

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-554-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santiago do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

JUDICIAL ACTIVISM IN THE NORM CONSTRUCTION PROCESS AND LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM AS A LIMIT TO INTERPRETIVE SUBJECTIVITY

**Eduarda Lacerda Kanieski
Lucas Pereira Nunes**

Resumo

Atualmente, é inconcussa a problemática hermenêutica existente nos tribunais quando instados a se manifestar sobre determinados assuntos. Diante dos inúmeros conceitos jurídicos indeterminados que circundam o direito positivo, exige-se do Juiz a construção do conteúdo semântico dos enunciados prescritivos mediante o processo de significação, o que, por muitas vezes, pode concretizar o ativismo judicial. O presente trabalho tem como objetivo definir o ativismo judicial e demonstrar a problemática de sua aplicação no processo de construção da norma, corroborando os reflexos que o fenômeno causa quando utilizado pelo Poder Judiciário. A pesquisa apoia-se na Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, que aborda a lógica como instrumento para o estudo do direito, utilizando-se de modais deônticos na valoração da hipótese normativa, a fim de verificar a possibilidade de limitação do ativismo judicial com o método utilizado pela teoria constructivista. Nesse plano, serão estudadas as técnicas de interpretação adotada pelo Constructivismo Lógico-Semântico, estabelecendo o percurso que o intérprete deve adotar na construção de sentido dos enunciados jurídicos, para chegar-se à interpretação autêntica.

Palavras-chave: Poder judiciário, Discrecionabilidade, Interpretação, Ativismo judicial, Constructivismo lógico-semântico

Abstract/Resumen/Résumé

Currently, the hermeneutic problem that exists in the courts is undeniable when asked to speak out on certain matters. In view of the innumerable indeterminate legal concepts surrounding positive law, the Judge is required to construct the semantic content of prescriptive statements through the process of signification, which, many times, can make judicial activism concrete. This work aims to define judicial activism and demonstrate the problem of its application in the process of construction of the tax rule, corroborating the reflexes that the phenomenon causes when used by the Judiciary. The School of Constructivism Logical-Semantic supports the research, which approaches logic as an instrument for the study of law, using deontic modes in the valuation of the normative hypothesis, to verify the possibility of limiting judicial activism the method used by constructivist theory. In this plan, the interpretation techniques adopted by the Logical-

Semantic Constructivism will be studied, establishing the path that the interpreter must adopt in the construction of the meaning of the legal statements, to arrive at the authentic interpretation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Discretion, Interpretation, Judicial activism, Logical-semantic constructivism

1. Introdução

Desde *Crátilo* de PLATÃO, a linguagem era tida como um instrumento descritor de fenômenos naturais e sociais, uma vez que o principal objeto de estudo do conhecimento, segundo essa concepção, voltava-se, primordialmente, ao sujeito e objeto, ou à relação entre ambos.

A Filosofia Moderna sofreu importante ressignificação a partir da obra *Tractus logico-philosophicus* de LUDWIG WITTGENSTEIN, momento em que a concepção filosófica do conhecimento, intitulada “giro-linguístico”, deu espaço à Filosofia da Linguagem.

De acordo com esse novo movimento filosófico, a linguagem deixa de ser apenas descritora das relações entre sujeito e objeto, e passa a ser pressuposto de constituição do conhecimento.

Assim é que, o “conhecer” passou a significar a construção intelectual de uma determinada realidade, a qual se desenvolve a partir da linguagem.

Transpondo este raciocínio à Teoria Geral do Direito, o Direito passou a delimitar-se como o conjunto de normas válidas num dado país, de modo que sua compreensão se dará através dos textos.

Nesse cenário, surge a doutrina da Escola Epistemológica do Direito, formulada por Lourival Villanova e Paulo de Barros Carvalho, denominada “Constructivismo Lógico-Semântico”.

A Escola do Constructivismo Lógico-Semântico aborda o Direito de forma analítica, onde o sujeito cognoscente constrói mentalmente o objeto, a partir de um referencial metodológico que fundamenta essa construção.

Neste estudo, propõe-se explorar o método epistemológico utilizado pelo Constructivismo Lógico-Semântico, no que tange ao percurso gerador de sentido dos textos jurídicos e a significação construída pelo intérprete, a partir dos enunciados de Direito Positivo.

Sucessivamente, o artigo aborda o tema do ativismo judicial e suas vertentes, bem como a problemática que se instaura com a prática deste instituto pelo Poder Judiciário brasileiro, ao extrapolar os limites impostos ao exercício da competência tributária pela Constituição Federal, em prol de convicções pessoais do julgador.

A justificativa para abordagem do tema é a problemática repercussão jurídica proveniente do ativismo judicial, na medida que tal prática ultrapassa os limites constitucionais em prol dos interesses pessoais do julgador.

O problema de pesquisa suscita o questionamento sobre a possibilidade da Escola do Constructivismo Lógico-Semântico atuar como método limitador às práticas do ativismo judicial.

O presente trabalho utilizará o método hipotético-dedutivo, partindo das lições teóricas que se debruçam sobre o ativismo judicial e a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, e a documentação indireta como técnica, composta por artigos científicos, publicações em periódicos, pesquisa na doutrina, jurisprudência e legislação, compondo assim, o método de procedimento específico do trabalho em questão.

2. Constructivismo Lógico-Semântico

O Constructivismo Lógico-Semântico empenha-se no estudo do direito, adotando concepções da Filosofia da Linguagem¹, de modo que entrelaça suas proposições com a lógica e a semântica para construção de seu objeto.

Assim, a leitura e interpretação do direito positivo se desenvolve pelo método analítico, onde o intérprete define o objeto a ser estudado, e constrói o conceito daquele objeto a partir métodos lógicos-semânticos, amarrados estruturalmente aos referenciais e premissas que o fundamentam.

Expoente do Constructivismo Lógico-Semântico, Paulo de Barros Carvalho ensina que:

O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, consoante esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, selecionando as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação (CARVALHO, 2017, p. 6).

Como ciência que é, dispõe de um único método, podendo contar com diversas técnicas (FERRAZ JR, 2014, p. 15).

No Constructivismo Lógico-Semântico, a primeira técnica que pode ser observada, toma como referência a obra de Hans Kelsen, onde o direito se apresenta como um sistema normativo cujo objetivo é regular condutas humanas. Ou seja, há direito onde houver normas jurídicas (CARVALHO, 2016, p. 98).

¹ Paulo de Barros Carvalho (2017, p. 6) adverte que: “Apesar de suas origens e das concepções que estão bem caracterizadas na plataforma inferior de suas bases, não se pretende um projeto filosófico: de método é seu estatuto.”

A segunda técnica identificada, é a adoção das concepções trazidas pela Filosofia da Linguagem, de LUDWIG WITTGENSTEIN, sendo as normas jurídicas consideradas uma manifestação linguística.

Por fim, visando regular condutas humanas, é possível afirmar que o direito é finalístico, e, portanto, “a linguagem do direito dirige-se ao mundo social, buscando cristalizar fatos a partir de meras ocorrências de eventos, e registrando provas necessárias a que surjam os fatos jurídicos” (MENDONÇA; PACOBAHYBA, 2015, p. 37).

Diante de tais considerações, adotando-se uma posição normativista do direito, este pode ser entendido como o complexo de normas válidas num dado país (CARVALHO, 2012, p. 34).

Admitindo que o direito também é linguagem, conclui-se, então, que “as normas jurídicas são, antes de qualquer outra inferência, uma manifestação da linguagem” (PACOBAHYBA, 2016, p. 169).

Desse modo, a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico foi assim denominada pois, “Constructivismo” refere-se a ideia de que o sujeito cognoscente constrói mentalmente o objeto, em nome de uma descrição, por meio de um sistema referencial metodológico.

Fundamentado nas concepções do giro-linguístico, bem como na delimitação do direito positivo como objeto de estudo, o conhecimento, através do Constructivismo Lógico-Semântico, se estrutura e desenvolve pelo método hermenêutico-analítico.

Sobre o método analítico, Aurora Tomazini Carvalho (2016, p. 103) enfatiza:

Tomamos o direito como um corpo de linguagem e, nesse sentido, o método analítico mostra-se eficiente para o seu conhecimento. Com ele, e amparados nas Ciências da Linguagem e com auxílio da lógica, realizamos a decomposição do discurso jurídico, para estudá-lo minuciosamente em seus âmbitos sintático (estrutural), semântico (significativo) e pragmático (prático – de aplicação) para construirmos a unicidade do objeto por meio de seu detalhamento.

Quando o sujeito cognoscente se propõe a conhecer o direito, entrará em contato com os valores impregnados na linguagem jurídica, iniciando o processo hermenêutico de captação de sentido dos textos positivados e as referências culturais que os embasam.

Assim, analítica e hermenêutica se complementam, consubstanciando-se no método próprio da Ciência Jurídica difundida pelo Constructivismo Lógico-Semântico (CARVALHO, 2016, p. 104).

De igual modo, a utilização da hermenêutica analítica, sofre profundas influências da teoria comunicacional de Gregório Robles, e tem a “missão de aprofundar o conhecimento do objeto com os delicados instrumentos da análise” (CARVALHO, 2017, p. 8).

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho elucida:

É compondo e decompondo, articulando e desarticulando, reunindo e separando, organizando e desorganizando que o agente dirige seus procedimentos para dominar o texto e compreender a comunicação. Ora, precisamente esse é o caminho percorrido pelo Constructivismo Lógico-Semântico: enquadra-se nos parâmetros da hermenêutica atual, lendo e interpretando para compreender, porém, em todos os passos de sua trajetória está presente o tom da analiticidade. É analisando que o trabalho cognoscente prospera em direção a seus objetivos (CARVALHO, 2017, p. 8).

Com efeito, no processo interpretativo percorrido pelo intérprete é possível identificar referenciais culturais, bem como os valores que integram a linguagem jurídica, de modo que para evitar interpretações vagas e ambíguas, propõe-se que a interpretação do direito percorra três planos de investigação: sintaxe, semântica e pragmática.

Trata-se do denominado “percurso gerador de sentido”, idealizado por Paulo de Barros Carvalho, acerca do qual serão tecidas breves considerações nos tópicos a seguir.

2.1 Modal deôntico e valoração da hipótese normativa

Transpondo os conhecimentos da Lógica Alética ao estudo da linguagem prescritiva do direito, VON WRIGHT desenvolveu a Lógica Deôntica, formalizando a linguagem normativa em três modais: i) permitido (P); ii) proibido (V); e iii) obrigatório (O).

A Lógica Alética submete-se a valores de verdade e falsidade, e destina-se a descrever as leis da natureza, dada sua natureza descritiva.

A propósito, Aurora Tomazini de Carvalho refere que “as leis da natureza são estruturadas para explicar o mundo em que vivemos, ao passo que as leis do direito, para regular condutas entre humanos. Numa, impera a síntese do *ser*; noutra, a do *dever-ser*” (CARVALHO, 2016, p.219).

Aqui cabem os critérios de diferenciação entre causalidade e imputação, lei natural e lei jurídica, delineados por KELSEN em Teoria Pura do Direito.

Segundo KELSEN, o princípio da imputação tem, nas proposições jurídicas, uma função análoga ao princípio da causalidade aplicado às leis naturais, qual seja, a ligação, entre si, de dois elementos.

A diferença reside no fato de que a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado totalmente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade (KELSEN, 1998, p. 55).

KELSEN diferencia as ligações que se fazem presentes pelo princípio da imputação com aquelas verificadas na causalidade das leis da natureza nos seguintes termos:

Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. (...) Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando, A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja (KELSEN, 1998, p. 55).

Assim, o dever-ser é a cópula que liga o antecedente ao consequente da proposição jurídica, sendo identificado pelos modais deônticos, os quais atuam sobre as condutas intersubjetivas que a linguagem normativa pretende regular, qualificando-as em permitidas, proibidas ou obrigatórias.

Formalizada a linguagem do direito em sua estrutura lógica, é possível, então, encontrar a norma jurídica em uma proposição estruturada na forma hipotético-condicional $D(H \rightarrow C)$, onde: i) D – Deve-ser; ii) H – Hipótese descrita por um fato positivo de licitude ou negativo da ilicitude; e C – Consequência: prescreve uma conduta valorada pelos modais deônticos como obrigatória (o), permitida (p) ou proibida (v).

Assim, a estrutura lógica da norma jurídica pode ser entendida como: deve ser que se ocorrer o fato descrito na hipótese, então se dará a consequência descrita no suposto da norma.

Portanto, a valoração da hipótese normativa encontra seu fundamento na linguagem deôntica, e corresponde à um fato descrito na hipótese e valorado pelo legislador como lícito ou ilícito, enquanto o consequente contém a prescrição de uma conduta que deve ser adotada para aquele fato, valorada como obrigatória (O), permitida (P) ou proibida (V).

2.2 Sistemas da construção de sentido dos textos jurídicos

O sujeito cognoscente, ao se propor ao estudo do direito, deve se orientar pela busca incessante da compreensão dos textos de direito positivo, ou seja, interpretá-los.

Para que haja uma interpretação autêntica, Paulo de Barros Carvalho empenhou-se no estudo do percurso gerador de sentido dos textos jurídicos, com base nos seguintes fundamentos:

Como todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem, é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contato com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para constituir um domínio (CARVALHO, 2008, p. 68).

O autor pontua que surgem diversos obstáculos na trajetória da interpretação, ainda que a missão do exegeta possa parecer fácil pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a sequência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador.

Assim, o jurista propôs um modelo que permite analisar a trajetória de qualquer sistema prescritivo, através dos sistemas S1 – Enunciados prescritivos, S2 – Conteúdos significativos, S3 – Significações e proposições deônticas e S4 – Significações sistematicamente organizadas, os quais serão detalhadamente explicados nos tópicos a seguir.

2.2.1 S1 – Enunciados Prescritivos

O plano S1, também denominado suporte físico das significações jurídicas, é o plano de expressão do direito positivo, onde se dá o primeiro contato com o intérprete. É o campo da literalidade textual, formado pelo conjunto dos enunciados prescritivos (CARVALHO, 2016, p. 255). É o plano de expressão ou plano das significantes, base empírica e objetivada em documentos concretos, postos intersubjetivamente entre os integrantes da comunidade do discurso (CARVALHO, 2008, p. 71).

A importância da percepção do texto a partir do suporte físico das significações, cresce “à medida que se apresenta como o único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional. Tudo mais será entregue ao teor das subjetividades” (CARVALHO, 2008, p. 72).

Desse modo, a partir do Plano S1 o sujeito cognoscente percebe que as palavras, frases, parágrafos, capítulos e títulos formam um texto, iniciando a investigação e desencadeando o processo mental de construção de sentido.

2.2.2 S2 – Conteúdos Significativos

No Plano S2, o intérprete ingressa no plano dos conteúdos, atribuindo valores aos símbolos contidos no plano da materialidade textual.

Ao ingressar no plano dos conteúdos, o intérprete penetra no campo semântico, voltando-se a construção de sentido dos enunciados de direito positivo, direcionado a encontrar as condutas intersubjetivas reguladas.

Neste plano, o sujeito cognoscente pode se deparar com enunciados que se apresentam na forma declarativa, como se a função desses enunciados fosse meramente descritiva do direito.

No entanto, não se pode esquecer que o direito se apresenta como sistema prescritivo de condutas, mesmo quando os textos tenderem a uma construção de sentido descritiva. A propósito do tema, Aurora Tomazini Carvalho adverte que:

Quando dizemos que os enunciados do direito são prescritivos não estamos nos referindo a sua forma estrutural, mas a seu sentido, isto quer dizer que a significação dele construída é orientada para o setor dos comportamentos estabelecidos entre sujeitos, com o intuito de discipliná-los (CARVALHO, 2016, p. 261-262).

As significações obtidas neste plano ainda são desprovidas de forma deôntica (*dever-ser*). Aqui, o intérprete volta-se a construção das significações isoladas dos enunciados, tendo por base sentenças soltas, atribuindo valores aos símbolos gráficos que as compõem (CARVALHO, 2016, p. 262).

Conclui-se, portanto, que no Plano S2 o intérprete volta-se a construção de sentido das palavras isoladas, sem se preocupar com a construção da mensagem legislada.

2.2.3 S3 – significações e proposições deônticas

No Plano S3 se dá a “contextualização dos conteúdos obtidos no curso do processo gerativo, com a finalidade de produzir unidades completas de sentido para a mensagem deôntica” (CARVALHO, 2008, p. 79).

Gabriel Ivo prescreve que “o percurso do texto até a configuração completa de seu sentido é o que podemos chamar de transformações dos textos em normas jurídicas” (IVO, 2014, p. 38).

Neste plano, o intérprete se depara com o enunciado objeto de construção de sentido, e constrói a significação da frase prescrita. No entanto, dada a insuficiência de informações sobre a conduta, sai a procura de outros enunciados prescritivos sobre aquele determinado comando, para compreender a significação completa da mensagem deôntica.

É o caso, por exemplo, do enunciado prescrito pelo art. 7º da Lei Complementar nº 116/2003, que prevê “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço” (BRASIL, 2003).

Quando o exegeta procura mensurar a base de cálculo do ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza para serviços elencados nos itens 7.02 ou 7.05 da referida lei, deverá questionar se o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços de construção civil, incluem-se no preço do serviço.

Ao sair a procura de outros enunciados para sanar a dúvida, se deparará com a exceção contida no §2º, inciso I do art. 7º da Lei Complementar nº 116/2003, que prevê a exclusão do valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à lei complementar.

Assim, concluirá que a base de cálculo do ISS - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza dos serviços relacionados no item 7.02 e 7.05 será o preço do serviço, excluídos os valores dos materiais porventura fornecidos pelo prestador.

Sucessivamente, sairá a procura do percentual de alíquota que deverá ser aplicado sobre a base de cálculo antes mensurada, quando será imediatamente apurado o valor do imposto a ser recolhido.

Remanescem, ainda, outras dúvidas sobre o recolhimento do imposto: quem é o sujeito ativo e passivo da obrigação? Qual o momento em que se instaura o liame obrigacional, surgindo a obrigação do sujeito passivo ao recolhimento e o direito de exigi-la pelo sujeito ativo?

Aqui o intérprete ingressa no pressuposto da incidência tributária, o qual é escolhido pelo legislador para “desencadear os efeitos disciplinadores de comportamentos intersubjetivos” (CARVALHO, 2008, p. 80), e será identificado na hipótese da estrutura normativa, “ligando-se ao enunciado relacional (relação jurídica) por força da imputação deôntica, numa síntese de *dever-ser* posta pela vontade imperativa dos detentores do poder político” (CARVALHO, 2008, p. 80).

Assim, de acordo com o exemplo acima, será possível identificar que a hipótese de incidência do ISS se configura quando houver a prestação dos serviços contidos nos itens 7.02 ou 7.05, em determinado Município, e será devido no momento em que ocorrer a entrega do serviço, pronto e acabado.

Constatada a ocorrência dos requisitos contidos na hipótese, deflagra-se a relação jurídica caracterizada pelo *dever-ser*, que no caso obriga o prestador de serviços ao recolhimento do ISS ao Município em que se deu a execução da obra ou das edificações em geral, cuja responsabilidade pelo recolhimento é expressamente atribuída ao tomador ou intermediário do serviços descritos nos itens 7.02 e 7.05 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Portanto, neste plano ordenado, juntam-se algumas significações da hipótese com outras do consequente, chegando ao juízo construído pelo intérprete, formado por uma proposição estruturada na fórmula hipotético-condicional (H – C), denominada norma jurídica.

2.2.4 S4 – significações sistematicamente organizadas

O Plano S4 instaura a fase de sistematização das normas jurídicas, estabelecendo vínculos de subordinação e coordenação entre as unidades construídas no Plano S3 (CARVALHO, 2008, p. 81).

Nesse sentido, AURORA TOMAZINI CARVALHO destaca:

Muito rico é o campo especulativo que se abre à investigação deste plano da trajetória hermenêutica, pois é nele que o interessado estabelece as relações horizontais e as graduações hierárquicas das significações construídas no plano S3, cotejando a legitimidade das derivações e fundamentações produzidas. (CARVALHO, 2016, p. 267)

Os vínculos de subordinação e coordenação se justificam pelo fato de que a norma jurídica não pode ser compreendida como um ente isolado, uma vez que se relaciona com outras normas por ele construídas.

Assim, verificam-se os vínculos de subordinação, quando o intérprete volta-se a interpretação da norma constitucional em contrapartida da norma infraconstitucional que regulamenta a obrigação tributária de determinado imposto.

No que tange as relações de coordenação, o exegeta interpreta a norma que regulamentou a obrigação tributária daquele determinado imposto, com outras normas construídas a partir desta, para instituir multas pelo não pagamento da exação tributária, por exemplo.

Aqui o intérprete também verifica a fundamentação jurídicas das normas, ao estabelecer relações de subordinação, podendo detectar vícios de constitucionalidade e de legalidade.

Convém elucidar que ao estabelecer vínculos de subordinação ou coordenação entre normas, o intérprete faz a valoração destas, de acordo com seus horizontes culturais, constituindo seu próprio sistema interpretativo.

Isto explica, por exemplo, a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.5 Integração dos sistemas – interpretação autêntica

Diante do exposto, verifica-se que o processo gerador de sentido é identificado nos planos S1, S2, S3 e S4, os quais não devem ser entendidos isoladamente.

No processo de interpretação, o intérprete deverá transitar por estes planos, indo e vindo por várias vezes em cada um deles, e quando finalizar o cruzamento das informações sobre cada qual, confirmará a unidade do sistema jurídico construído por ele.

Assim, depois de construída, a norma será aplicada mediante formalização em linguagem competente, se o intérprete for órgão credenciado pelo sistema. Não o sendo, a materialização de sua construção se dará em linguagem não-jurídica, por meio das Ciências Jurídicas (CARVALHO, 2016, p. 271).

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito denomina-se *interpretação autêntica*, na medida em que cria o Direito. Nesse sentido, KELSEN assevera:

Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria o Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando este órgão ainda crie uma norma individual ou execute uma sanção (KELSEN, 1998, p. 249-250).

Ou seja, através da interpretação autêntica é possível afirmar que o Direito pode ser criado por norma geral, mediante a edição de lei, bem como quando é produzida uma norma individual, onde o órgão aplicador do Direito cria-o apenas para um caso concreto, como é o caso das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário.

Outrossim, KELSEN distingue a interpretação autêntica da interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, sendo esta pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas (KELSEN, 1998, p. 250). A diferença primordial entre os dois métodos de interpretação se verifica no sujeito que está interpretando, conforme exemplifica KELSEN:

Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações, possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única acertada, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política-jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem (KELSEN, 1998, p. 251).

Desta forma, KELSEN defende que uma interpretação estritamente científica deve revelar todas as significações possíveis de uma norma, compreendidas na fórmula verbal eleita pelo intérprete, mesmo sendo politicamente indesejáveis.

A Escola do Constructivismo Lógico-Semântico discorda, em parte, do entendimento adotado por HANS KELSEN, uma vez que a interpretação autêntica caracteriza-se pela produção de uma linguagem competente, e não pela situação do intérprete.

Quando o sujeito concluir pela inconstitucionalidade de uma norma X, é certo que atravessou os quatro planos do processo gerador de sentido dos enunciados jurídicos. O processo é o mesmo para o sujeito competente, por exemplo, quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma, quanto para aquele que não detém tal competência.

No entanto, o órgão que detiver capacidade, poderá aplicar o novo enunciado jurídico construído, enquanto o sujeito que não dispor de tal competência, apenas descreverá o sentido.

3. Ativismo judicial

Diversas são as teorias que se debruçam sobre a interpretação da norma jurídica, a fim de que a lei seja aplicada de forma íntegra, coerente e justa.

No entanto, não escapam à essas teorias, o fato de que a norma produzida pelo Poder Judiciário, quando acionado, é por muitas vezes carregada de valores do Juiz que esteja incumbido de decidir a causa, sejam eles morais, políticos, culturais, religiosos etc., resultando em decisões fundamentadas pela concepção pessoal do julgador.

O fenômeno do ativismo judicial surge como consequência da judicialização de diversos aspectos da vida da população brasileira, movimento que ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Somado a este fator, a judicialização se agravou com a desconfiança da população em relação à política, fazendo com que o Poder Judiciário protagonize a solução de conflitos morais, políticos e econômicos altamente sensíveis, dando ar de supremacia em relação aos demais poderes – legislativo e executivo.

Assim, surgem paradigmas relativos à subjetividade, envolvendo o problema do ativismo judicial, uma vez que a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e tribunais (STRECK, 2013).

Diante desta problemática, passaremos a exposição das nuances que cercam o ativismo judicial, e como incide sobre decisões judiciais tributárias.

3.1 Origens do ativismo judicial

As reflexões sobre o ativismo judicial tiveram início nos Estados Unidos, especificamente no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, onde se discutiu os limites da atuação do Poder Judiciário no direito norte-americano.

No caso brasileiro, o ativismo judicial tem suas origens na promulgação da Constituição Federal de 1988 que, segundo LÊNIO STRECK, inaugurou um Estado Social e Democrático, caracterizado pelo deslocamento de decisões do legislativo e executivo ao judiciário. Nas palavras do autor:

Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário (STRECK, 1999, p. 37-38).

Em outras palavras, o direito assume caráter hermenêutico, de modo que o espaço anteriormente reservado à regulamentação legislativa é apropriado pelo constitucionalismo, realçando a centralização da jurisdição do Estado e a política do Direito.

LÊNIO STRECK refere que “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito” (STRECK, 1999, p. 38).

Para o autor, o Estado Democrático de Direito passa a depender muito mais de uma ação concreta do judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos, e assim justifica:

Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isto, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isto a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” antes especificado (STRECK, 1999, p. 38).

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso discorre sobre as principais causas que deram origem a judicialização no Brasil:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (...) A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa³, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito (BARROSO, 2009, p.12).

Por fim, Luis Roberto Barroso cita o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como terceira e última causa da judicialização, possibilitando que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei, em um caso concreto que tenha lhe sido submetido, caso a considere inconstitucional.

A partir disso, o ativismo judicial e a judicialização política passam a vincular-se diretamente com a atividade jurisdicional do Estado.

3.1.1 Judicialização da política e ativismo judicial no Brasil

A centralização da jurisdição do Estado e a política do Direito anteriormente tratadas, trouxeram o emprego das expressões *judicialização da política e ativismo judicial*, quase sempre vinculadas indistintamente à atividade jurisdicional do Estado. No entanto, não se trata do mesmo fenômeno.

Luis Roberto Barroso assinala que a *Judicialização* quer dizer que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2009, p.12).

Segundo o BARROSO, a *Judicialização* é um fato explicado pela combinação dos três fatores delineados no tópico anterior – redemocratização do país, constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade -, ou seja, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou (BARROSO, 2009, p. 14).

Em contrapartida, LUIS ROBERTO BARROSO entende que o ativismo judicial seria uma atitude correspondente a um modo específico e proativo de interpretar a Constituição (BARROSO, 2009, p.14).

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA E CLARISSA TASSINARI concordam parcialmente com o posicionamento adotado por LUIS ROBERTO BARROSO, acerca da judicialização da política:

Barroso tem, parece-nos, razão parcial. Realmente, a judicialização da política (e de uma série de outras questões com alto impacto social, além de moralmente sensíveis) é uma *questão social*, ou de *fato*, que pode ser explicada com base nos fatores anteriormente apontados. Trata-se, enfim, do produto das transformações por que passa o Direito em face do neoconstitucionalismo, que defere, como apontado, centralidade ao Poder Judiciário. Nesse contexto, a judicialização nada mais é, de fato, do que uma *constatação* sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas a desaguar no Poder Judiciário. E isso não depende, percebe-se, do desejo, da vontade ou da *postura* do órgão judicante (MOTTA e TASSINARI, 2018, p. 4).

No tocante ao ativismo judicial tratado, os Autores discordam com acerto:

Agora, no que diz respeito ao *ativismo judicial*, a definição de Barroso exige maior elaboração. Perceba-se: aplicar diretamente a Constituição, declarar inconstitucionalidades, impor eventualmente condutas ao Poder Público etc., nada mais são do que funções inerentes a qualquer juiz brasileiro. (...) Essa é a sua *responsabilidade política*. Isso não necessariamente implica ou estimula, contudo, que o julgador assuma uma *postura* ativista, como se o cumprimento de finalidades constitucionais dependesse de suas atitudes, preferências ou escolhas (a saber: a

escolha por um modo *específico e proativo de interpretar a Constituição*). Ora, aplicar a Constituição *pode não ser* (nem *deve ser*, como se verá) uma conduta *ativista* (MOTTA e TASSINARI, 2018, p. 4).

Em síntese, FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA E CLARISSA TASSINARI caracterizam o ativismo judicial como a “extrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário” (MOTTA e TASSINARI, 2018, p.4).

Desta forma, a judicialização da política é, de fato, um fenômeno que surgiu em decorrência da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, deslocando ao judiciário o poder de decidir sobre os diversos aspectos políticos e sociais, e independe da atitude que os juízes e tribunais adotarão nas soluções das disputas que recebidas.

Diferentemente, o ativismo, este sim, diz respeito a uma postura do Poder Judiciário, que remete sua ação para além dos limites constitucionais (MOTTA e TASSINARI, 2018, p.5).

3.2 Ativismo judicial e o Constructivismo Lógico-Semântico como limite

A problemática que aqui se instaura, segundo a doutrina que se debruça sobre o estudo do ativismo judicial, diz respeito ao fato de que os Juízes e Tribunais estão, cada vez mais, julgando de acordo com a sua consciência e entendimento pessoal sobre o sentido da lei (STRECK, 2013).

Verifica-se uma tendência de cancelar o protagonismo judicial como forma de garantir direitos, colocando a consciência e a convicção pessoal do juiz como forma de interpretação.

LÊNIO STRECK relaciona o *solipsismo*² como origem do ativismo judicial, tornando o assunto ainda mais problemático, uma vez que os avanços democráticos passam a depender das posições individuais da suprema corte (STRECK, 2013).

Neste contexto, diversas são as críticas feitas ao positivismo jurídico, e aqui citaremos positivismo-normativo *kelseniano*, que não admite a existência de princípios, de modo que as regras existentes no ordenamento jurídico devem resolver (abarcando) todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva (STRECK, 2013).

Segundo KELSEN, o caso concreto é deixado nas mãos dos juízes, onde não há critérios ou métodos de interpretações capazes de serem classificados como de Direito Positivo, admitindo a incidência de normas de moral, justiça e valores sociais na atividade cognoscitiva a ser desempenhada pelo aplicador do direito:

² Lênio Streck (STRECK, 2013) define “solipsista, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado. É aquele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência.”

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 1999, p. 249).

Assim é que, ao admitir que a interpretação a ser realizada pelo aplicador do direito é um ato de vontade, KELSEN autoriza a permanência do poder discricionário, permitindo que os juízes decidam conforme a sua própria consciência.

Acerca da teoria *alexynana* – amplamente aceita pelos tribunais brasileiros – o autor alemão tem como premissa a racionalização da atuação dos juízes, de modo a reprimir sua atuação subjetiva (ALEXY, 2008). No entanto, a técnica da ponderação desenvolvida por ROBERT ALEXY não consegue superar o problema da discricionariedade judicial.

Pelo contrário, a potencializa quando estabelece a ponderação como procedimento capaz de resolver a problemática da colisão de princípios, uma vez que tal ponderação será realizada pelo juiz em um caso concreto, sendo ele quem determinará as condições de precedência para criar a denominada “lei de colisões”.

Nesse sentido, a admissão da discricionariedade na teoria *alexynana* é inquestionável, conforme suas próprias palavras:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torna-los praticamente sem importância. Nesse caso, de fato existe uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário (ALEXY, 2008, p. 611).

Apesar dessa teoria ter como objetivo a superação do decisionismo de modo a garantir direitos fundamentais, ROBERT ALEXY não consegue apresentar respostas ao problema da discricionariedade do julgador e legislador.

RONALD DWORKIN, por outro lado, empenhou-se em desenvolver sua tese baseada na aplicação de princípios sobre as decisões judiciais, criticando abertamente o positivismo jurídico, por não admitir a aplicação desses princípios.

Buscando encontrar o equilíbrio na legitimidade da atuação jurisdicional, DWORKIN propõe que juízes e tribunais, ao serem chamados a decidir uma questão, devem fundamentar suas decisões em argumentos de princípios, e não argumentos de política, conceituando-os nos seguintes termos:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os

argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (DWORKIN, 2010, p. 129).

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA E CLARISSA TASSINARI defendem a tese de DWORKIN com vistas a iniciar o combate contra o ativismo judicial. Nas palavras dos autores:

Que o Poder Judiciário seja, portanto, o *fórum do princípio*. Eis um bom modo de se lidar com a *judicialização da política*. É essa, em resumo, a contribuição que gostaríamos de deixar para o debate a respeito do ativismo judicial: devemos exigir, de juízes e tribunais, que tomem as importantes decisões que têm de tomar com base em argumentos de princípio. A *responsabilidade política* do Poder Judiciário é a de tomar decisões por princípio; seu *papel*, numa democracia constitucional, é respeitar os direitos das pessoas e da sociedade, concebendo as controvérsias e disputas que decorrem de suas relações como uma *questão de justiça*. Sua função não é a de promover o *bem comum* (MOTTA e TASSINARI, 2018, p. 7).

Verifica-se, portanto, grande preocupação da comunidade jurídica que se debruça sobre o tema, em combater a discricionariedade e o protagonismo judicial exacerbado existente no ordenamento jurídico atual.

É verdade que as teorias da interpretação e da argumentação contribuíram positivamente para o avanço da concretização de limites, com vistas a se chegar na “decisão correta” aos casos que são suplicados ao judiciário. No entanto, muitas sucumbiram por não conseguir resolver o problema da interpretação como ato de vontade dos juízes e tribunais.

Para combater a problemática que se instaura na insistência de um poder discricionário – que desemboca no ativismo judicial -, aposta-se na superação do positivismo, abandonando a Filosofia da Consciência através da Filosofia da Linguagem.

A superação do positivismo implica enfrentamento da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática (STRECK, 2013).

Nesse sentido, LÊNIO STRECK adverte:

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta *transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de conhecimento, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas percepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*). Consequências disso? Inúmeras (STRECK, 2013).

Ao admitir a discricionariedade no ordenamento jurídico, estar-se-á permitindo que a Constituição seja “complementada” pelos juízes e tribunais à revelia do princípio democrático, autorizando a ocorrência de ativismos.

A dúvida central, portanto, reside em qual seria o método capaz de limitar as discricionariedades e arbitrariedades que resultam no ativismo judicial nos tribunais brasileiros?

Conforme exposto nos capítulos antecedentes, a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, amparada nas concepções da Filosofia da Linguagem, propõe que a leitura e a interpretação do direito positivo se desenvolvam pelo método analítico, definindo o objeto e construindo o sentido a partir de métodos lógicos-semânticos amarrados estruturalmente.

De início, é importante ressaltar que o Constructivismo Lógico-Semântico não exclui a dimensão axiológica existente nas manifestações jurídicas. Interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos (CARVALHO, 2015, p. 188).

A linguagem, típica realização do espírito humano, é sempre um objeto da cultura e, como tal, carrega consigo valores (CARVALHO, 2015, p. 188).

No entanto, o termo “interpretação” idealizado por Paulo de Barros Carvalho, encontra-se inserido em um *percurso gerador de sentido*, onde o intérprete passa a investigar o direito dentro dos planos sintático, semântico e pragmático.

Ao percorrer o discurso gerador de sentido – Planos S1, S2, S3 e S4 tratados no Capítulo 1 deste trabalho – o intérprete inicia o processo de interpretação, passando a construir o conteúdo significativo da norma jurídica.

Assim, edifica-se a norma jurídica a partir de um modelo constructivista, encontrando seu sentido completo na unidade mínima e irreduzível de manifestação do deontico (CARVALHO, 2015, p. 200).

À essa expressão, PAULO DE BARROS CARVALHO atribui o seguinte significado:

É que os comandos jurídicos, para terem sentido e, portanto, serem devidamente compreendidos pelo destinatário, devem revestir um *quantum* de estrutura formal. (...) Vê-se que os enunciados prescritivos ingressam, na estrutura sintática das normas, na condição de proposição-hipótese (antecedente) e de proposição-tese (consequente). *E tudo isso se dá porque firmamos a norma jurídica como unidade mínima e irreduzível de significação do deontico. (...) Somente a norma jurídica, tomada em sua integridade constitutiva, terá o condão de expressar o sentido cabal dos mandamentos da autoridade que legisla* (CARVALHO, 2015, p. 201).

Destarte, PAULO DE BARROS CARVALHO não se omite quanto as dificuldades e vicissitudes encontradas pelo intérprete no processo gerador de sentido, devido a intertextualidade³ e inesgotabilidade⁴ como axiomas da interpretação.

³ Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 204) dispõe que a “intertextualidade é formada pelo intenso diálogo que os textos mantêm entre si, sejam eles passados, presentes ou futuros, pouco importando as relações de dependência estabelecidas entre eles. (...) Com o advento da lei nova, institui-se complexa e extensa rede de comunicações jurídicas e extrajurídicas, repito, perfazendo o universo do conteúdo, delimitado, unicamente, pelos horizontes de nossa cultura”.

⁴ No que tange a inesgotabilidade, Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 204) refere-se à “idéia de que toda a interpretação é infinita, nunca restrita a determinado campo semântico. Daí a inferência de que todo texto poderá ser sempre reinterpretado”.

Com efeito, para o autor, tais axiomas não conduzem a falta de limites no processo de interpretação:

Os predicados da inesgotabilidade e da intertextualidade não significam ausência de limites para a tarefa interpretativa. A interpretação toma por base o texto: nele tem início, por ele se conduz, e até o intercâmbio com outros discursos, instaura-se a partir dele (CARVALHO, 2015, p. 205).

Não obstante a interpretação tomar por base o texto, é inegável que os horizontes culturais e de valores do sujeito-cognoscente sempre se farão presentes no percurso gerador de sentido da norma jurídica.

Assim, a Escola do Constructivismo Lógico-Semântico traz instrumentos e técnicas de interpretação que possibilitam certo grau de limitação das discricionariedades no processo de construção da norma, em que pese não resolver por completo o problema da prática do ativismo judicial.

Portanto, deve-se aprofundar a pesquisa acadêmica no sentido não de afastar as lições da concepção moderna voltada a racionalidade sintático-semântica, mas ir além para incluir os aspectos pragmáticos que circundam o direito, tema que deverá ser objeto de nova pesquisa.

4. Conclusão

Diante do exposto no presente trabalho, restou evidente a nocividade do ativismo judicial ao Estado Democrático de Direito, em virtude de decisões proferidas com base em convicções pessoais do julgador.

Como visto, o ativismo judicial consiste em uma atitude de supremacia judicial que extrapola os limites constitucionais, criando a cultura do *decido conforme minha própria consciência*, amplamente contestada por Lênio Streck.

Justifica-se, assim, o urgente e necessário estudo de métodos que sejam capazes de suprimir a permanência da postura judicial ativista, amplamente difundida no Poder Judiciário atualmente.

O método proposto no presente trabalho encontra fundamento na Escola do Constructivismo Lógico-Semântico, onde o intérprete/aplicador do Direito percorre pelos planos geradores de sentido, encontrando limites no próprio texto apreendido para construção da norma jurídica.

No entanto, verificou-se que à teoria constructivista não escapa a possibilidade de o intérprete ser influenciado por horizontes culturais e valores pessoais no percurso gerador de sentido da norma jurídica.

Sendo assim, em que pese a importância dos postulados erigidos pelo Constructivismo Lógico-Semântico, e a possibilidade do método auxiliar na limitação do ativismo judicial, a teoria deixa em aberto os aspectos do real que não podem ser apreendidos por meio de uma interpretação lógica-semântica, mas, em contrapartida, influenciam diretamente no poder decisório dos juízes, entregando-lhes, assim, a possibilidade de decidir conforme sua vontade.

À vista disso, o estudo sobre métodos capazes de solucionar o problema delimitado no presente artigo deve avançar em outra oportunidade, a fim de identificar limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário frente às lacunas normativas.

5. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 116/2003. **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal**, Brasília, jul. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Constructivismo lógico-semântico. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/101/edicao-1/constructivismo-logico-semantico>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Constructivismo lógico-semântico** — Volume I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 65-91.

MENDONÇA, M. L. C. A.; PACOBAHYBA, F. M. O. M. C. **A escola do constructivismo lógico-semântico e os limites da interpretação:** Uma (re)conceituação do tributo no Brasil. In: CONPEDI – Madrid/Espanha. Organizadores: Maria Lúcia Calou de Araújo, Jefferson Aparecido Dias. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3504>. Acesso em 02 set. 2022.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial e decisões por princípios:** uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. Revista de Processo. vol. 283, p. 481-499. São Paulo: RT, set. 2018. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600018305cf3dd6aa0fd456&docguid=Ia6a6e7e097ae11e8aa89010000000000&hitguid=Ia6a6e7e097ae11e8aa89010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=60&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 03 set. 2022.

PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. **Dos limites à interpretação jurídica:** Reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no Constructivismo Lógico-Semântico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Vol. 36.1, Fortaleza, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2348>. Acesso em: 03 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.