o termo ‘norma’, denotam enunciados. São enunciados não só as disposições, como também as normas: não só os textos (ou certas partes dos textos), mas também os seus significados. (...) A disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma pe um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação. Nesse sentido, as normas são – por definição – variáveis dependentes da interpretação” (pp. 26 e 28).

físico, ou seja, à expressão material do signo, à palavra escrita ou falada.³³ Esse suporte físico refere-se a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita na mente uma noção, ideia ou conceito denominado significação ou proposição³⁴. **Proposição**, portanto, é a significação criada pelo enunciado na mente, isto é, a construção mental do seu sentido³⁵; é o resultado produzido pela mensagem (suporte físico da linguagem) no entendimento do receptor, de acordo com as acepções e usos do código linguístico empregado e consentido pelos seus usuários.

No direito, a norma jurídica é a **significação** que se colhe da leitura dos textos de direito positivo³⁶. A constituição, as leis, os decretos, as portarias, os atos administrativos, as decisões judiciais, os contratos são todos exemplos de **veículos normativos** de enunciados da linguagem do direito. Seus elementos são os artigos, os parágrafos, os incisos, as alíneas, os segmentos de linguagem, que configuram **enunciados prescritivos**, aos quais correspondem **proposições (significações) jurídicas**³⁷.

³³ Em suas próprias palavras, enunciado é o “conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação”. CARVALHO, P. de B. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1998, pp. 19-20.

³⁴ SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**, 1999, p. 34

³⁵ Para GUASTINI, porém, “seria errado pensar que a disposição, enquanto fragmento linguístico, seja um objeto empírico, perceptível aos sentidos e que, pelo contrário, a norma enquanto “significado”, seja uma enigmática construção mental. Não há outro modo de formular um significado, senão por meio de palavras, e os significados não possuem uma “existência” independente das palavras com as quais são expressos. Portanto, a distinção entre disposição e norma não pretende ser uma distinção ontológica entre os enunciados e alguma coisa distinta dos enunciados. Trata-se, mais modestamente, da distinção entre duas classes de enunciados. GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, p. 28.

³⁶ CARVALHO, P. de B. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**, p. 23. Conf. Também SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**, 1999, p. 34.

³⁷ Para Guastini, “enunciado” é “qualquer expressão linguística sob forma acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados. No que diz respeito a isso, os juristas falam às vezes de “proposição jurídica”, “proposição normativa”, e similares. Convém talvez precisar todavia, que ‘enunciado’ não é sinônimo de ‘proposição’, no sentido gramatical (e tampouco exatamente de ‘proposição’ em sentido lógico). Por um lado, de fato, nem todos os enunciados compõem-se de uma única proposição; e, por outro lado nem todas as proposições são enunciados. Um enunciado pode ser alternativamente: (a) ou uma “frase simples”, isto é, uma proposição independente; (b) ou uma “frase complexa”, isto é, um agregado independente de proposições, constituído por uma proposição principal e por uma ou mais proposições a esta subordinadas GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. 2005, p. 25.

Da diferenciação entre o enunciado prescritivo e a proposição jurídica, é possível, portanto, estabelecer a diferença entre o **texto da lei** e a **norma jurídica**. Um é o mero suporte físico, o conjunto de signos usados na linguagem prescritiva do direito para transmitir determinado significado, de um emissor a um receptor (enunciado/texto de lei); outro, a atribuição de sentido a essa mensagem, que somente se consolida com a atividade interpretativa do destinatário de receber a mensagem, processá-la segundo seus próprios conhecimentos da linguagem utilizada, decorrente de um consenso coletivo de uso, e dar-lhe significação (norma ou proposição jurídica). Nesse sentido, Moussallem:

O que importa é compreender o direito como fruto da comunicação humana, um fato cultural, concebido com o objetivo de, pragmaticamente, regulamentar as condutas intersubjetivas. O direito pertence à classe dos fatos culturais e, como tal, encontra-se necessariamente plasmado em linguagem: a linguagem em sua função prescritiva, objetivada em um *corpus* identificável na variedade dos *textos* normativos (texto entendido aqui como suporte físico).³⁸

É lógico, porém necessário frisar, que o receptor não está (como se poderia equivocadamente imaginar) livre para atribuir ao enunciado usado pelo emissor o significado que bem quiser. Aí entram os limites da linguagem estabelecidos pelo seu **uso**. Não é o receptor quem define o sentido do enunciado; é o seu uso social e repetido, dentro de determinado grupo de pessoas, convencionalmente fixado, que o faz.³⁹

Ainda nesse sentido, afirma Ávila o seguinte:

(...) a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunidade linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da língua-

³⁸ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 41.

³⁹ Nessa esteira de pensamento, outra brilhante lição de Moussallem: “O homem, como ser cultural, habita uma linguagem. O sujeito emissor edifica seu mundo de acordo com sua linguagem e emite enunciados ao destinatário. Este, por sua vez, deverá coabitar o mesmo mundo linguístico do emissor para que possa compreender a mensagem (comunicação)”. MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 29.

gem. (...)Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.⁴⁰

O sentido de um símbolo ou de um enunciado, porém, não é estanque; ele muda e evolui, conforme o tempo, o local, os costumes, as condições sociais, econômicas, jurídicas e tudo o que influencia no uso da linguagem enquanto instrumento de comunicação do pensamento e do conhecimento. Nesse caldo linguístico-social estão inseridos o emissor, o receptor e a própria linguagem (com todos os seus elementos) e dele não há como escapar pela simples ignorância dos limites convencionais impostos à última. Ninguém pode dizer ou escrever *cadeira* e querer que alguém entenda *avião*; salvo se em dado contexto isso for convencionalizado previamente. Nesse sentido, uibourg, Guigliani e Guarinoni

Si estipulamos libremente un nombre, nadie comprenderá nuestros mensajes que lo contengan a menos que comuniquemos previamente esa estipulación. Si, en cambio, seguimos la regla del uso común (es decir, usamos palabras con el mismo significado que comúnmente se les asigna en nuestro medio lingüístico), nuestros interlocutores no tendrán dificultad en entender lo que decimos. En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal.⁴¹

De outro lado, ninguém pode pretender que determinado termo tenha ontem, hoje e para sempre o mesmo sentido; a língua muda, como necessariamente muda a sociedade. Dizer **democracia** hoje é diferente do entendimento que se tinha sobre o termo na Grécia Antiga, assim como é diferente do significado que teve durante o período da ditadura militar e do sentido que temos hoje com uma Constituição Cidadã.

Nesse contexto, bastante pertinente a lição dada por Ávila acerca do significado das palavras e da importância da interpretação no direito:

(...) o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como

⁴⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2015, pp. 52-53.

⁴¹ GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**, 1985, p. 35.

comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas com um ato de decisão que *constitui* a significação e o sentido de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplo de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos – já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou, melhor, como uso.⁴²

Isso tudo serve para demonstrar que o **texto da lei** não corresponde direta e inexoravelmente a um único sentido possível (o literal, por exemplo), embora haja esforço correto do legislador em dar-lhe sempre o sentido mais claro e menos ambíguo possível. Sabemos, no entanto, que, na prática, isso é tarefa de extrema dificuldade, dada a mutabilidade constante sofrida tanto pela língua, quanto pela realidade social, além da sempre presente falibilidade do conhecimento humano⁴³.

Se as mudanças são necessárias ao processo evolutivo da sociedade, tão importantes quanto são os mecanismos de controle social sobre a atividade interpretativa que implica em mudanças no sistema de normas jurídicas, conforme abordado no próximo tópico.

1.3. Interpretação e evolução do direito: necessidade de controle social, consensual e efetivo da atividade do intérprete

Fixa-se o ponto de que o conteúdo da norma jurídica não é **exatamente** o texto escrito na Constituição, na lei, no decreto, no tratado ou no contrato. Seu conteúdo é o **sentido** que se dá ao texto; e esse sentido decorre da **interpretação** do texto, fato que resulta de um **ato humano**, exclusivamente.

Nesse contexto, percebe-se a importância tamanha que o ato de interpretar textos normativos tem. Se sem a interpretação a lei é apenas um punhado de palavras (enunciados), para o direito, enquanto linguagem prescritiva, a interpretação, portanto, é tudo.

⁴² ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 51-52.

⁴³ POPPER, K. R. A lógica da Investigação Científica. In: CIVITA, V. **Os Pensadores**, 1975, p. 274-276.

Ocorre que o esforço interpretativo, como observado, nunca é um ato puramente individual. Ele é social, porque é **consensual**. Nesse contexto, mais uma brilhante lição de Ávila:

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Se direito não é “bom senso” (e não é mesmo), pode-se dizer, com segurança, que é, ao menos, **consenso**. E o é porque é linguagem; e linguagem é essencialmente **convenção**. Isso significa, mais uma vez, que o intérprete **não é livre** para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem.⁴⁵

No campo do direito, essa possível “liberdade de interpretação” das normas jurídicas é, provavelmente, um dos fatores de maior preocupação entre os juristas da atualidade. Frise-se como ponto de suma importância do presente trabalho que, **embora os enunciados normativos (textos da legislação constitucional e infraconstitucional) e norma jurídica não se confundam, os primeiros compõem-se como umas das principais referências interpretativas para a concretização das últimas** (haja vista o disposto no art. 5º, inc. II da CF; na seara penal, essa importância é ainda maior em razão do princípio

⁴⁴ ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 53-54.

⁴⁵ “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”. ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2015, pp. 44-45.

da estrita legalidade – inc. XXXIX⁴⁶). Disso já decorre uma severa mitigação da liberdade do intérprete jurídico, porquanto a limita com o conteúdo enunciado pelos veículos normativos escritos. Ocorre que isso, desde o século passado, não se vinha revelando como suficiente à nociva prática de interpretação arbitrária do direito. Nos dizeres de Zaneti e Pereira:

Estamos vivendo um momento pós-positivista, pelo menos em relação ao *vetero* positivismo, ou *paleojuspositivismo*, em que grandes incertezas existem neste ambiente de mudança de paradigma científico. O positivismo jurídico, em sua versão mais radical, na tentativa de purificar o direito da valoração do intérprete – porque não seria objeto de conhecimento científico – acabou não atacando o principal problema do fenômeno jurídico: a arbitrariedade dos aplicadores na interpretação do direito. Na luta central ao direito pelo controle do poder, não foram debatidas as questões referentes à discricionariedade deixada pela margem positivista de interpretação.⁴⁷

A advertência também é feita por Guastini, segundo o qual:

Num (...) sentido, pode-se dizer que os juízes criam direito por entender que a interpretação dos textos normativos (atividade típica dos juízes) não é operação cognoscitiva de normas (preexistentes), mas produtiva de normas. (...) Desse ponto de vista, não só os juízes criam sempre direito, como, ao invés disso, todo o direito é criado pelos juízes. Pode-se objetar este modo de ver da maneira que se segue. (...) O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. (...) mesmo um vínculo débil é sempre um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – ‘qualquer’ significado a seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos desse tipo. Além disso, deve-se observar que o legislador não está sujeito a nenhuma obrigação de motivar suas decisões, ao passo que as decisões judiciais devem (a) ser motivadas, e (b) ser motivadas com base na lei. (...) A obrigação de motivação submete o juiz a um possível controle, posterior e diferente relativamente aos controles aos quais está submetida a atividade legislativa. A obrigação de motivar ‘com base na lei’ cria, ademais, um vínculo de subordinação do juiz com respeito ao legislador: em virtude dessa obrigação, o juiz fica obrigado a mostrar, argumentativamente, que a norma a que deu aplicação era uma norma ‘preexistente’ na lei. Trata-se novamente de um vínculo débil. Mas um vínculo débil é mais forte do que nenhum vínculo⁴⁸.

⁴⁶ Art. 5º. (...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴⁷ ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 24.

⁴⁸ GUASTINI, R. **Das fontes às normas**, 2005, pp. 221-222.

A necessidade de refrear práticas arbitrárias de interpretação das normas jurídicas culminou em uma mudança radical de paradigmas, na tentativa de restringir a liberdade (o “livre” convencimento) do juiz ao **consenso jurídico** formado tanto pela atividade legislativa quanto jurisprudencial. Nesse sentido, a aposição de uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 (em especial, por intermédio dos arts. 489 e 926) surge como um **acréscimo** à antiga fórmula de vinculação à lei. Não se trata de amarrar o juiz ao antigo e estancar qualquer evolução interpretativa, mas, sim, de evitar que o direito seja fruto de opções e concepções **individuais**, para tornar-se produto de discussões **coletivas** e com amplo **debate** dentro de um espaço bastante propício à participação democrática de todos os envolvidos: o processo; sem prejuízo, é claro, do cenário tradicional onde essas discussões e debates já ocorriam: as casas legislativas e, em menor escala, o Poder Executivo.

O escopo da “reforma” operada pelo novel Código de Processo Civil é, portanto, ampliar a dialética do direito, não restringi-la, tornando-o fruto, cada vez mais, enquanto linguagem que é, de consenso. Nesse contexto de uso coletivo e, portanto, socialmente controlado da linguagem do direito, a concretização das normas jurídicas em casos concretos e a utilização desses como precedentes formalmente vinculantes ganha imensa importância na pretensão de correção de todo o ordenamento, como melhor tratamos a seguir.

1.4. A concretização da norma jurídica pela sua aplicação no caso concreto, a jurisprudência formalmente vinculante como fonte do direito e a importância do precedente enquanto consolidação do consenso normativo

Uma das peculiaridades da convenção ou do consenso no direito é que esta atravessa diversas esferas, desde os costumes, as relações econômicas, de trabalho e emprego, familiares, de segurança, indo de grupamentos sociais menores aos maiores, associações dos mais variados tipos, até chegar às instâncias formalmente legislativas e virar lei. Esse processo, porém, como visto, não acaba aí. A lei formal e escrita não encerra a concretização da norma jurídica.

O tema daria ensejo a maiores digressões sobre o tema das **fontes formais do direito**, podendo chegar às noções de normas jurídicas **gerais e abstratas e individuais e concretas**⁴⁹, mas não é esse nosso intuito neste trabalho, nem o espaço permite. Por ora,

⁴⁹ Sobre o tema, conferir MOUSSALLEM, **Fontes do direito tributário**, 2001.

bastam algumas palavras de Moussallem sobre **não** ser a lei fonte do direito, nem a sua edição o fim do processo de enunciação das normas jurídicas:

Por outro lado, a 'lei' (no sentido tanto de veículo introdutor como de documento normativo) é produto das fontes do direito. A lei não pode ser fonte dela mesma, da mesma forma que um homem não é fonte dele mesmo, mas da cópula entre um homem e uma mulher. Tal assertiva ganha força ao nos lembrarmos dos três subsistemas componentes do sistema do direito positivo. A lei compõe o subsistema da literalidade textual (S_1). Assim é que a lei, documento normativo composto de enunciado(s) prescritivo(s), é uma das partes componentes do sistema do direito positivo. É a partir dela que se inicia o percurso gerativo de sentido do direito positivo. Portanto, a lei se localiza no interior do sistema do direito positivo, dele fazendo parte. Por outras palavras: a lei está para o enunciado, assim como o procedimento legislativo, judicial ou administrativo está para a enunciação. Esta é a fonte do direito, ao passo que aquele é o produto.⁵⁰

O que se pretende destacar é que da aposição de um enunciado normativo em um veículo introdutor de normas até seu significado final, quando aplicada a um caso concreto, ainda vai uma boa distância. Com efeito, somente quando interpretada e aplicada a algum caso real é que a norma jurídica se revela em sua totalidade; antes disso é um mero enunciado abstrato.

Isso pode parecer uma heresia contra a teoria geral do direito positivo, mas, para que assim não pareça, será explicado. A lei, na concepção positivista mais restrita da *civil law*, pretende ser exaustiva, abrangendo todo tipo de conduta humana, sem deixar lacunas. Disso resulta que a lei, mesmo nessa concepção, precisa de um caso concreto que se amolde à sua hipótese para que ganhe incidência e concretude no mundo dos fatos.

É no caso concreto (fato jurídico) que o antecedente (hipótese descritiva) da norma vai buscar o seu conseqüente (prescritivo) e produzir efeitos, entre os quais o de dar significado completo às disposições abstratas da lei. Essa conjugação entre a hipótese normativa abstrata e o fato jurídico somente pode-se dar por meio de uma interpretação, por mais singela que possa ser, da autoridade normativamente incumbida para tanto; no caso do processo, a autoridade judicial.

Quando o juiz, dentro de um processo e por meio de uma norma individual e concreta (a sentença ou outro tipo de decisão judicial), subsume o fato a uma hipótese normativa, concretiza o conteúdo dessa norma e o faz interpretando que àquele fato corresponde

⁵⁰ MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 56.

determinada norma (ou um conjunto de normas). É ali que a norma jurídica efetivamente tem o seu significado concretamente revelado.

Concretamente, mas não **integralmente** revelado, advirta-se. É que, justamente por se tratar a lei de norma geral e abstrata e se prestar a regular infinitas relações jurídicas, ela nunca esgotará as suas hipóteses de aplicação, salvo quando for revogada por outra norma. Um caso concreto revelará sempre o conteúdo da norma, mas nunca o fará de forma integral, ou seja, definitiva, universal e estanque, pois outros casos futuros se incumbirão de fazê-lo, enquanto a norma viger, num processo constante, complementar e inesgotável de concretização da norma.

Interessante, portanto, é o fato de que as diversas decisões judiciais que vão aplicar a mesma norma jurídica em outros casos concretos vão acrescentar ao seu significado as **peculiaridades de cada caso**, inserindo a mesma norma em uma espiral evolutiva baseada no seu **uso**. Cada detalhe de cada caso vai aderir ao conteúdo da norma mais alguns elementos próprios de significação, tornando-a cada vez mais próxima – sem nunca esgotar as possibilidades – do seu verdadeiro significado. No sentido da evolução normativa e de seu descolamento progressivo da estrita “vontade” dos órgãos legiferantes, para adaptar-se à (nova) realidade, aponta Gadamer:

É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso, o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.⁵¹

Percebe-se que esse conjunto de interpretações e reinterpretações da norma jurídica, realizada por pessoas, procedimentos e em espaços previamente definidos por outras normas (autopoiese do direito), constitui o cenário de construção de precedentes normativos. Isso sempre houve no Brasil. As decisões judiciais sempre concretizaram normas jurídicas e, em maior ou menor medida, valeram-se de concretizações anteriores como fundamento e aprimoramento das decisões posteriores, seja pela força normativa vinculante que algumas decisões possuíam, seja pelo seu mero caráter persuasivo.

⁵¹ GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2008, p. 485.

Ocorre que o uso de precedentes jurisprudenciais sempre foi feito de maneira mais persuasória do que vinculante em nosso país. As últimas mudanças constitucionais e infraconstitucionais do fim do século XX e início do presente ciclo, contudo, foram formando cada vez mais hipóteses de vinculação das decisões judiciais às conclusões prévias da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores.

Citam-se como exemplos dessa gradativa mudança a decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º da CF, incluído pela EC nº 03/93 e modificado pela EC nº 45/04), as súmulas vinculantes (art. 103-A, também incluído pela EC nº 45/04), o recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC de 1973, incluído pela Lei nº 11.672/08, em especial os efeitos do seu §7º), da jurisprudência dominante como filtro à admissibilidade de recursos (art. 557, incluído pela Lei nº 9.756/98), entre outros. O novo Código de Processo Civil pode ser considerado o marco mais significativo de mudanças desse ciclo, dando à jurisprudência força normativa jamais alcançada pelas anteriores reformas pontuais da legislação processual civil (art. 486, §1º a 3º, incs. V e VI, e art. 927).

O tema inevitavelmente tocará a aparente dicotomia existente entre os sistemas ou tradições de direito consuetudinário (*common law* ou anglo-americano) e civilista (*civil law* ou romano-germânico ou europeu continental) e a forma com que cada um lida com a lei e a jurisprudência e como essas duas vertentes foram introduzidas no Brasil, dando origem a um certo hibridismo de nosso ordenamento jurídico. O espaço do artigo, mais uma vez, não comporta aprofundamento nesse assunto, mas permite afirmar, em rápidas palavras, que as influências de ambos as tradições jurídicas, *common* e *civil law*, têm significativa participação na formação do ordenamento jurídico brasileiro, respectiva e especialmente, a primeira na matriz constitucional pátria, a segunda na legislação infraconstitucional⁵².

Neste trabalho, objetiva-se deixar assentado apenas que o **processo legislativo** é importantíssima **fonte formal de direito** em nosso ordenamento (em especial no campo penal). No entanto, necessário destacar que a lei em sentido formal, veículo introdutor de normas que contém enunciados em linguagem escrita e prescritiva de condutas humanas, por si só, não contém normas jurídicas no seu sentido mais preciso. Todo texto legal demanda atribuição de sentido, pois as palavras não **são** as coisas que representam; sua relação não é intrínseca e direta com o objeto de seu significado, que é variável conforme

⁵² Para maior aprofundamento desse tema, conferir ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**, 2014, pp. 5-61.

o contexto, a cultura e o destinatário da mensagem. “O texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido”⁵³.

A significação de um enunciado – o que inclui os enunciados normativos – se forma na mente do intérprete, que, por sua vez, está também **inserido dentro de um ambiente linguístico coletivizado e consensualizado** que não lhe permite **qualquer interpretação imaginável**. O uso consensual da linguagem limita sua capacidade interpretativa, vinculando-o às convenções sociais de que é partícipe.

No campo do direito esse sistema convencional guarda certas peculiaridades tanto ou mais vinculantes do que em outros sistemas sociais também normatizados, na medida em que são definidas pessoas, espaços e procedimentos específicos para que se atribua ou modifique certo sentido das palavras usadas nos textos legais, isto é, para que se instituem ou modifiquem normas jurídicas, o que tem pertinência, ainda, com a temática das **fontes do direito**, a que se aludiu anteriormente.

Sobre o plexo de fontes do direito, Reale Junior explica que

são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquele que é declarada obrigatória.⁵⁴

Nesse contexto, o tema dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes apresenta-se como bastante pertinente. Para além das pessoas, espaços e procedimentos correspondentes às tradicionais fontes formais do direito – Poderes Legislativo e Executivo – ganha maior participação na concretização do processo de formação de normas jurídicas o ambiente em que operam o Poder Judiciário e todas as funções essenciais à administração da justiça, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública, além, é claro, dos cidadãos representados por tais atores do processo. Nesse cenário, a sociedade como um todo pode participar da formação e da atribuição de significado e conteúdo semântico-jurídico às normas que pretende ter vigentes em seu seio, o que revela a importância do tema no que se refere à consolidação da democracia, da cidadania, da república e da participação popular no exercício do poder que lhe pertence soberanamente (Constituição, art. 1º, *caput*, inc. II e parágrafo único).

⁵³ GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 2008, p. 565.

⁵⁴ REALE JUNIOR, M. **Fontes e modelos do direito**, 1994, p. 14.

Nesse sentido, majestoso trabalho de demonstração da importância da participação popular na formação do ordenamento jurídico, através do processo, é apresentado por Zaneti Jr. em sua obra **A constitucionalização do processo**:

A democracia participativa revela-se no exercício do poder e do governo do povo, pelo povo e para o povo. A Constituição Federal, ao definir que todo poder emana do povo, expressamente indicou as formas de seu exercício representativo no Poder Legislativo e no Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário, em decorrência da inércia como princípio basilar, o compromisso de prestar a jurisdição quando provocado pela forma direta, sempre nos limites do litígio e criando a solução para as partes envolvidas, mediante princípios de direito. Essa realidade coloca o Judiciário à frente da discussão, podendo realizar a democracia participativa ou compelir a soluções que considerem a cidadania, principalmente levando-se em consideração a abertura possível, em razão do contemporâneo processo constitucional e das ações coletivas, com a legitimação de formações sociais e entes exponenciais da sociedade.⁵⁵

Usando as palavras de Dinamarco:

Democracia é participação, e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influências sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.⁵⁶

E, em arremate, conclui Zaneti Jr:

A defesa (...) é justamente no sentido de que os espaços democráticos são e devem ser plurais (que haja demodiversidade) e de que o Estado, na esfera de seus poderes independentes e harmônicos, na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *latu sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática.⁵⁷

⁵⁵ ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo**: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição, 2014, pp. 128-130.

⁵⁶ DINAMARCO, C. Rangel. A instrumentalidade do processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 71.

⁵⁷ ZANETI JR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica. In: **Revista de Processo**, 2016, p. 132.

De se notar, portanto, que a interpretação dos textos normativos, que dá significado e conteúdo concreto às normas jurídicas, tem vasto campo de aplicação, de estudo e de aprimoramento na seara dos precedentes jurisprudenciais. Estes servem, nesse aspecto, especialmente, para que as escolhas normativas da sociedade amadureçam no debate, em campo o mais democrático possível, com regras e princípios que assegurem maior participação dos cidadãos e das instituições, e com maior segurança jurídica, coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, sem que com isso se estanque ou se retarde o inexorável processo evolutivo do direito e da sociedade como um todo.

Em tema de interpretação das normas jurídicas e da consolidação do consenso acerca de seus significados, parece fora de dúvida, portanto, que uma sistemática de precedentes deve estar bem estruturada para harmonizar o sentido dado à norma com os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição. Esse, acredita-se, deve ser o norte de qualquer trabalho que pretenda analisar, com pretensão de correção, a repercussão do novo sistema de precedentes trazido pelo CPC/15 no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou, a temática dos precedentes jurisprudenciais formalmente vinculantes, fortalecida notavelmente pelo novo Código de Processo Civil, está intimamente ligada à atividade de interpretação dos enunciados normativos e, conseqüentemente, da formação das normas jurídicas, especialmente a partir da inclusão normativa dos precedentes como fontes formais do direito (art. 489, §1º, incs. V e VI, e §§2º e 3º; art. 927).

O tema dos precedentes jurisprudenciais vinculantes enriquece o cenário democrático-constitucional contemporâneo do direito processual e, por vazar-se em mais uma das fontes e formas de controle da atividade do intérprete jurídico quando chamado à interpretação da linguagem prescritiva do direito, merece ser estudado com o referencial teórico da Filosofia da Linguagem e da Teoria da Norma, sobre os quais nos debruçamos, de forma singela, neste artigo.

Essa atuação do intérprete é parte indissociável da concretização do complexo de normas jurídicas válidas e demonstra que **texto de lei** e **norma jurídica** não são sinônimos, mas partes de um processo muito mais amplo e complexo de formação da linguagem prescritiva do direito.

Aliás, ficou claro, também, que o direito é linguagem e, como tal, fruto de consenso, uso e evolução constantes no seio da sociedade, tendo, por isso, limites sintáticos e semânticos

para sua modificação, os quais, no sistema autopoietico do direito, são definidos pelas próprias normas que o integram.

Entre os limites à liberdade de interpretação do direito, ganham especial relevo a atuação do Poder Judiciário, como órgão legitimado à atribuição de sentido concreto às normas jurídicas válidas, e a jurisprudência dela decorrente, por conta da gradativa aderência de significado que os casos julgados prestam, em conjunto, à formação de um precedente; e este, por consolidar-se como fonte de direito, não apenas, portanto, no plano da persuasão, mas da vinculação normativa própria das normas jurídicas.

Do mesmo modo, revela-se o processo como espaço democrático de participação e influência popular no exercício do poder e na tomada de decisões políticas. O processo é, mais do que nunca, um dos ambientes, portanto, aptos a conferir aos indivíduos, isolada ou coletivamente, a capacidade de influir nas decisões políticas e praticar democracia, cidadania e exercício direto do poder do qual é detentor soberano, o que certamente inclui a atividade de interpretar e definir o sentido das normas que prescrevem as suas próprias condutas. Nesse contexto, é inegável o relevante papel que o processo, o Judiciário (com a participação das funções essenciais à justiça, Advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública) e os precedentes prestam na conformação de um ordenamento jurídico justo e de uma tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, P. de B. **A visão semiótica na interpretação do direito**. São Paulo: apostila inédita, 1995.

_____. **Curso de direito tributário**. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. **Língua e linguagem - signos linguísticos – funções, formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens**. Apostila de lógica do curso de mestrado em Direito da PUC/SP. São Paulo: inédito.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ECO, U. **O signo**. 3 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1985

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

GADAMER, H. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GUASTINI, R. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

GUIBOURG, R.; GUIGLIANI, A.; GUARINONI, R. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1985.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S.; FRANCO, F. M. de M. Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos, 2008, p. 485.

JAKOBSON, R. **Linguística e comunicação**. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1969.

KUHN, T. **As estruturas das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998.

MOUSSALLEM, T. M. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PEIRCE, C. S. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____; MORRIS, Charles. **Signo, linguagem e conduta**. Buenos Aires: Editorial Losada.

POPPER, K. R. **A lógica da Investigação Científica**. In: CIVITA, Victor. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

REALE JUNIOR, M. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTI, E. M. D. de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SCAVINO, D. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós

Postales, 1999.

VILANOVA, L. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANETI JR., H. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____ ; PEREIRA, C. F. B. **Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica**. In: Revista de Processo, v. 412, n. 259, setembro, p. 21 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

