

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

LINGUAGEM JURÍDICA, VAGUEZA E JUSTIÇA.

MARIANA SUELLEM SAGGIOMO MACHADO

**RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE**

MARIANA SUELLEM SAGGIOMO MACHADO

LINGUAGEM JURÍDICA, VAGUEZA E JUSTIÇA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE

MARIANA SUELLEM SAGGIOMO MACHADO

LINGUAGEM JURÍDICA, VAGUEZA E JUSTIÇA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE

MARIANA SUELLEM SAGGIOMO MACHADO

M1131 Machado, Mariana Suellem Saggiomo Saggiomo
Linguagem Jurídica, Vagueza e Justiça / Mariana Suellem
Saggiomo Machado. – Rio de Janeiro, 2017
53 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Linguagem Jurídica. 2. Textura Aberta da Linguagem. 3.
Textura Aberta do Direito. 4. Formalismo. 5. Realismo. 6.
Imunidade do Livro Eletrônico.

I. Shecaira, Fábio Perin., orient. II. Título.

CDD 340.44

AGRADECIMENTOS

Em um primeiro momento, agradeço a Deus, por sempre estar ao meu lado em todos os momentos da minha vida. Sem Ele nada disso seria possível, a caminhada teria sido mais árdua e os sonhos nem tão bonitos. Sou imensamente grata ao seu amor e por sua graça ter me alcançado. Não há amor maior e nem mais bonito.

Aos meus pais, Cristiane e Alexandre, que sempre estiveram ao meu lado e não mediram esforços para que eu pudesse chegar até aqui. Vocês são essenciais, obrigada por todo amor e carinho ao longo de todos esses anos.

Gabriel e Pedro, meus irmãos, vocês representam a melhor parte de mim. Não há como descrever meu amor por vocês, nem a saudade que sinto do meu pequeno Pedrinho. Sei que sou melhor por vocês, nossos laços são os mais fortes que podem existir.

Ao meu amor e melhor amigo, Max. Obrigada por estar sempre ao meu lado, por sonhar os meus sonhos e por acreditar em mim. Agradeço imensamente todo carinho e cuidado, por todas as palavras de incentivo e paciência. A trajetória não foi fácil, mas com você ao meu lado pude alcançar os sonhos mais lindos e traçar as metas mais extraordinárias. É apenas o nosso começo.

Agradeço aos meus avós, meus padrinhos e a todos os meus amigos que viveram esse sonho comigo. Júlia, Ísis (meu maior presente da Nacional), Mariana e Yasmim, minhas melhores amigas, não há como descrever meu amor por vocês. Obrigada pelos conselhos, carinho e convívio (quase) diário. Amo vocês.

Ao meu primeiro amigo da Nacional, Marcelo. Você, sem dúvidas, foi a minha primeira referência quando entrei na FND. Ainda tímida e sem saber o que enfrentaria ao decidir sair do curso de Biomedicina para o de Direito, você foi aquele que mostrou que eu poderia estar no caminho certo. Agradeço pela ajuda de sempre, pelos livros e cadernos emprestados, pelos conselhos em dias de tensão pré-OAB e por todo carinho imensurável.

A todos os meus amigos da Nacional, pelo convívio diário e carinho. Agradeço por todos os momentos felizes, tristes e de tensão que vivemos. O tempo passou rápido demais e juntos crescemos e amadurecemos. Um caminho de sucesso nos espera!

Ao meu orientador, Professor Doutor Fábio Perin Shecaira, por toda atenção e incentivo durante todo o processo. Agradeço carinhosamente pelo apoio prestado, pela paciência, bem como a forma interessada e organizada como auxiliou na elaboração do presente trabalho. Minha eterna gratidão.

À gloriosa Faculdade Nacional de Direito por ter me acolhido ao longo desses cinco anos. Agradeço por todos os valores e conhecimentos adquiridos. Orgulho indescritível de ser uma aluna da Nacional.

Ao meu Pedrinho (*in memoriam*), por ter me ensinado a
forma mais pura do amor.

RESUMO

A presente monografia irá discorrer sobre o fenômeno da textura aberta da linguagem no direito. Hart aduz que o direito apresenta uma textura aberta, não estando imune aos problemas inerentes à linguagem. Será abordado o conceito de vagueza, bem como os efeitos positivos e negativos da textura aberta da linguagem no direito. Após a análise dos efeitos, teremos a exposição das teorias formalistas e realistas, o que Hart denominou como o “nobre sonho” e o “pesadelo”. O objetivo é mostrar a importância do estudo da linguagem para os juristas, uma vez que não estamos imunes aos problemas da linguagem. Por fim, efetuar-se-á uma análise de caso em relação ao conceito de “livro”, tendo como base uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à imunidade tributária de livros eletrônicos.

Palavras-chave: Linguagem Jurídica; Textura Aberta da Linguagem; Textura Aberta do Direito; Formalismo; Realismo; Imunidade do Livro Eletrônico.

ABSTRACT

This undergraduate thesis will discuss the phenomenon of open texture of language in law. Hart argues that law exhibits an open texture, not being immune to the inherent problems of language. We will address the concept of vagueness as well as the positive and negative effects of the open texture of language in law. After analyzing the effects, we will introduce the formalist and realist theories, which Hart called the "noble dream" and the "nightmare." The aim is to show the importance of the study of language for jurists, since we are not exempt from language problems. Finally, a case study will be carried out in relation to the concept of "book", based on a recent Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, in Portuguese) decision on tax exemption for e-books.

Keywords: Legal Language; Open Texture of Language; Open texture of law; Formalism; Realism; Tax Exemption for E-books.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O FENÔMENO DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO	14
1.1 O que é a vagueza?	14
1.2 A textura aberta da Linguagem por Waismann e Wittgenstein	18
2. EFEITOS POSITIVOS DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO.....	22
2.1. O Nobre Sonho.....	26
3. EFEITOS NEGATIVOS DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO.....	29
3.1. O Pesadelo	29
3.2. Nem a regra pode tudo, nem a regra não serve para nada: o caminho do meio .	34
4. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO.....	38
4.1. “Livro eletrônico” é “livro”?	39
4.2. Interpretando a norma: possíveis argumentos jurídicos.	41
4.3. Recurso Extraordinário nº. 330.817/ RJ.....	43
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Não é novidade para os juristas que as regras não são capazes de capturar toda a complexidade da vida humana. Caberá ao juiz, portanto, diante de uma situação não abarcada por uma regra pré-convencionada ou caracterizada pela indeterminação, recorrer ao seu poder discricionário.

É preciso levar em consideração que as regras podem ter seu âmbito de aplicação modificado. Seja em razão da mudança da própria linguagem ou até mesmo das circunstâncias sociais, as regras podem abarcar ou deixar de abarcar determinados casos ao longo dos anos.

Se partirmos da premissa de que o direito só existe através e pela linguagem, não restarão dúvidas de que as limitações da própria linguagem refletirão nos propósitos do direito. Logo, se a linguagem for vaga ou contraditória, os resultados da aplicação do direito também serão.

A presente monografia visa discutir as consequências da textura aberta da linguagem para o campo jurídico, bem como a forma com que as limitações da linguagem podem refletir na concretização dos propósitos do direito. Abordarei, ainda, como a própria indeterminação linguística ocasionada pela existência do fenômeno da textura aberta da linguagem pode ser tida como um dos fatores para a ocorrência dos chamados *hard cases*, casos difíceis.

De maneira não exaustiva, cabe destacar que o fenômeno da textura aberta da linguagem foi identificado e rotulado por Friedrich Waismann, tendo inspiração nas obras de Ludwig Wittgenstein. Hart foi o jusfilósofo responsável por introduzir a análise da textura aberta da linguagem no campo jurídico, aduzindo que as regras sempre apresentam a possibilidade de esbarrarem em uma zona de penumbra, de dúvida, onde não sabemos com clareza se elas são ou não aplicáveis.

Para melhor compreensão do tema, é necessário partirmos da ideia de que os legisladores jamais conseguirão capturar a complexidade da vida humana em normas

expressas por palavras. Sempre surgirão novos casos que estarão inseridos na zona de penumbra.

Hart, no livro *O Conceito de Direito*, caracteriza o direito como um sistema de regras. Assim, podem surgir casos não abarcados por essas regras que permitirão ao juiz suprir as lacunas do direito por meio de seu poder discricionário. Nessa linha, a linguagem apresentaria uma textura aberta, de forma que o significado de uma dada palavra jamais seria absoluto ou imutável. “Esse não, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz consigo uma relativa imprecisão dos objetivos”¹.

Segundo Hart, a solução para os casos difíceis seria justamente a discricionariedade do julgador. Assim, para as situações em que a regras estariam inseridas na chamada zona de penumbra, caberia ao julgador optar por uma das interpretações possíveis.

É justamente a existência do fenômeno da textura aberta da linguagem que permite que as regras possam ser mais claras ou menos claras, de modo que certos casos estejam inseridos em uma zona de certeza das regras e outros em uma zona de penumbra. Podemos dizer, portanto, que as regras acabam variando em função de seu próprio grau de certeza.

Utilizando-se ainda termos hartianos, podemos compreender que as regras claras podem solucionar casos simples, ao passo que os chamados *hard cases* necessitam de mecanismos que estão além das regras previamente estabelecidas pelo direito. É justamente a textura aberta da linguagem, segundo Hart, que aponta a existência de uma diferença entre a zona de certeza e a zona de penumbra.

De acordo com Noel Struchiner, no seu livro *Direito e Linguagem; Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*, “a textura aberta é a possibilidade permanente da existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar com segurança se a palavra se aplica ou não”².

¹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 167.

² STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

Sobre esse fenômeno, de maneira didática, Struchiner³ continua:

Isso significa que a incompletude essencial das nossas descrições empíricas é responsável pela incompletude das definições dos nossos conceitos empíricos ou pela textura aberta desses conceitos. Portanto, por mais que possamos tentar construir uma definição ou modelo de pensamento capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, essa tarefa é impossível já que sempre podem surgir novos casos que requeiram uma reformulação da definição.

Struchiner elucida, ainda, que se o direito se instrumentaliza pela linguagem, tudo aquilo que pode ser realizado pelo direito acaba sujeito às restrições da própria linguagem. Assim, as limitações da linguagem refletiriam diretamente na concretização dos propósitos do direito.

A origem do conceito de textura aberta da linguagem surgiu com Waismann, em um plano maior de discussão. Este autor discutia a possibilidade de verificação das afirmações, e compreendia que nossos conceitos empíricos não estariam precisamente delimitados e que, portanto, as afirmações em que eles figuram nem sempre seriam verificáveis. Assim, por mais que buscássemos delimitar os conceitos de maneira exaustiva a fim de abarcarmos todas as situações possíveis, estes sempre apresentariam uma textura aberta.

Para Waismann, os conceitos empíricos apresentariam uma constante zona de incompletude, o que o leva a afirmar que: “[...] nós nunca podemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído e, portanto, o processo de definição e refinamento de uma ideia vai continuar sem nunca atingir um estágio final”⁴.

Como já mencionado, Hart foi o responsável por trazer a análise da textura aberta da linguagem para o direito. Para este autor, dois fenômenos seriam os responsáveis por gerarem as lacunas no direito: a indeterminação da regra de reconhecimento e a própria textura aberta da linguagem.

A regra de reconhecimento desenvolvida por Hart teria como principal função apontar quais são as regras válidas de uma determinada comunidade. Assim, as lacunas no direito

³ *Ibidem*, pp. 18-19.

⁴ *Ibidem*, p. 19.

ocorrerem na hipótese de existirem determinados casos que não pudessem ser regulados por essas regras de reconhecimento⁵. Não trataremos desse assunto.

Já em relação ao segundo fenômeno, as lacunas no direito decorreriam da existência de uma textura aberta da linguagem. É justamente esse fenômeno que nos provocaria dúvida acerca da aplicação ou não de determinada regra. Segundo Hart⁶, seria impossível evitar a textura aberta da linguagem.

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.

Ao entender que as normas não são conclusivas, Hart acaba demonstrando como as regras jurídicas podem regular casos futuros sem maiores dificuldades. Hart apresenta um lado positivo da textura aberta da linguagem, no sentido de que a existência desse fenômeno é ao mesmo tempo inevitável e necessária para o funcionamento do direito.

Por outro lado, a própria vagueza da linguagem jurídica pode representar um obstáculo para o funcionamento do direito. A existência de uma textura aberta da linguagem das regras jurídicas pode gerar dúvida e insegurança quanto à solução de determinados casos.

O objeto de estudo do presente trabalho é a própria textura aberta da linguagem, bem como suas principais aplicações para o direito e sua importância para uma melhor compreensão da prática jurídica. Buscar-se-á neste estudo apontar que, embora a existência do fenômeno da textura aberta venha significar insegurança e inconclusividade, ele também apresenta um caráter positivo. Desse modo, ainda que fosse possível atender o rigor absoluto das normas e todo o formalismo jurídico, isso não seria desejável à luz do que Hart preconizava.

⁵ Segundo Hart, é justamente a regra de reconhecimento que distingue um direito primitivo de um sistema jurídico desenvolvido. A regra de reconhecimento cria parâmetros e requisitos para que uma norma possa ser tida como válida. Assim, toda vez que um determinado caso concreto não estiver regulado por nenhuma das normas que passaram nos testes exigidos pela regra de reconhecimento, estaremos diante de uma lacuna no direito.

⁶ HART, Herbert. *Op. Cit.*, p. 175.

1. O FENÔMENO DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO

Tenta-se com frequência usar a linguagem para circunscrever e ressaltar o mundo - o que é impossível. A naturalidade do mundo expressa-se no próprio fato de que a linguagem pode referir-se, e de fato se refere, somente a ele. Porque como a linguagem só obtém sua forma de significar daquilo que significa, do mundo, portanto, não é concebível nenhuma linguagem que não represente este mundo⁷.

1.1 O que é a vagueza?

Rios de tinta já correram sobre assuntos como interpretação jurídica, indeterminação, textura aberta da linguagem, formalismo jurídico, entre outros. Embora sejam inúmeros os trabalhos acadêmicos sobre tais assuntos, uma coisa é certa: suas conclusões não geram conforto.

Falar sobre a linguagem, por si só, já não é um tema confortável. Se partirmos da premissa de que direito se instrumentaliza através da linguagem, não restarão dúvidas de que se a linguagem utilizada apresentar vagueza, contradição ou ambiguidade, as consequências de sua aplicação também apresentarão.

Dessa forma, quando falamos de linguagem jurídica, bem como de suas limitações e consequências para o direito, podemos nos deparar com os mais diversos assuntos.

Como já elucidado na introdução, o presente trabalho abordará o fenômeno da textura aberta da linguagem para o direito. Logo, antes de tudo, faz-se necessário compreender em que consiste tal fenômeno para somente depois apontarmos algumas de suas implicações para o direito.

Há que se dizer que, em qualquer sociedade, as normas, os princípios e os padrões gerais de conduta são tidos como principais instrumentos de controle social. Hart afirma que não devemos considerar as normas e os princípios como comandos específicos direcionados a

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. Traduzido por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 65.

cada indivíduo, mas sim como padrões gerais que exigem determinados comportamentos de acordo com as circunstâncias.

Desse modo, as leis são criadas como forma de controle social, estipulando padrões gerais de comportamento para os indivíduos que compõem uma determinada sociedade. Nessa linha, Hart⁸ aduz que nada do que entendemos por direito hoje faria sentido se os padrões gerais de comportamento não existissem.

O direito deve referir-se preferencialmente, embora não exclusivamente, a classes de pessoas e a classes de condutas, coisas e circunstâncias; e o êxito de sua atuação sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis.

Hart utiliza um exemplo bem simples para demonstrar como os padrões gerais de comportamento podem ser transmitidos de diferentes formas. Para isso, ele narra o seguinte caso: “Antes de ir à igreja, um pai diz ao filho: ‘Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu’. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja, diz: ‘Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta’”⁹.

Por meio da analogia, o autor deixa claro que os padrões de comportamento podem ser transmitidos de duas formas: através da legislação ou por meio de precedentes. No exemplo, o autor aponta que se o pai ao invés de recomendar que o filho adotasse a conduta de retirar o chapéu ao entrar na igreja apenas presumisse que a criança o observaria e passaria a adotar tal conduta, estaríamos diante de um precedente.

Como precedente, podemos entender que a transmissão dos padrões gerais de comportamento ocorre por meio do exemplo. O pai não diz ao filho qual é, em termos gerais, a conduta a ser adotada, mas presume que o filho a adotará ao observar a sua conduta.

Esclarecendo termos, o ensino dos padrões de conduta pode ocorrer tanto através de formulações gerais quanto por meio de exemplos. Contudo, ambas as formas de transmissão podem se demonstrar insuficientes em determinadas situações, apresentando um amplo leque de possibilidades e incertezas quanto ao tipo de comportamento exigido.

⁸ HART, Herbert. *Op. Cit.*, p. 161.

⁹ *Ibidem*, p. 162.

As normas legisladas são produzidas sempre em caráter abstrato, genérico, o que as permite alcançar o maior número de casos possíveis. Mais que isso, Hart destaca que as normas devem ser reconhecidas e compreendidas por toda a universalidade de indivíduos que compõem uma determinada sociedade. Nesse sentido, é justamente esse viés genérico e abstrato das normas que às vezes pode ocasionar dúvidas quanto a sua aplicação, uma vez que o texto pode se apresentar vago, impreciso ou até mesmo controverso.

É necessário esclarecer que nem sempre durante a aplicação de uma norma iremos nos deparar com esses problemas inerentes à linguagem. Aqui, Hart faz uma distinção entre casos claros e casos difíceis, uma vez que as regras podem variar em função de seu grau de clareza. Os casos claros são aqueles em que as fórmulas gerais de conduta são facilmente aplicáveis, não há dúvidas quanto à aplicação das normas e não exigem um esforço maior do intérprete. Já em relação aos casos difíceis o intérprete terá maior dificuldade para interpretar o tipo de comportamento exigido pela norma, devendo escolher entre as alternativas possíveis.

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“a palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?”)¹⁰.

Mas afinal, qual seria a explicação para o surgimento de tais problemas? A resposta é simples e reside na própria linguagem. As normas trabalham com termos gerais, termos gerais sobre fatos geram incertezas. Seja qual for o meio escolhido para a transmissão dos padrões gerais, legislação ou precedentes, em algum momento de aplicação, ainda que tais meios funcionem para a maioria dos casos comuns, estes poderão se revelar como imprecisos e duvidosos diante de determinadas circunstâncias. Aqui, teremos o que Hart define como textura aberta.

A resposta para a existência desse fenômeno é que somos humanos e não deuses. Um dos principais motivos para termos dificuldades na aplicação das regras jurídicas é justamente o fato de elas serem dotadas de uma textura aberta. As normas não são capazes de prever todas as situações futuras possíveis.

¹⁰ *Ibidem*, p. 164.

O fenômeno da textura aberta, inerente à linguagem, exigirá do intérprete um esforço para entender o que a norma pretende dizer. Essa necessidade de escolha entre as alternativas é típica da própria condição humana.

Como Hart aponta: “[...] não resolvemos, porque não o previmos, o problema - que será suscitado por um caso não previsto, quando este venha a ocorrer [...]”¹¹. Hart¹² elabora essa ideia da seguinte forma:

A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo. Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. (grifo nosso)

A textura aberta da linguagem nos leva a compreender que o significado de uma dada palavra não pode ser tido como certo ou preciso. Embora a maioria dos casos venha estar inserida na chamada zona de certeza, na qual não teremos dúvidas acerca de seu significado, sempre existirão casos que não foram previstos pelo legislador, abarcados pelo que Hart chama de zona de penumbra. Nesta última hipótese, caberá ao intérprete realizar uma escolha, entre as alternativas possíveis.

É necessário entender que inevitavelmente mudanças sociais e na própria linguagem ocorrerão ao longo dos anos. A existência do fenômeno da textura aberta da linguagem é também o que justifica quando o âmbito de aplicação de uma determinada regra passa a ser diverso do que foi pretendido pelo legislador.

Desse modo, podemos associar que toda regra é potencialmente vaga. Struchiner afirma que “[...] a mais precisa das regras pode se tornar imprecisa”¹³. Dizer que as regras podem se revelar imprecisas é diferente de dizer que as regras podem se tornar imprecisas. A

¹¹ *Ibidem*, p. 167.

¹² *Ibidem*, p. 167.

¹³ STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado apresentada na PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2005.

vagueza se manifesta quando algum caso inusitado e não previsto claramente na linguagem jurídica surge.

A vagueza não se manifesta porque a linguagem jurídica sofre mudanças ao longo do tempo. Um simples exemplo apresentado por Hart é o da regra: “É proibida a entrada de veículos no parque”. Suponhamos que tivéssemos que decidir quanto à entrada de um “patinete” no parque. A palavra “veículo” é vaga em relação à palavra “patinete”. A primeira não é vaga em relação à segunda porque mudou de sentido com o tempo, mas sim pela existência de uma zona de penumbra, não percebida a princípio, em que caem os “patinetes”.

1.2 A textura aberta da Linguagem por Waismann e Wittgenstein

O conceito de textura aberta foi utilizado de maneira inicial pelo filósofo Friedrich Waismann em uma discussão sobre a possibilidade de verificação de proposições empíricas. Esse autor observou que o fornecimento de um conjunto finito de experiências não é capaz de esgotar o significado de afirmações sobre a realidade empírica. De maneira mais clara, nossos conceitos empíricos não estão delimitados, não apresentam uma definição exaustiva, de maneira que não possam ser questionados ou postos em dúvida.

Como preleciona Noel em livro sobre o tema, “O método de verificação consiste numa situação observável, numa experiência possível”¹⁴. Utilizando-se o método, para entendermos o significado de uma dada afirmação precisamos observar os dados da experiência, ou seja, as circunstâncias que tornam tal afirmação verdadeira. De acordo com o autor, não é necessário verificar de fato o significado da afirmação, apenas conhecer suas condições de verdade. Para isso, ele utiliza o seguinte exemplo:

[...] se afirmo que tenho cinco moedas no meu bolso direito, o que verificaria esta afirmação seria o fato de eu botar a minha mão no meu bolso direito e tirar cinco moedas. Para entender o significado da afirmação basta que eu entenda essa situação e não que ela seja verificada efetivamente¹⁵.

¹⁴ STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

¹⁵ *Ibidem*, p. 13.

Waismann afirma que o método de verificação não é suficiente para esgotar o significado das afirmações empíricas. É justamente o fenômeno da textura aberta de nossos conceitos empíricos que nos impede de traçar definições e afirmações conclusivas.

Desse modo, conceitos como “homem” e “gato” são conceitos empíricos que inevitavelmente apresentam a propriedade de incompletude, da vagueza. Não é possível descrevê-los de maneira esgotável. De acordo com Waismann, tal vagueza decorre da própria “incompletude essencial” das descrições empíricas¹⁶.

As definições de conceitos como “homem” e “gato” não são exaustivas. Afinal, um “gato” que ressuscita da morte ou possui poderes extraordinários ainda pode ser considerado um “gato”? E um “homem” que se comporta como um “homem” e tem só um palmo de altura¹⁷? Tais exemplos citados por Waismann apenas ilustram que os conceitos empíricos, por mais que possamos delimitá-los, sempre apresentarão a possibilidade de vagueza.

Nesse sentido, Struchiner elucida:

A incompletude essencial das nossas descrições empíricas impossibilita a descrição do conjunto total de situações em que uma palavra se aplica ou não. **Isso significa que a incompletude essencial das nossas descrições empíricas é responsável pela incompletude da definição dos nossos conceitos empíricos ou pela textura aberta desses conceitos.** Portanto, por mais que possamos tentar construir uma definição ou modelo de pensamento capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, essa tarefa é impossível já que sempre podem surgir casos novos que requeiram uma reformulação da definição¹⁸. (grifo nosso)

É de suma importância compreender que por mais que possamos criar definições e modelos para os conceitos empíricos, sempre surgirão novos casos que exigirão uma reformulação de nossas definições. Isso deve ser encarado como algo comum, inerente à natureza humana. Vivemos em um mundo em constante mudança que inevitavelmente exige de nós uma constante reformulação de conceitos e definições.

Waismann teve como base o conceito de hipótese elaborado por Wittgenstein. O conceito de hipótese se aproxima da ideia de textura aberta, sendo dependente de evidências, não podendo ser encarada de maneira conclusiva.

¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

Wittgenstein trabalha, ainda, com as noções de “jogos de linguagem” e “semelhança de família” visando explicar a linguagem. Os jogos não possuem uma única característica comum que venha identificá-los. Por exemplo, trazer divertimento e utilizar uma bola não são condições necessárias e suficientes para caracterizar algo como um jogo.

Quando existem semelhanças entre os jogos, teremos o que Wittgenstein chama de “semelhança de família”. Assim como nos jogos, na própria linguagem nos deparamos com conceitos que apresentam semelhança de família, uma vez que não há um conjunto preciso e fechado de características que explique como devem ser aplicados esses conceitos.

De maneira mais clara, a palavra “jogo” acaba não tendo seu âmbito de aplicabilidade definido, uma vez que não podemos definir uma lista taxativa com todas as características que um “jogo” deveria ter para ser compreendido e reconhecido como tal. Para Wittgenstein o conceito de jogo não é um conceito fechado, mas sim “um conceito com contornos imprecisos”¹⁹.

É justamente esse aspecto dinâmico que encontramos em termos que possuem semelhança de família que percebemos em termos dotados de textura aberta. Da mesma forma que Waismann afirma que termos empíricos como “gato” e “homem” não são conclusivos e, que por isso, nossas definições precisarão ao longo do tempo de reformulação, Wittgenstein trabalha com os contornos imprecisos dos jogos.

Da análise de ambos os casos, podemos entender o que Waismann quis dizer ao afirmar que “nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades”²⁰.

Como veremos em momento posterior, inúmeros conceitos usados nos textos legislativos são afetados pela textura aberta da linguagem e o fenômeno da semelhança de família. Esses conceitos podem dar origem a casos fronteiros, nos quais não sabemos com segurança se podemos ou não aplicá-los.

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

Nesse contexto, a regra “é proibida a entrada de veículos no parque” é apenas um exemplo. Assim como “veículo”, apresentaremos outros casos ao longo do presente trabalho. Teremos, ainda, um capítulo dedicado a discutir o conceito de “livro”, tendo como base uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal quanto a imunidade tributária de livros eletrônicos.

2. EFEITOS POSITIVOS DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO

Conforme antecipado, sabe-se que a textura aberta da linguagem em alguns casos explica a dificuldade de aplicação das regras jurídicas. Há quem diga que a existência desse fenômeno colocaria em risco famosos preceitos do Estado de Direito, como a previsibilidade, justiça e a segurança.

O fenômeno da textura aberta da linguagem nos leva a analisar a precisão e a certeza de nossos conceitos. Logo, quando nos remetemos à linguagem jurídica percebemos o quanto é comum a existência de termos genéricos, vagos e imprecisos nos textos legislativos.

De acordo com Hart, duas situações poderiam ser responsáveis por gerar lacunas no direito: a imprecisão da regra de reconhecimento e a própria textura aberta da linguagem jurídica. A primeira seria responsável por apontar as normas válidas dentro de uma determinada sociedade. Não será estudada na presente monografia. A segunda, uma propriedade tanto de regras, quanto de sentenças e princípios.

Para além do núcleo de significado das regras existe uma zona de incerteza e de indefinição. Quando diante de um caso inusitado e não previsto de forma clara pela linguagem jurídica, o julgador se depara com os chamados casos difíceis, ele deverá, segundo Hart, fazer uso de sua discricionariedade para optar por uma das interpretações possíveis²¹.

Embora a textura aberta venha ser tida como sinônimo de inconclusividade e insegurança, cabe destacar que sua existência possui um caráter positivo para o direito. Para Hart, o fenômeno da textura aberta é algo desejável. Por outro lado, o rigor absoluto das normas, o formalismo exacerbado, é algo impossível de ser obtido quando falamos de linguagem.

²¹ Diferentemente de Hart, Dworkin acreditava que em casos de penumbra o juiz não precisaria recorrer ao exercício do poder discricionário, desde que respeitasse certos princípios implícitos no direito positivo. Para Dworkin, a vagueza não resulta necessariamente em juízos discricionários. Contudo, cabe destacar que o debate “Hart-Dworkin” não será abordado no presente trabalho.

O que Hart quis dizer ao afirmar que o fenômeno da textura aberta seria algo desejável? Uma coisa é certa: regras não podem prever os limites de sua própria aplicabilidade.

No capítulo anterior, buscou-se descrever um pouco o fenômeno da textura aberta, bem como algumas de suas implicações para o direito. Agora, falaremos acerca dos efeitos positivos que esse fenômeno pode trazer para o funcionamento das regras jurídicas.

Struchiner elucida que, em um primeiro momento, podemos ter a impressão de que a existência da textura aberta das regras constituiria um empecilho para o bom andamento do direito. Nesse sentido, ele afirma:

A textura aberta da linguagem significa uma potencial vaguidade, ou seja, a possibilidade ineliminável de que as regras jurídicas se mostrem indeterminadas para o tratamento de certas situações concretas encontradas na região de penumbra de aplicação da regra. Essa indeterminação das regras torna impossível prever todas as situações em que uma regra deve ser aplicada ou não. **A consequência da imprevisibilidade a respeito da aplicação das regras é um abalo na segurança jurídica**²². (grifo nosso)

O que o autor objetiva enfatizar é que não sabemos com segurança o âmbito de aplicabilidade das regras. Logo, não podemos prever todas as situações em que podemos ou não aplicá-las. Contudo, nem sempre existirão casos em que o julgador encontrará problemas na interpretação das regras, uma vez que em determinadas circunstâncias a interpretação pode ocorrer de maneira clara, sem maiores dificuldades.

Dessa forma, cabe entender que as regras jurídicas podem apresentar instâncias diferentes de aplicabilidade. Em determinados momentos a aplicação da regra poderá ser clara, já em outros poderemos esbarrar em casos inusitados que caem na zona de penumbra. Teremos, ainda, casos em que não haverá dúvida quanto à aplicação de uma regra, os chamados casos claros.

Entender que tais instâncias existem é de suma importância para compreendermos que nem sempre na prática jurídica o julgador encontrará dificuldades na interpretação dos termos gerais que compõem as regras.

²² STRUCHINER, Noel. *Op. Cit.*, p. 115.

Para Hart, o direito só é capaz de funcionar porque não nos deparamos a todo instante com casos que não se enquadram no núcleo de significado dos termos gerais que compõem as regras. Na maioria das vezes conseguimos aplicar os termos gerais sem dificuldades, não há esforço para o julgador quanto à interpretação das regras.

Por outro lado, quando algum caso inusitado surge, caberá o exercício do poder discricionário. Hart acredita que o surgimento desses casos inusitados não é apenas desejável, mas também importante para o funcionamento do próprio direito.

É justamente a indeterminação que surge quando estamos diante de um caso inusitado, extraordinário, e até então não previsto pela linguagem jurídica, que torna a textura aberta um fator positivo para o direito. É a existência desse fenômeno que permite nova reflexão sobre o âmbito de aplicabilidade das regras: será que ampliamos seu núcleo para que venha a abarcar o caso de penumbra, ou será que restringimos o seu núcleo para deixar o caso de penumbra claramente de fora?

Ainda que fosse possível, a determinação absoluta dos termos gerais contidos nas regras não seria aconselhável para o direito. De acordo com Struchiner, dois fatores funcionariam como obstáculos para a criação de regras que pudessem englobar todas as possibilidades: “[...] nossa relativa ignorância dos fatos e a nossa relativa ignorância de propósitos”²³; isto é, às vezes não conseguimos prever todos os casos peculiares que surgirão. E mesmo que conseguíssemos prevê-los, poderíamos ter dúvidas sobre como regulá-los, dado o seu caráter remoto. Se a determinação absoluta fosse possível, se tudo pudesse ser conhecido e regulado previamente, viveríamos em uma jurisprudência “mecânica”. Desse modo, ele continua:

Se não podemos conhecer tudo, ou seja, se possuímos uma relativa ignorância dos fatos, então é inevitável que os nossos propósitos também sejam relativamente indeterminados. A precisão das nossas definições só está para casos claros. Portanto, é interessante que, quando as nossas convenções linguísticas não se mostrarem suficientemente claras para classificar um caso, exista a possibilidade de eleger e justificar qual deve ser a extensão da regra²⁴.

Todo sistema jurídico que vise proteger os pilares da segurança jurídica, deve levar em consideração que existem questões que somente podem ser resolvidas quando surge um caso concreto. Ao mesmo tempo em que o direito deve fornecer regras claras a fim de que possam

²³ *Ibidem*, p. 118.

²⁴ *Ibidem*, p. 120.

ser aplicadas pelos indivíduos sem dificuldades, existem questões que não podem ser previamente antecipadas.

Assim, quando o julgador se depara com um caso concreto em que há dúvida acerca da interpretação da regra, ao exercer o poder discricionário ele não estará apenas escolhendo uma alternativa dentre as possibilidades. Ao escolher, o julgador acaba tornando o núcleo de significado da regra mais preciso e o seu propósito mais claro.

A textura aberta nos leva a conciliar nossa necessidade de certeza com nossa inevitável limitação para prever o futuro. De maneira mais clara, por mais que as regras venham objetivar abarcar o maior número de situações futuras possíveis em prol da segurança jurídica, existem determinados casos que precisam permanecer em aberto para serem analisados no tempo adequado. Nesse sentido, Hart²⁵ elucida:

Sistemas jurídicos diferentes, ou mesmo sistema em épocas diferentes, podem ignorar ou reconhecer de forma mais ou menos explícita essa necessidade do exercício posterior de uma escolha na aplicação de normas gerais a casos específicos.

A textura aberta reflete nosso conhecimento de mundo. Mais do que a possibilidade de uma regra ter seu âmbito de aplicabilidade modificado, é justamente a existência desse fenômeno que nos permite lapidar as regras nos casos que caem em sua zona de penumbra. Afinal, não conseguimos “medir” o campo de extensão das regras.

Como já apresentado, ao se deparar com um caso não previsto anteriormente, o julgador deverá exercer o seu poder discricionário. Hart não apresenta uma definição exaustiva da atividade discricionária, apenas a apresenta como possível solução para casos que caem na zona de penumbra das regras.

Voltando ao caso da regra: “É proibida a entrada de veículos no parque”, não teríamos dúvida que tal regra geral proibiria a entrada de um “caminhão” ou de um “ônibus”, pois seriam casos claros. Até aqui, a regra poderia ser tida como precisa, uma vez que a proibição desses veículos atenderia a finalidade da regra de promover tranquilidade no parque. Contudo,

²⁵ HART, Herbert. *Op. Cit.*, p. 168.

quanto à entrada de um “patinete” no parque, tal regra poderia se revelar imprecisa, uma vez que a palavra “patinete” acaba caindo na zona de penumbra da palavra “veículo”.

Dessa forma, quando o julgador decide se um “patinete” é ou não um “veículo” ele acaba tornando a regra mais clara para casos futuros. Ao interpretar a regra, o julgador elimina a indeterminação no caso sob análise.

Ainda exemplo da regra que proíbe a entrada de veículos no parque, podemos imaginar a possibilidade de surgirem novos meios de transportes, talvez mais silenciosos e menos poluentes do que a maioria dos veículos motorizados: como por exemplo, a bicicleta elétrica.

O legislador não teria previsto a sua invenção, e, mesmo que a tivesse previsto, seria interessante deixar para o julgador do caso concreto a tarefa de refletir sobre se a bicicleta elétrica fere ou não o propósito da regra: ela é perigosa para os outros transeuntes no parque? Ela afeta a limpeza do parque? Aqui encontramos um exemplo claro de como a textura aberta pode ter efeitos positivos para o campo jurídico.

É importante compreendermos que é impossível a criação de um ordenamento jurídico que seja desprovido de vagueza. Ao mesmo tempo em que é preciso criar leis precisas, em razão de valores como a segurança jurídica, existem certos casos que exigirão a necessidade de uma escolha posterior durante aplicação das regras.

2.1. O Nobre Sonho

A expressão “Formalismo Jurídico” é apontada por Hart como um vício da teoria do direito que não reconhece essa necessidade de escolha posterior do julgador quando surge um caso não previsto anteriormente. Para o autor, não reconhecer que as regras podem ter seu âmbito de aplicabilidade alterado para que possam abarcar casos futuros, seria o mesmo que desconsiderar a existência de casos de penumbra e congelar o sentido das regras. Nesse sentido, ele afirma:

O vício conhecido como na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a

edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha²⁶.

De acordo com os formalistas, o papel do julgador no sistema jurídico é apenas identificar a regra aplicável ao caso concreto. Dessa forma, não há que se falar na existência de lacunas, uma vez que o direito seria um sistema fechado de regras capaz de resolver todos os casos futuros que possam surgir.

Nessa concepção, os juízes são declaradores imparciais e objetivos da lei existente. Os juízes não criam as leis aplicáveis ao caso concreto, eles não têm a prerrogativa de escolha. O direito é um sistema fechado com normas que podem lidar com as mais diversas situações, cabendo apenas ao julgador identificar a lei existente mais adequada.

Os formalistas acreditam que é possível congelar o sentido das regras, entendendo que não caberia ao julgador exercer o poder de escolha, mas apenas identificar a regra cabível ao caso concreto. Os formalistas ignoram a existência da textura aberta ao compreender que os termos gerais que constituem as regras têm sempre significado preciso em todas as hipóteses em que a regra é aplicada.

De acordo com Hart, o nobre sonho dos formalistas seria um verdadeiro “paraíso conceitual”. Congelar o sentido das regras é desconsiderar a existência de qualquer indeterminação e vagueza dos termos gerais, o que é impossível diante da existência da textura aberta da linguagem. Nessa linha, Struchiner²⁷ preceitua:

Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade do exercício do poder discricionário pelos aplicadores do direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no direito e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo.

O que acaba ocorrendo, na verdade, é que ao ignorar a existência da textura aberta das regras, os formalistas acabam apresentando uma noção ilusória da realidade jurídica. O juiz nem sempre aplicará aquilo que a lei diz puramente, a exemplo dos casos inusitados em que caberá o exercício da interpretação. Não haverá, portanto, a aplicação mecânica daquilo que as regras dizem, uma vez que nem sempre o julgador lidará apenas com casos claros.

²⁶ HART, Herbert. *Op. Cit.*, p. 168.

²⁷ STRUCHINER, Noel. *Op. Cit.*, p. 133.

Como Hart aduz, por amor à segurança jurídica determinados sistemas jurídicos acabam sacrificando um número excessivo de coisas ao ignorar a indeterminação das normas jurídicas. Esse sistema “mecânico”, impossível de ser obtido, não está adequado à realidade e as imprevisibilidades da vida humana.

Como já abordamos, a textura aberta é algo inevitável em qualquer sistema jurídico, uma vez que “[...] nosso objetivo de proteger as pessoas contra todo dano permanece impreciso até ser articulado com as possibilidades que só a experiência nos trará, ou até ser posto à prova em função destas”²⁸.

Como veremos adiante, a discricionariedade não deve ser confundida com a arbitrariedade. O fato de algumas regras não terem aplicação mecânica, como no nobre sonho dos formalistas, diante de casos inusitados que possam surgir no direito, não significa que a solução encontrará respaldo na arbitrariedade.

Desse modo, apresentaremos a seguir os efeitos negativos da vagueza para o direito. Falaremos do realismo jurídico e de como a indeterminação inevitável da linguagem pode ser tida por alguns como caminho para justificar que o direito é aquilo que os juízes decidem e não aquilo que as regras determinam. Apresentaremos os dois extremos do que Hart denominou como o pesadelo e o nobre sonho.

²⁸ HART, Herbet. *Op. Cit.*, p. 172.

3. EFEITOS NEGATIVOS DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NO DIREITO

Quando temos certos propósitos, tentamos encontrar os meios para a realização deles²⁹.

3.1. O Pesadelo

Há quem diga que o realismo jurídico seja algo ultrapassado. Contudo, não é raro nos depararmos com vestígios da influência dos realistas no meio jurídico. Seria estranho considerar que em um mundo “realista” as regras não servem para nada e, que por si só elas não determinam resultado algum? Afinal, as regras são realmente necessárias para se alcançar uma decisão jurídica? Perguntas como essas podem surgir ao esbarrarmos na expressão “realismo jurídico”.

Para esclarecermos o termo, as concepções mais “realistas” do direito acreditam que os juízes ao decidirem estariam atrelados às suas próprias preferências. Nesse sentido, realistas atentam para certa necessidade de investigação empírica das atividades e motivações dos operadores do direito. As regras passam a ter importância secundária, sendo o direito aquilo que os julgadores decidem no caso concreto.

Ao não considerarem que as regras têm um papel fundamental no processo decisório, o direito acaba sendo aquilo que os juízes determinam como direito. Não há dúvidas que a concepção realista lança dúvidas sobre a viabilidade do princípio da legalidade, uma vez que as decisões seriam arbitrárias e não decorrentes de regras previamente estabelecidas. Para essa visão realista, de que o direito consiste naquilo que os juízes determinam, Hart denominou como “pesadelo”.

Nesse contexto, o realismo jurídico pode estar associado a uma série de ideias, como preceitua Struchiner e Shecaira³⁰:

²⁹ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *In*: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 119.

[...] os realistas são céticos em relação à influência que os materiais jurídicos convencionais (a legislação e os precedentes judiciais) têm efetivamente sobre o trabalho dos juízes. Os realistas são críticos rigorosos do mito formalista, de acordo com o qual o papel dos juízes consiste em deduzir soluções para os casos concretos a partir das categorias abstratas contidas nas leis e nos precedentes. O que orienta o juiz, na verdade, são considerações relativas aos efeitos tangíveis das suas sentenças - isto é, à forma como os litigantes são afetados, às consequências econômicas e políticas da decisão -, assim como elementos psicológicos, suas intuições, palpites, preconceitos etc.

Existem vários argumentos que fundamentam a teoria do realismo jurídico, inclusive a concepção de que as decisões jurídicas são oriundas de intuições e características pessoais dos juízes. Outro argumento que Hart aponta é de que em qualquer sistema jurídico existe um órgão com poder de decisão supremo. Logo, a decisão tomada pelo órgão supremo será a decisão final e não poderá ser questionada. Desse modo, ainda que esse órgão supremo ao decidir não leve em consideração o que as regras dizem, a decisão não poderá ser alterada pela via jurídica. Nessa linha, Struchiner³¹ afirma:

A conclusão dos realistas que adotam esse argumento é de que as regras jurídicas não têm um papel fundamental no processo decisório, e que o direito é na verdade aquilo que os juízes determinam como sendo o direito. Para os realistas, se o direito é aquilo que os juízes determinam como sendo o direito, então não faz sentido afirmar que eles são falíveis.

Para melhor explicar a visão dos realistas, Hart faz uma analogia e compara o sistema jurídico a um jogo. Assim, quando escolhemos um juiz para um jogo, partimos da premissa de que as decisões proferidas por esse juiz serão supremas. Não importa a opinião daqueles que assistem ao jogo ou até mesmo dos próprios jogadores, a palavra do juiz será a final. Contudo, se esse juiz tiver um poder discricionário absoluto em todos os casos e não apenas naqueles de penumbra, o jogo será descaracterizado. Deixará de ser um jogo com regras previamente determinadas para ser o jogo “discricionarieidade do juiz”.

Nesse jogo “discricionarieidade do juiz” não se poderá questionar a decisão do juiz, o jogo deixará de ter regras próprias para ser aquilo que o juiz determinar. Nada que os espectadores ou jogadores digam será levado em consideração. O jogo perderá o sentido, uma

³⁰ STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio P.. **Dicionário de teoria e filosofia do direito. Verbetes sobre realismo jurídico.** Coordenação: Travessoni, A. Rio de Janeiro: LTr, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/18143107/Realismo_Jurídico_Verbete>. Acesso em: 12 maio de 2017.

³¹ STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 136.

vez que suas regras não serão observadas. Um simples exemplo desse jogo “discrecionalidade do juiz”, seria o de um juiz que no meio de uma partida de vôlei desconsiderasse o toque de um jogador na rede ou quando a bola caísse na linha da quadra e o juiz a considerasse como fora desta. Não há dúvidas que os espectadores e os próprios jogadores questionariam a conduta do juiz.

Trazendo essa analogia para o direito, podemos entender que o fato de um juiz proferir uma decisão final não o torna infalível. O direito não é aquilo que os juízes decidem, qualquer decisão pode ser questionada. O que Hart busca explicar é que o juiz apenas nos casos de penumbra poderá fazer uso da discrecionalidade, não se confundindo esta última com a arbitrariedade.

Dessa forma, apesar de as regras serem dotadas de textura aberta permitindo o uso do poder discricionário, elas têm um núcleo de significado determinado. O juiz está vinculado a esse núcleo, não podendo se afastar dele ao decidir. O juiz apenas possui discrecionalidade para decidir os casos de penumbra que possam surgir no jogo, uma vez que as regras que caracterizam o próprio jogo devem ser preservadas. Assim, Hart³² preceitua:

[...] conseguimos distinguir um jogo normal de outro “ao arbítrio do marcador” simplesmente porque embora a regra de contagem, como todas as outras normas, possua sua área de textura aberta, na qual o marcador tem de exercer uma escolha, ela tem, afinal de contas, um núcleo de sentido estabelecido. É deste último que o marcador tem de exercer uma escolha, ela tem, afinal de contas, um núcleo de sentido estabelecido. É deste último que o marcador não tem liberdade de se desviar, e é ele que, até onde se aplica, constitui o padrão para a contagem correta ou incorreta de pontos, tanto para o jogador, quando expressa seu juízo não-oficial sobre a contagem, quanto para o marcador, ao dar suas decisões oficiais. É isso que torna correto afirmar que as decisões do marcador, embora finais, não são infalíveis. O mesmo ocorre no direito.

Para os realistas não existem casos claros, todos os casos são tidos como difíceis e caem na zona de penumbra das regras. Segundo Hart, os realistas acabaram assumindo uma postura totalmente contrária à dos formalistas. Eles saíram do “paraíso conceitual” dos formalistas para um mundo cético a respeito da importância das regras para tomada de decisões jurídicas.

Ao desconsiderarem a existência de casos claros, o direito seria exageradamente indeterminado e todos os casos seriam difíceis, cabendo ao juiz interpretar o direito. As

³² HART, Herbert. *Op. Cit.*, pp. 186-187.

regras, nesse contexto, seriam apenas fontes do direito e não teriam um papel fundamental no processo decisório. Essa noção de uma indeterminação radical do direito acaba levando os realistas a defenderem que o direito apenas lida com casos de penumbra. Nessa linha, Hart³³ continua:

Entretanto, pouco se pode avançar com essa concessão apenas. Pois a afirmação de que as leis não são direito, mas apenas fontes do direito, até que sejam aplicadas por um tribunal, é típica desse tipo de teoria, e isso é incoerente com a afirmação de que as únicas normas existentes são aquelas necessárias para instituir tribunais. Deve haver também normas secundárias que outorguem poderes legislativos a uma sucessão mutável de indivíduos. Pois a teoria não nega a existência das leis. Na verdade, ela as cita como meras “fontes” do direito e apenas lhes recusa o caráter de direito até que sejam aplicadas pelos tribunais.

Segundo Hart, entender que só existem casos difíceis no direito é ter uma visão parcial deste. Não há dúvidas que os casos difíceis são aqueles que suscitam mais interesse pelos operadores do direito, uma vez que são casos que acabam se concentrando nas cortes mais altas do judiciário. Por outro lado, pouco se discute acerca de casos claros que não envolvem polêmica e não exigem do julgador um trabalho interpretativo. Nem sempre lidaremos com casos difíceis, atribuir uma indeterminação absoluta é ignorar completamente a existência de casos que facilmente são determinados pelo direito. Afinal, “é verdade que certas partes do direito são mais indeterminadas, mas não é verdade que o direito como um todo seja indeterminado”³⁴.

O fato de a textura aberta ser algo inevitável não significa que o direito seja sempre indeterminado. Como aduz Struchiner, a visão instrumentalista de que o direito é um “receptáculo vazio” a ser preenchido por qualquer conteúdo pelos operadores do direito apresenta um viés tendencioso. Esse tipo de visão pode colocar em risco uma série de virtudes consagradas pelo Estado de Direito, como a segurança jurídica e a previsibilidade.

A existência do fenômeno da textura aberta da linguagem é capaz de limitar a nossa capacidade de implementar o ideal do Estado de Direito. Vivemos em um mundo jurídico desprovido de certeza. Nesse sentido, a própria existência dos casos de penumbra pode gerar

³³ *Ibidem*, pp. 177-178.

³⁴ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *In*: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 133.

desconforto quanto aos famosos preceitos como segurança e justiça. Para além do núcleo de significado das normas existe uma zona de incerteza e de indefinição.

Quando Hart sugere a regra “nenhum veículo pode entrar no parque”, fica claro que o núcleo de significado dessa regra proíbe a entrada de um caminhão ou de uma moto. Mas quanto aos casos de uma bicicleta elétrica ou de um carrinho de bebê? Uma decisão em um caso de penumbra pode sempre surpreender aquele que não prevalece no processo, pois ele não poderia dizer, antes da decisão, como seu caso seria regulado. Podemos pensar, por exemplo, o caso de uma pessoa que entra com uma bicicleta elétrica no parque e acaba sendo multado ou de uma babá que é obrigada a se retirar do parque com o carrinho de bebê. A própria indeterminação dos fatos nos leva a concluir que as respostas não estão prontas.

Como já apontado, para os realistas as regras teriam importância secundária, sendo na verdade o direito aquilo o que os juízes decidem. Assim, todo ato decisório seria um ato de criação do direito. Nessa linha, Hart sustenta que os realistas teriam se frustrado com o “paraíso conceitual” dos formalistas, o “nobre sonho”, para viverem no “pesadelo” de que o direito é radicalmente indeterminado, o que o leva afirmar:

O indivíduo cético a respeito das normas é às vezes um absolutista frustrado: descobriu que as normas não são tudo o que seriam no paraíso conceitual de um formalista, ou num mundo onde os homens se assemelhassem a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fatos, de modo que a textura aberta não fosse uma característica necessária das normas³⁵.

Conclui-se, portanto, que embora as regras possam ser aplicadas sem maiores dificuldades pelo julgador em quase todos os casos, em razão da própria vagueza da linguagem jurídica as regras podem se revelar insuficientes. Tal questão já foi apresentada exhaustivamente nos capítulos anteriores, mas cabe mencionar que o maior erro dos realistas, segundo Hart, foi considerar que o direito é radicalmente indeterminado, ignorando a existência dos casos claros. Na verdade, o que ocorre é que o direito pode se mostrar indeterminado às vezes pelo próprio uso de conceitos vagos. Como Struchiner elucida, a indeterminação do direito não ocorre de maneira radical como na visão dos realistas, mas se dá “nas beiradas”³⁶.

³⁵ HART, Herbert. *Op. Cit.*, p. 180.

³⁶ STRUCHINER, Noel. *Op. Cit.*, p. 123.

A existência de casos de penumbra revela que a indeterminação é algo inevitável. Como já vimos, o direito não é sempre indeterminado. Os casos mais comuns que envolvem a indeterminação são aqueles que lidam com normas vagas, em que ocorrem dúvidas quanto à aplicabilidade das regras.

Existem inúmeros casos em que a vagueza é tida como um problema e demandam um trabalho interpretativo do julgador. Como exemplo, podemos citar expressões que envolvam conceitos jurídicos indeterminados, como “lesão grave”, “difícil reparação”, “perigo iminente” ou a hipótese em que a legislação diz sobre a ausência de tributação de “livros” e ocorra dúvida se tal hipótese incluiria ou não o “livro eletrônico”.

3.2. Nem a regra pode tudo, nem a regra não serve para nada³⁷: o caminho do meio.

O maior mérito da teoria desenvolvida por Hart foi compreender que a textura aberta é um caminho do meio entre as teorias formalista e realista. Podemos associá-la a uma teoria intermediária entre o extremo dos formalistas e a exagerada indeterminação dos realistas.

Como vimos, diferentemente do realismo, no formalismo encontramos a figura de um juiz que é a boca da lei. Na concepção formalista o juiz deve apenas “aplicar” a lei, “dizer” o direito e jamais interpretá-lo, partindo de uma noção de que as regras seriam suficientes para lidar com todos os casos que surgem no âmbito jurídico. As regras, nesse sentido, seriam radicalmente precisas e claras. O nobre sonho, portanto, seria a antítese do pesadelo, como Hart³⁸ preceitua:

O nobre sonho tem muitas variantes, mas, em todas as suas formas, representa a crença, talvez a fé, de que, a despeito de aparências superficiais em contrário, e a despeito mesmo de períodos inteiros de aberrações e erros judiciais, ainda se pode oferecer uma explicação e uma justificativa para a expectativa comum das partes de que os juízes apliquem a seus casos a lei existente e não que façam novas leis para eles, mesmo quando o texto específico de uma regra constitucional, lei ou

³⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito tributário e a linguagem: (ainda) algumas considerações acerca da impossibilidade da tipicidade tributária fechada. In: **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 66, 2011**. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1f3b36dd-29f9-40d3-9aaa-823d160cfa58&groupId=132971>. Acessado em: 28 maio 2017.

³⁸ HART, Herbert. Ensaio 4: A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: O pesadelo e o nobre sonho. **Ensaios sobre a teoria do direito e filosofia**. Tradução: José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica: Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 148.

precedente disponível pareça não oferecer nenhuma orientação de decisão determinada.

No outro extremo, temos a indeterminação dos realistas que afirmam que o direito é aquilo que os juízes dizem no momento em que estão diante de um caso concreto. As regras são apenas fontes do direito e não desempenham papel principal na tomada de decisão. Nessa perspectiva não existiriam casos claros e todos os casos seriam encarados como casos de penumbra³⁹. A cada ato decisório teríamos um ato de criação do direito, como aduz Hart:

O que ainda causa surpresa é que algumas variantes dessa teoria do direito, a perspectiva do Pesadelo seja apresentada por juristas norte-americanos sérios não meramente como características de certos tipos de difíceis julgamentos - julgamentos que apresentam expressões imensamente genéricas - mas como se julgamento judicial fosse essencialmente uma forma de criar direito, jamais uma instância de declarar o direito existente, sugerindo mesmo que, até que essa verdade seja compreendida e dissipados os mitos convencionais que a obscurecem, não se pode entender a natureza do direito.

Cabe destacar as palavras do professor Carrío⁴⁰, que de forma sucinta revela alguns traços dessas teorias:

Quando a homogeneidade atinge a base de equiparar artificialmente todos os casos que temos chamado de casos claros, incorre no vício de formalismo (o racionalismo). Consiste, fundamentalmente, em não ver os problemas da penumbra. Quando a homogeneidade atinge a base de equiparar artificialmente todos os casos com os casos de penumbra, incide no vício oposto que, por falta de uma denominação aceita atualmente, chamarei de realismo extremo ou apenas “realismo”. Consiste, fundamentalmente, em não ver apenas os problemas da penumbra.

É justamente a noção de textura aberta que permite com que Hart venha desenvolver a teoria intermediária. Dessa forma, para os casos claros o juiz declara o direito e para os casos de penumbra ele desempenha uma atividade criativa e construtiva por meio da interpretação. Hart não acredita nem no nobre sonho dos formalistas, em que a lei sempre pode oferecer uma

³⁹ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁰ CARRIÓ, Genaro R.. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 62. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/145194077/Genaro-R-Carrio-Notas-sobre-derecho-y-lenguaje-Abeledo-Perrot-1986>>. Acesso em: 02 junho 2017. Texto original: “Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los que hemos llamado casos claros, se incurre en el vicio de formalismo (o racionalismo). Consiste, fundamentalmente, em *no ver* los problemas de la penumbra. Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los casos de la penumbra, se incurre en el vicio opuesto que, a falta de una denominación corrientemente aceptada llamaré *realismo extremo*, o más brevemente “realismo”. Consiste, fundamentalmente, em no ver sino los problemas de la penumbra”. Tradução livre.

única resposta como correta, nem no pesadelo dos realistas em que a lei nunca é capaz de fornecer uma única resposta correta.

Segundo Hart, a verdade habita no meio das noções extremas do formalismo e do realismo. A teoria de Hart ao trazer o fenômeno da textura aberta da linguagem para o direito proporciona a reflexão de que em certos casos as normas serão aplicadas de maneira imediata, mas em outros haverá a necessidade da discricionariedade a fim de que a regra venha ter seu campo de aplicação estendido.

A teoria intermediária visa suprir certas deficiências das duas posições extremas mediante a análise do fenômeno da textura aberta da linguagem. Podemos, desse modo, concluir que não basta encontrar a regra e adequá-la ao fato em todos os casos, embora isso não signifique que os juízes na prática venham criar o direito a cada tomada de decisão. A verdade, segundo Hart, é que ora os juízes fazem uma coisa ora fazem a outra.

É necessário entendermos que nem a regra pode tudo, pois o rigor absoluto é impossível e indesejável, nem a regra não serve para nada, uma vez que a precisão das regras às vezes pode funcionar como obstáculo para a concretização dos propósitos do direito. Embora a precisão das regras venha ter relação com valores como a própria segurança jurídica, os sistemas jurídicos devem possuir uma dose de flexibilidade a fim de que se possa prevalecer a justiça e a equidade. Por outro lado, essa dose de flexibilidade é diferente dos exageros da indeterminação defendida pelos realistas.

Muitos operadores do direito têm adotado uma postura realista na tomada de decisões. Ao se depararem com casos claros, ao invés de simplesmente cumprirem o que as regras dizem, acabam “excedendo a dose de flexibilidade” das regras, passando a enxergar todos os casos como indeterminados. Quando os juízes começam a se desviar do núcleo de significado das regras, pode ocorrer o que Struchiner⁴¹ denomina como efeito sistêmico:

Efeitos sistêmicos de adaptação são aquelas reações aos desvios sistemáticos do direito que engendram comportamentos ou resultados indesejados quando medidos à luz das próprias considerações instrumentalistas que afastaram a aplicação do significado da regra jurídica. Quando pensamos no judiciário, os efeitos sistêmicos de adaptação são aqueles causados quando a identificação ou o reconhecimento de

⁴¹ STRUCHINER, Noel. *Op. Cit.*, p. 146.

um padrão de desvios realizados pelos juízes conduz agentes não judiciais a adaptar os seus comportamentos de maneira subótima.

Para ilustrar, o autor apresenta o caso em que juízes alternativos começassem a negar os pedidos de despejos de senhoras idosas que estivessem inadimplentes com o aluguel, na hipótese de quando o proprietário do imóvel tivesse boas condições financeiras e não dependesse do aluguel para manter o padrão de vida⁴². Se decisões contrárias ao despejo fossem sistemáticas, se uma série de juízes instrumentalistas começasse a proferir decisões assim, não teríamos dúvidas que a locação de imóveis por senhoras idosas se tornaria muito difícil.

Os efeitos sistêmicos começam a ocorrer quando os juízes passam a se desviar do núcleo de significado da regra. Tal postura pode gerar inúmeras consequências para o direito, além de abalar a segurança jurídica. Outro exemplo seria o de juízes que proferem decisões concedendo a prestação de medicamentos que não estão na lista do SUS. Nesse caso, além de comprometerem o orçamento da saúde, parte da verba acabaria sendo destinada para atender demandas individuais. Teríamos efeitos de posições realistas em grande escala.

Se por um lado o desvio da regra pode ser sinônimo de justiça e equidade, por outro, o fato de um juiz se desviar do núcleo da regra pode gerar consequências desastrosas. Podemos imaginar o caos que seria se todos os juízes deferissem os pedidos de prestação de medicamentos não incluídos na lista do SUS. Como preceitua Struchiner: “juízes podem ter boas razões para não se desviarem do resultado determinado pela linguagem clara da lei, quando isso pode gerar efeitos sistêmicos perversos”⁴³. Nesse sentido, ele continua:

Mesmo nos casos em que temos certeza ou estamos muito confiantes de que o desvio da regra poderia ser a melhor resposta para evitar resultados injustos no caso concreto, temos boas razões para seguir a regra se acreditamos que estaremos dando um mau exemplo para agentes que não possuem a mesma capacidade de discernimento para saber quando as regras geram resultados errados⁴⁴.

⁴² *Ibidem*, pp. 146-147.

⁴³ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 147.

4. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO.

Juristas são estudiosos da linguagem. Eles sempre estudaram a linguagem por obrigação: isto é, porque a sua profissão exige a interpretação e aplicação de textos legais complexos⁴⁵.

Operadores do direito constantemente lidam com técnicas e regras interpretativas. Em capítulo sobre o tema, Struchiner e Shecaira⁴⁶ falam acerca da preocupação dos juristas com a interpretação de textos, bem como a relação entre o estudo da linguagem e o direito. Nesse sentido, os autores apontam que o estudo da linguagem para a interpretação dos textos legais é tido como algo indispensável para a prática jurídica, de modo que “a influência que tem sobre nós a abordagem linguística - sobretudo a abordagem linguística de H. L. A. Hart [...] - molda fundamentalmente a nossa maneira de entender o direito”⁴⁷.

Segundo os autores, há uma forte influência formalista entre os juristas que, em um primeiro momento, ao se depararem com um caso concreto buscam saber o que as regras e sentenças dizem. Em um momento posterior, então, eventualmente se arriscam a traçar reflexões de cunho político, moral ou social. Desse modo, apontam que frequentemente os juristas irão se deparar com textos duvidosos e imprecisos, sendo rara a adoção de uma postura mecânica durante a aplicação das regras:

O uso de textos é um aspecto central do formalismo que caracteriza o pensamento jurídico. Quando textos legais são claros e precisos, o jurista é capaz de proceder de maneira relativamente mecânica. Mas muitas vezes os textos não são claros e precisos. Textos legais são frequentemente vagos, ambíguos e inconsistentes. Às vezes, textos legais não apresentam qualquer tipo de imprecisão linguística - isto é, são literalmente claros - mas ainda assim parecem prescrever soluções para problemas legais que “não fazem sentido” à luz do que se sabe sobre o mundo e sobre o próprio direito⁴⁸.

O desenvolvimento de técnicas e regras de interpretação ocorreu justamente em razão da existência de textos vagos, imprecisos e duvidosos com que constantemente os juízes acabam lidando. Na verdade, “são fruto da significativa experiência jurídica com problemas

⁴⁵ STRUCHINER, Noel; Shecaira, Fábio P.. Direito e Linguagem: aspectos filosóficos. In: SILVEIRA, Sonia Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali; VIEIRA, Amitza Torres (Orgs.). **Linguística aplicada em contextos legais**. Jundiaí, Paco Editorial, 2015, p. 22.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 22-41.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 23.

de interpretação”⁴⁹. Enquanto as regras são prescrições concisas e claras, as técnicas envolvem os métodos de interpretação, como por exemplo, o método histórico que busca resgatar as intenções do legislador no momento de elaboração da norma. Os métodos são complexos e inúmeros, criados não apenas para lidar com a imprecisão dos textos jurídicos, mas também como tentativa de resgatar as finalidades da regra, seus propósitos e “espírito”.

A textura aberta do direito acaba colocando o jurista às vezes em um campo aberto. A potencial vagueza das regras faz com que determinados casos venham cair na zona de penumbra do significado dos termos gerais que compõem as próprias regras. Como já vimos em discussões anteriores, quando o juiz faz uso de seu poder discricionário e escolhe a melhor forma de tratamento para o caso, ele acaba tornando a regra mais clara para casos futuros. Desse modo, com o passar dos anos e dos contextos sociais, a regra gradualmente passa a ter seu âmbito de aplicação estendido a fim de abrigar casos extraordinários até então não previstos pelo legislador. Podemos, então, compreender a importância do estudo da linguagem para o direito, uma vez que a adoção desse tipo de postura diante das regras é capaz de mudar totalmente a maneira como lidamos e enxergamos o direito.

4.1. “Livro eletrônico” é “livro”?

Nos capítulos anteriores abordamos os efeitos positivos e negativos da vagueza no direito. Apresentamos os extremos do formalismo e do realismo, bem como destacamos que o maior mérito da teoria de Hart foi reconhecer a textura aberta como o caminho do meio em que para casos claros a regra terá aplicabilidade imediata e em casos de penumbra haverá a necessidade do exercício da discricionariedade pelo julgador.

Após a exposição dos efeitos da textura aberta da linguagem para o direito, observamos que diversos conceitos presentes nos textos legislativos são afetados pelo fenômeno da textura aberta da linguagem. Nesse sentido, o capítulo em tela visa analisar uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sede do RE 330817/RJ, entendeu que a imunidade

⁴⁹ *Ibidem*, p. 25.

tributária prevista no artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal aplica-se ao livro eletrônico, o chamado “e-book”, bem como aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo⁵⁰.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 150, VI, “d” o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
VI - instituir impostos sobre:
[...]
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Da análise do texto constitucional, depreende-se que o legislador objetivou conceder imunidade tributária ao livro. Até então não surgem dúvidas quanto à aplicabilidade da norma em questão. Tida como imunidade “cultural” ou de “imprensa”, a imunidade foi concedida a fim de servir de estímulo à cultura, ao ensino e à liberdade de expressão. Desse modo, livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão gozam de imunidade tributária justamente para que a tributação não venha servir como obstáculo para a disseminação da cultura.

O ponto mais interessante da discussão que surge é quanto ao âmbito de aplicabilidade da norma. Afinal, o conceito de “livro” deve ser utilizado em sentido amplo? Para ser tido como “livro” e gozar da imunidade tributária precisa ser necessariamente constituído de papel? O “livro eletrônico” é “livro”? Como apresentaremos a seguir, questões como essas foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal por diversas vezes até o julgamento do RE 330.817, em que o plenário reconheceu definitivamente a imunidade do livro eletrônico e dos suportes utilizados para fixá-lo.

Reconhecer a existência da textura aberta no direito nos leva a compreender que nunca estaremos imunes aos problemas inerentes à linguagem. O texto constitucional em análise, que prevê a imunidade, demonstra que em determinados momentos podem surgir casos duvidosos e imprecisos quanto ao âmbito de aplicabilidade das regras. O conceito de “livro”

⁵⁰ BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 08.03.2017. DJE nº 47, divulgado em 10.03.2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1984213&numeroProcesso=330817&classeProcesso=RE&numeroTema=593>>. Acesso em 21 maio 2017.

não é exaustivo, a hipótese do artigo 150, VI, “d” da CF/1988 é apenas um exemplo que revela que as normas são dotadas de textura aberta.

Nesse sentido, o “livro eletrônico” acaba caindo na zona de penumbra da regra que concede imunidade ao “livro”, assim como a entrada de um “patinete” caía na zona de penumbra da regra “é proibida a entrada e veículos no parque” na analogia de Hart. O conceito de “livro” disposto na norma constitucional é vago em relação ao “livro eletrônico” não porque mudou de sentido com o tempo, mas sim em razão da própria zona de penumbra que não tinha sido percebida pelo legislador no momento de elaboração da norma. Logo, caberia ao julgador desenvolver um trabalho interpretativo a fim de analisar a problemática em questão.

4.2. Interpretando a norma: possíveis argumentos jurídicos.

Diante de um caso fronteiroço caberá ao intérprete o exercício do poder discricionário a fim que de que a norma venha ter seu campo de aplicação estendido ou restringido. Se ele tem discricionariedade, então o julgador poderá tanto estender o núcleo do conceito de livro para incluir o e-book como poderá negar-se a fazer isso. No caso da norma ora analisada, o caso fronteiroço gira em torno da discussão se o “livro eletrônico” faria ou não jus à imunidade tributária concedida ao “livro”. Nessa linha, Ávila aduz que há uma série de divergências doutrinárias quanto ao tema⁵¹.

Segundo o autor, para aqueles que decidem pela imunidade do livro eletrônico o raciocínio é construído com base em algumas premissas, como por exemplo:

(a) Os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras que veiculam ideias e são dispostas em sequência lógica são livros; (c) o chamado “livro eletrônico” consiste numa obra que veicula ideias e é disposta em sequência lógica; (d) o “livro eletrônico” é um livro; (e) o “livro eletrônico” é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos⁵².

Já em relação aos que defendem que a imunidade constitucional não abarca o livro eletrônico, as premissas seriam:

⁵¹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 21, 2010**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁵² *Ibidem*, p. 1.

(a) Os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras encadernadas e ordenadas em folhas de papel são livros; (c) o chamado “livro eletrônico” não consiste numa obra encadernada e ordenada em folhas de papel; (d) o “livro eletrônico” não é um livro; (e) o “livro eletrônico” não é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos⁵³.

Nesse sentido, as premissas ora dispostas apresentam interpretações extensivas e restritivas do conceito de “livro” respectivamente. De acordo com Ávila, o interessante é observar os argumentos que embasam as divergências doutrinárias, uma vez que são esses argumentos que decidem pela inclusão ou não do “livro eletrônico” no âmbito material da regra constitucional. São argumentos que serão construídos pelo julgador a fim de fundamentar e decidir dentre as possibilidades que a zona de penumbra apresenta.

Afinal, o “livro eletrônico” assim como o “livro” garante a liberdade de expressão e de informação? A expressão “e o papel destinado à sua impressão” é capaz de afastar o “livro eletrônico” que não é feito de papel? Qual teria sido a finalidade do legislador ao conceder a imunidade? O “livro eletrônico” hoje é o que o “livro” significava à época em que a norma foi criada? Como Ávila aduz: “Que todos esses argumentos podem ser utilizados na interpretação da imunidade, não há dúvidas; hesitação existe, contudo, quanto a saber se todos eles têm a mesma importância jurídica”⁵⁴. O trabalho do julgador não pode ser realizado como uma mera escolha ou a sua valoração como um capricho tendencioso.

Ávila busca explicar como os argumentos jurídicos podem ser utilizados na interpretação jurídica, bem como a importância que possuem para o direito. Cabe destacar que os argumentos podem levar em consideração vários fatores, como a finalidade da norma no momento em que foi criada, o contexto histórico e político da época, entre outros. O autor propõe, ainda, uma classificação dos argumentos em que demonstra o papel da interpretação no ordenamento jurídico. Seria interpretar evitando os extremos da interpretação literal e ao mesmo tempo os caprichos da subjetividade, conforme aduz:

O objetivo deste estudo é construir uma síntese superadora que harmonize a necessidade de discernir os argumentos com a importância de não os separar por completo, diminuindo a inevitável subjetividade da interpretação sem enrijecer o raciocínio para o futuro. Com isso, poder-se-á abandonar qualquer simplismo na argumentação jurídica, quer no sentido de reduzir o raciocínio jurídico à pura lógica

⁵³ *Ibidem*, pp. 1-2.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 3.

ou à pura interpretação literal, quer no sentido de circunscrever a atividade interpretativa ao mero decisionismo ou à simples ponderação de valores de natureza inexplicada⁵⁵.

O autor sugere uma interpretação da imunidade do “livro eletrônico” com base nos próprios argumentos jurídicos. De forma mais clara, um exemplo simples seria o de um julgador que reconhecesse a imunidade do “livro eletrônico” ao entender que a tributação serviria como obstáculo ao acesso à cultura ou que ofendesse ao princípio constitucional da livre manifestação de pensamento.

Outro exemplo seria o de um julgador que ao fundamentar uma decisão a favor da imunidade do “livro eletrônico” objetivasse revisar a finalidade da norma no momento em que esta foi criada. Desse modo, é como se o texto normativo fosse atualizado. Podemos entender que diversas mudanças sociais ocorreram e que o texto literal não é mais capaz de abarcar a realidade atual, o “livro eletrônico” pode ser então compreendido como o “livro” de ontem.

O próprio significado de “livro” é complexo. Ao ler o texto constitucional o julgador não saberá de prontidão se o “livro eletrônico” se enquadra na imunidade do “livro”. A zona de penumbra da regra apresenta uma série de possibilidades, exigindo esforço por parte do intérprete. Nesse contexto, não temos como questionar a importância do estudo da linguagem e da interpretação jurídica para o sistema jurídico, uma vez que casos que caem na zona de penumbra das regras frequentemente surgem.

4.3. Recurso Extraordinário nº. 330.817/RJ.

O Supremo Tribunal Federal decidiu definitivamente que o livro eletrônico, bem como os suportes utilizados exclusivamente para fixá-lo deveriam gozar da imunidade tributária constitucional prevista no artigo 150, VI “d” da Constituição Federal. O voto do Ministro Dias Toffoli apresentou diversas razões para que a imunidade fosse concedida, inclusive as razões históricas que motivaram a previsão da imunidade tributária de livros, jornais, periódicos e o papel utilizado na impressão desses.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 5.

Em seu voto, o ministro cita o contexto do Estado Novo, compreendido entre o período de 1937 a 1945, em que o governo cobrava impostos na importação de papéis de jornais que divulgavam ideias contrárias ao regime da época. Era uma forma de censura indireta, uma vez que os jornais que eram a favor do governo recebiam uma série de benefícios.

A Constituição de 1946, justamente para acabar com esse tipo de censura indireta, acabou concedendo imunidade tributária ao papel e aos livros. A Constituição de 1967, por sua vez, além de manter a imunidade até então prevista, a estendeu a fim de que não apenas os livros, mas também os jornais e periódicos, bem como o papel destinado à sua impressão também fossem abarcados pela regra.

Depreende-se do voto do ministro que o papel é tido como apenas um elemento accidental do conceito de livro, uma vez que um livro pode ser ou não constituído de papel. O papel não é essencial para o que o livro venha gozar de imunidade. A intenção da regra é propiciar a circulação de ideias e da cultura, de modo que o papel é apenas um suporte. Desse modo, assim preceitua:

Não penso que o vocábulo “papel” seja essencial ao conceito desse bem final. Com efeito, o suporte das publicações é apenas o continente (*corpus mechanicum*) que abrange o conteúdo (*corpus mysticum*) das obras, não sendo ele o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade⁵⁶.

O simples fato de os livros eletrônicos permitirem maior interação com o leitor através de recursos diversos ao “papel” dos livros impressos não serve como motivo para que não possam gozar da imunidade constitucional. Nessa esteira, o ministro aduz:

Assim, a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento accidental no conceito de livro. Se isso não fosse o bastante, registre-se que não é necessário o livro ter o formato de códice para ser considerado como tal. [...] Ainda quanto aos livros eletrônicos, entendo, inclusive, que sua maior capacidade de interação com o leitor/usuário (a partir de uma máquina), em comparação com os livros contidos nos códices, não cria qualquer empecilho para o reconhecimento da imunidade tributária ao bem final. O aumento da interação parece estar associado ao processo evolutivo da cultura escrita⁵⁷.

O direito, é comum que se diga, deve acompanhar os anseios da sociedade. O livro eletrônico hoje representa o que o livro impresso foi no momento de criação da norma. O uso

⁵⁶ BRASIL. *Op. Cit, Loc. Cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 15-17.

de meios eletrônicos é algo comum nas relações sociais, motivo pelo qual o livro eletrônico e os suportes utilizados para fixá-lo devem ser abarcados pela norma prevista no artigo 150, V, “d” da Constituição Federal. Como o ministro fundamenta em seu voto:

É necessário que as “imunidades tributárias venham se projetar para o futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de propiciar a constante atualização do alcance dos seus preceitos⁵⁸.

No caso sob análise o Supremo não apenas reconheceu a imunidade do livro eletrônico, mas também dos suportes eletrônicos utilizados para fixá-lo, como por exemplo, o Kindle (Amazon) e o Lev (Saraiva). Esses suportes acabam imitando a leitura em papel físico e são criados exclusivamente para esse fim.

O fato de esses aparelhos possuírem outras funcionalidades, como marcadores, iluminação de texto, espaçamento, por exemplo, são apenas recursos acessórios que permitem o alcance da atividade fim que é a leitura. Vivemos um momento de inovações tecnológicas e as normas precisam se adequar a essa realidade.

Não restam dúvidas, portanto, que o relator buscou ampliar o sentido da norma em tela, a fim de que o “livro eletrônico” fosse abarcado pela imunidade. Aqui, então, nos deparamos com a indiscutível ideia de que a textura aberta também alcança o direito.

Foi necessário o surgimento do caso extraordinário “livro eletrônico” para que a regra constitucional passasse a ser tida como imprecisa. Torna-se claro o motivo pelo qual as normas não conseguem alcançar casos até então não regulados, é a própria existência do fenômeno inevitável da textura aberta.

O direito não é capaz de regulamentar tudo. Os operadores do direito constantemente se deparam com casos desprovidos de solução. Os conceitos de vagueza, textura aberta e indeterminação estudados por Hart auxiliam na compreensão dos limites normativos do direito diante dos chamados casos difíceis, nos quais o julgador acaba tendo que decidir quanto ao âmbito de aplicabilidade de uma determinada regra.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 19-20.

O caso do “livro eletrônico” é apenas um exemplo de como as regras podem se revelar imprecisas, de modo que não estão imunes aos problemas inerentes à linguagem. Caberá ao julgador, portanto, aplicar a norma ao caso concreto levando em consideração o vale das imprecisões da linguagem jurídica. Eis aqui a importância do estudo da linguagem para os juristas.

CONCLUSÃO

Não serei o poeta de um mundo caduco./Também não cantarei o mundo futuro./Estou preso à vida e olho meus companheiros./Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças./Entre eles, considero a enorme realidade./O presente é tão grande, não nos afastemos./Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas./Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,/não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da janela,/não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,/não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins./O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes,/a vida presente⁵⁹.

O presente trabalho discorreu acerca da influência do fenômeno da textura aberta no direito. Buscou-se demonstrar que conceitos como vagueza, textura aberta e indeterminação estudados por Hart auxiliam na compreensão de que nem sempre o direito pode fornecer uma única resposta correta para todos os casos que possam surgir no âmbito jurídico. Desse modo, em casos tidos como claros o julgador facilmente aplicará a regra, mas em casos difíceis haverá a necessidade do exercício da discricionariedade.

Hart trouxe a noção de que o direito é afetado pela textura aberta, sendo esta consequência direta das imprecisões de nossa linguagem. Nesse sentido, demonstrou-se necessário o retorno as concepções desenvolvidas por Waismann e Wittgenstein. Com o primeiro autor analisamos a noção de que a textura aberta da linguagem é uma propriedade de conceitos empíricos, sendo consequência da incompletude de nossas descrições empíricas. Desse modo, a potencial vagueza dos conceitos empíricos revela a indiscutível presença da textura aberta. Waismann aduz que a própria textura aberta dos nossos conceitos empíricos faz com que eles sempre apresentem a possibilidade de serem vagos diante da existência de um caso extraordinário e até então não previsto.

Em Wittgenstein encontramos as noções de “jogos de linguagem” e “semelhança de família” que objetivavam explicar a linguagem. Não é possível estabelecer uma única característica de um jogo. Assim como a linguagem, o jogo apresenta um conceito com contornos imprecisos e quando existem semelhanças entre os jogos teremos o que Wittgenstein denominou como semelhança de família. Tanto Waismann quanto Wittgenstein preceituam que nossos conceitos não são taxativos e que ao longo do tempo necessitam de reformulação. Afinal, a linguagem não abriga todas as possibilidades.

⁵⁹ ANDRADE, Carlos Drummond de. **Mãos dadas**. Disponível em: <https://pensador.uol.com.br/maos_dadas/>. Acessado em: 28 maio 2017.

Vimos que Hart foi o responsável por introduzir o estudo da textura aberta da linguagem na teoria do direito. De acordo com esse autor, as normas são potencialmente vagas, podendo se revelar imprecisas diante de casos até então não previstos pelo legislador. Na dinâmica de que a regra não pode tudo, mas também não pode ser deixada de lado, quando surgem casos que caem na zona de penumbra das regras caberá ao intérprete escolher dentre as possibilidades por meio da discricionariedade. Assim, o intérprete acaba tornando a regra mais precisa, aumentando o seu campo de aplicabilidade para abarcar casos futuros.

Segundo Hart a textura aberta é algo ao mesmo tempo inevitável e desejável para o direito. O maior mérito da teoria desse autor foi associar a textura aberta no direito como o “caminho do meio” entre os excessos do formalismo e do realismo. A teoria de Hart busca suprir as deficiências dos extremos em que a regra é tudo e a regra não serve para nada.

Nesse contexto, o presente trabalho buscou apontar as principais características do formalismo e do realismo jurídico, bem como os efeitos positivos e negativos da textura aberta para o direito. Dentre os efeitos positivos, mencionamos que embora em um primeiro momento a noção da textura aberta venha apresentar risco aos princípios ligados a previsibilidade e a segurança jurídica, o fato de refletirmos acerca da previsão e certeza de nossos conceitos pode mudar a maneira como lidamos e enxergamos o direito.

O rigor absoluto das regras é algo impossível de ser obtido. As regras devem ser vivas e acompanhar os anseios da atualidade. É justamente nesse sentido que Hart aduz que a existência do fenômeno da textura aberta é algo desejável para o direito. Há que se considerar que somos humanos e não deuses. De todas as coisas, uma é certa: as regras não podem prever o limite de sua própria aplicabilidade. Não temos como prever todas as situações em que as regras serão aplicadas.

O fato de que na maioria dos casos o julgador facilmente aplicará a norma ao caso concreto não nos permite ignorar a existência dos casos de penumbra, ou seja, dos casos que caem na zona fronteira das regras. É a existência do caso rotulado como “inusitado” ou “extraordinário”, até então não previsto pela linguagem jurídica, que torna a textura aberta um fator positivo. Aqui, o julgador irá se deparar com a seguinte dúvida: “estendo o âmbito de

aplicabilidade da regra para incluir o caso inusitado ou não?”. Juristas frequentemente acabam lidando com tais questões.

O nobre sonho dos formalistas acredita na aplicação mecânica das regras apenas. Tido como um dos vícios da teoria do direito, o formalismo não acredita na necessidade de escolha, ou seja, no exercício da discricionariedade pelo julgador ao se deparar com o caso inusitado. Não há que se falar em caso de penumbra e as normas acabam tendo o seu sentido engessado. O direito seria um sistema fechado, devendo ao julgador somente identificar a lei mais adequada ao caso concreto. O que acaba acontecendo, na verdade, é que os formalistas constroem o nobre sonho com base em uma visão ilusória da realidade jurídica ao desconsiderarem as imprevisibilidades da vida humana.

Como exhaustivamente destacamos, o exercício da discricionariedade em razão do surgimento de um caso extraordinário não deve ser confundido jamais com a arbitrariedade. Nessa linha, abordamos os efeitos negativos da textura aberta e o extremo do realismo jurídico. Denominado por Hart como o pesadelo, não é raro nos depararmos com os vestígios do realismo no campo jurídico.

O realismo jurídico desconsidera a importância das regras na tomada de decisões, sendo o direito aquilo que os juízes decidem. Na analogia do jogo “discricionariedade do juiz” as regras básicas do jogo não seriam respeitadas e a palavra final seria a do árbitro. Trazendo essa analogia para o direito, encontramos a figura de um juiz que não considera a importância das regras e que detém um poder discricionário absoluto para todos os casos que possam surgir no âmbito jurídico, claros ou difíceis.

O que Hart busca evidenciar é que toda regra tem um núcleo de significado determinado. Dessa forma, ainda que a textura aberta exista, o juiz estará vinculado a esse núcleo, não podendo se distanciar dele. Segundo os realistas, todos os casos são inusitados, fronteirços, e não existem casos claros. Os realistas saíram do “paraíso conceitual” das normas dos formalistas para um mundo cético quanto à importância das regras.

Partindo então de uma perspectiva realista, se casos claros não existem caberá ao julgador interpretar todos os casos que venham surgir no direito. É uma postura que enxerga o direito como sendo exageradamente indeterminado. Assim, o direito é aquilo que os juízes

decidem e cada ato decisório é um ato de criação do direito. O que Hart busca destacar é que a indeterminação existe, mas ela não é radical como no pesadelo dos realistas. Afinal, casos claros existem e para eles caberá apenas a aplicação da norma.

A textura aberta da linguagem é o caminho do meio entre o nobre sonho e o pesadelo. Nesse sentido, encontramos a figura de um juiz que não é apenas a boca da lei como no extremo do formalismo, mas também não é aquele que a cada decisão cria o direito, o infalível. A textura aberta habita entre esses excessos: para casos claros, o juiz declara o direito e, em casos difíceis, desempenha um trabalho interpretativo. De acordo com Hart, na prática, ora os juízes adotam uma postura formalista, ora adotam uma postura realista.

Partindo de uma concepção de que os operadores do direito frequentemente lidam com técnicas e regras interpretativas, atentamos para a importância do estudo da linguagem na prática jurídica. A própria textura aberta acaba colocando os juízes em um campo aberto, uma vez que algumas regras podem se tornar imprecisas e vagas. Nessa linha, propiciou-se o desenvolvimento de técnicas e regras de interpretação.

Objetivando propiciar maior concretude ao tema abordado, atentamos-nos para a análise do Recurso Extraordinário nº. 330.817/RJ em que se discutiu acerca da possibilidade de concessão da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d” da CF aos livros eletrônicos. No caso em análise temos um claro exemplo de que as normas podem se revelar imprecisas ao longo do tempo.

Da simples leitura da norma constitucional, depreende-se que a imunidade até então prevista era apenas para o “livro”. Coube ao Supremo Tribunal Federal decidir se o “livro eletrônico” também gozaria de tal imunidade. Aqui, encontramos algo bem semelhante com o famoso caso de Hart da regra “É proibida a entrada de veículos no parque”. O “livro eletrônico” acabou caindo na zona de penumbra da norma constitucional que concedia imunidade ao “livro”. Assim, o Supremo decidiu que o conceito de “livro” não era exaustivo e que o papel fundamental do julgador seria o de resgatar a finalidade da norma. Logo, não apenas o livro eletrônico, mas também os suportes utilizados exclusivamente para fixá-los gozariam da imunidade tributária, uma vez que o principal objetivo da norma seria o de disseminar a cultura, algo que o livro eletrônico claramente também atende. Destacamos,

portanto, a importância do estudo da linguagem para os juristas, uma vez que não estamos imunes aos problemas inevitáveis da própria linguagem.

Na sessão de julgamento do RE nº. 330.817, que ocorreu em conjunto com o RE nº 595.676⁶⁰, os ministros entenderam que a constituição, como documento vivo, acaba sofrendo os impactos da realidade. A interpretação das normas precisa acompanhar a mudança do mundo. Ampliar o âmbito de aplicabilidade da norma a fim de abarcar o livro eletrônico seria preservar o bem jurídico tutelado, que é a própria circulação de ideias e a liberdade de expressão.

Desse modo, o papel do jurista é manter a constituição viva. Ao proferir seu voto, a ministra Cármen Lúcia aduziu: “[...] ou interpretamos a Constituição Federal de acordo com as finalidades e os objetivos pelos quais ela se impõe ou a sociedade viverá sem ela”⁶¹. Como nas palavras de Drummond, há que se considerar que: “O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente”⁶².

⁶⁰ O RE nº 595.676 foi interposto pela União em face de acórdão do TRF da 2ª Região que garantiu à Nova Lente Editora Ltda. imunidade tributária em relação a importação de fascículos compostos pela parte impressa e pelo material demonstrativo. O ministro Marco Aurélio, relator, votou pelo desprovimento do recurso entendendo que a imunidade constitucional do artigo 150, VI, “d” da CF abrange também peças e componentes que são utilizados como material didático de publicações

⁶¹ BRASIL. *Op. Cit, Loc. Cit.*

⁶² ANDRADE, Carlos Drummond de. *Op. Cit, Loc. Cit.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Mãos dadas**. Disponível em: <https://pensador.uol.com.br/maos_dadas/>. Acessado em: 28 maio 2017.

ÁVILA, Humberto. **Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 21, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. **Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 08.03.2017. DJE nº 47, divulgado em 10.03.2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1984213&numeroProcesso=330817&classeProcesso=RE&numeroTema=593>>. Acesso em 21 maio 2017.

CARRIÓ, Genaro R.. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 62. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/145194077/Genaro-R-Carrio-Notas-sobre-derecho-y-lenguaje-Abeledo-Perrot-1986>>. Acesso em: 02 junho 2017.

HART, Herbet. **O conceito de direito**. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Ensaio 4: A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: O pesadelo e o nobre sonho. **Ensaio sobre a teoria do direito e filosofia**. Tradução: José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica: Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito tributário e a linguagem: (ainda) algumas considerações acerca da impossibilidade da tipicidade tributária fechada. *In: Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 66, 2011*. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1f3b36dd-29f9-40d3-9aaa-823d160cfa58&groupId=132971>. Acessado em: 28 maio 2017.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Indeterminação e objetividade Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

_____. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Tese de Doutorado apresentada na PUC-RIO. Rio de Janeiro, 2005.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. Direito e Linguagem: aspectos filosóficos. *In*: SILVEIRA, Sonia Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali; VIEIRA, Amitza Torres (Orgs.). **Linguística aplicada em contextos legais.** Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

_____. **Dicionário de teoria e filosofia do direito. Verbetes sobre realismo jurídico.** Coordenação: Travessoni, A. Rio de Janeiro: LTr, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/18143107/Realismo_Jurídico_Verbete>. Acesso em: 12 maio de 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas.** Traduzido por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005.