

A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA ATUALIZAÇÃO DO DIREITO: A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO MEIO DE ADAPTAR O DIREITO ÀS CONSTANTES MUDANÇAS SOCIAIS DA ATUALIDADE

Renato Bulbarelli Valentini¹

RESUMO: O presente artigo possui como principal objetivo demonstrar que, dentre as muitas formas de atualização do sistema jurídico, de modo a comportar situações inicialmente não regulamentadas, a interpretação dos princípios constitucionais representa um mecanismo que, ao mesmo tempo, possibilita que o direito forneça soluções às expectativas sociais cada vez mais complexas da pós-modernidade, e mantenha sua identidade e funcionamento enquanto sistema operativamente fechado e autopoiético. Para isso, o artigo inicia seu percurso introduzindo noções básicas acerca do conceito de sistema, a fim de qualificar o ordenamento jurídico brasileiro como um subsistema em relação ao sistema social. Em seguida, explora-se a ideia de complexificação da sociedade a partir da teoria da mídia, com o intuito de apresentar o problema a ser resolvido por meio da interpretação dos princípios constitucionais: fornecer soluções jurídicas coerentes a uma sociedade cada vez mais complexa. Como forma de atingir esse objetivo, utiliza-se a ideia de interpretação como produção fundamentada de texto para demonstrar de que modo normas dotadas de abertura semântica – como os princípios constitucionais – podem, quando corretamente interpretadas, abranger o âmbito de atuação do sistema jurídico positivo, fazendo com que sua capacidade de processamento de expectativas normativas se alargue e, com isso, torne-se cada vez mais apto a processar a crescente complexidade social. Ao final, utiliza-se como exemplo o abrangimento do campo de incidência do princípio republicano, a partir da interpretação do STF, como forma de comprovar a hipótese inicial.

972

Palavras-chave: Sistema. Princípios. Constituição. Interpretação. Complexidade. Normas. Ordenamento.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to demonstrate that, among the many ways in which the legal system can be updated to accommodate situations initially unregulated, the interpretation of constitutional principles represents a mechanism that, at the same time, enables law to provide solutions to the increasingly complex social expectations of post-modernity, while maintaining its identity and still functioning as an operatively closed and autopoietic system. To this end, the article begins by introducing basic notions about the concept of a system, in order to qualify the Brazilian legal system as a subsystem of the social system. It then explores the idea of the complexification of society based on media theory, in order to present the problem to be solved through the interpretation of constitutional principles: providing coherent legal solutions to an increasingly complex society. As a way of achieving this goal, the idea of interpretation as the legal based text production is used to demonstrate how norms endowed with semantic openness - such as constitutional principles - can, when correctly interpreted, encompass the scope of action of the legal-positive system, expanding its capacity for processing normative expectations and thus making it increasingly able to process growing social complexity. Finally, an example is given of the scope of the *republican principle*, based on the interpretation of the Supreme Court, as a way of proving the initial hypothesis.

Keywords: System. Principles. Constitution. Interpretation. Complexity. Norms. Legal system.

¹Mestrando em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo es demostrar que, entre las muchas formas en que el sistema jurídico puede actualizarse para dar cabida a situaciones que inicialmente no estaban reguladas, la interpretación de los principios constitucionales representa un mecanismo que permite tanto al derecho proporcionar soluciones a las expectativas sociales cada vez más complejas de la posmodernidad, como mantener su identidad y funcionamiento como un sistema operativamente cerrado y autopoietico. Para ello, el artículo comienza introduciendo nociones básicas sobre el concepto de sistema, con el fin de calificar al sistema jurídico brasileño como un subsistema en relación con el sistema social. A continuación, explora la idea de la complejización de la sociedad a partir de la teoría de los medios de comunicación, con el objetivo de presentar el problema a resolver a través de la interpretación de los principios constitucionales: proporcionar soluciones jurídicas coherentes a una sociedad cada vez más compleja. Como forma de alcanzar este objetivo, se utiliza la idea de interpretación como producción razonada de textos para demostrar cómo normas dotadas de apertura semántica -como los principios constitucionales- pueden, si se las interpreta correctamente, abarcar el ámbito de actuación del ordenamiento jurídico positivo, haciendo que su capacidad de procesamiento de expectativas normativas se amplíe y, con ello, sea cada vez más capaz de procesar la creciente complejidad social. Por último, se ofrece un ejemplo del alcance del principio republicano, basado en la interpretación del Supremo Tribunal Federal brasileño, como forma de demostrar la hipótesis inicial.

Palabras clave: Sistema. Principios. Constitución. Interpretación. Complejidad. Normas.

I. INTRODUÇÃO

Operar o direito é uma atividade que pressupõe, intrinsecamente, o ato de interpretar. Todo operador do direito é, concomitantemente, um intérprete, que se propõe a encontrar soluções jurídicas a situações sociais cada vez mais complexas e diversificadas.

O ato de interpretar possui uma infinidade de acepções; pode ser definido de diversas maneiras e empregado em contextos também diversos. De todo modo, seja qual for a acepção adotada para definir a atividade interpretativa, é inescapável seu entrelaçamento com a prática jurídica, de modo que a segunda não subsiste desacompanhada da primeira. Por isso, pode-se afirmar, com certa segurança, que o avanço da teoria e prática jurídica pressupõe o avanço na ideia de interpretação.

Conforme são desenvolvidas teorias acerca do direito e, na medida em que a aplicação do direito ganha novos desenhos buscando acompanhar a erupção de situações sociais ainda desregulamentadas e cada vez mais complexas, também se altera, concomitantemente, o significado de *interpretar o direito*.

Nesse contexto, o direito passa a reclamar por uma concepção de interpretação que lhe permita cumprir sua função regulamentadora da sociedade, a despeito da crescente complexidade e fragmentação social. Afinal, em um cenário social marcado por alta mutabilidade, por sua vez oriunda de um contexto no qual a comunicação transpassa cada vez mais fronteiras, tornando o conhecimento cada vez mais difundido, revela-se a impossibilidade

de conceber o direito como a fonte de todas as respostas para os conflitos da sociedade.

Na atual e hiper-complexa sociedade, passou-se a exigir do sistema jurídico instituído não mais as respostas a todos os anseios sociais, mas a capacidade de processar tais anseios que surgem socialmente para, em segundo momento, formular possíveis soluções de forma coerente com o espírito do sistema jurídico-positivo já instituído. Ou seja, o desafio do operador do direito - que é, necessariamente, também seu intérprete - passou a ser o de solucionar conflitos sociais ainda não regulamentados, a partir de mecanismos pré-estabelecidos pelo direito positivo.

Surge, desse modo, a seguinte pergunta: como é possível dotar o direito de ferramentas capazes de produzir tais respostas para questões carentes de regulamentação? Noutras palavras, como o sistema jurídico *se atualiza* para acompanhar o aumento da complexidade social?

O presente artigo visa demonstrar que uma das possíveis saídas para esse problema, sob a perspectiva da teoria dos sistemas, reside, justamente, na interpretação. Mais especificamente, na interpretação dos princípios constitucionais que representam o âmago da Carta Maior.

Assim, analisando o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema operacionalmente fechado - e que segue operacionalmente fechado apesar do aumento de complexidade social - mas cognitivamente aberto, de modo a permitir a entrada seletiva de determinados valores no sistema jurídico, sustenta-se que os princípios do direito representam os pontos de respiro do sistema operacionalmente fechado, tornando-o, cada vez mais, cognitivamente aberto. Por essa abertura, o direito pode captar os anseios sociais por meio da interpretação dos princípios, fazendo uso de mecanismos estipulados pelo próprio direito para adaptar soluções existentes e destiná-las a situações ainda carentes de regulamentação.

974

Com o avanço da comunicação e consequente difusão do conhecimento, o direito não mais pode ser concebido como uma fonte universal de respostas predefinidas aos anseios sociais. Ao invés disso, o direito deve instituir mecanismos que permitam processar tais anseios por meio de procedimentos próprios e coerentes, que permitam a criação de soluções jurídicas capazes de regulamentar as novas situações sociais, sem que, com isso, violem-se normas jurídicas já estabelecidas ou criem-se contradições em relação ao conjunto normativo já positivado.

Nesse contexto, como forma de demonstrar a possibilidade de atualização do sistema jurídico por meio da interpretação dos princípios, o presente artigo percorrerá quatro temas principais: (i) o direito como sistema e as principais características que permitem assim qualificá-lo; (ii) a complexificação da sociedade e as mudanças necessárias ao sistema para que

ele possa seguir desempenhando sua função estabilizadora; (iii) como a interpretação dos princípios constitucionais pode representar uma ferramenta para a concretização das adaptações do sistema; e (iv) como a interpretação do Supremo tribunal Federal acerca do princípio republicano comprova a hipótese levantada.

2. Direito como sistema: premissas do funcionamento do sistema jurídico

A concepção de direito como sistema, há alguns anos, se encontra bastante difundida na doutrina, representando ideia de larga aceitação pela comunidade jurídica. Há, contudo, certa divergência acerca do que se pode conceber como *sistema*, tratando-se, afinal, de termo de veras polissêmico. Além disso, para que a qualificação do direito como sistema se justifique, é necessário apontar os alicerces que permitem essa conceituação.

Inicia-se, pois, pela definição daquilo que se entende, no presente artigo, por *sistema*, valendo-se, como ponto de partida, do conceito edificado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., segundo o qual a ideia de sistema alude, em sua conceituação mais geral, a uma totalidade construída, composta por várias partes, à qual se agrega um sentido específico de *ordem*, de *organização*. Seria, portanto, uma *totalidade bem ordenada*².

No caso do direito positivo, a totalidade ordenada se constrói por meio das normas que compõem o sistema jurídico, configurando-se, assim, um sistema de proposições normativas³. A origem do sistema, justamente por se tratar de um sistema fundamentalmente normativo, não poderia ser outra senão a própria norma, ainda que concebida de forma hipotética, a partir da qual serão criadas e reproduzidas as demais normas jurídicas que passarão, uma vez ordenadas, a compor o sistema.

Percebe-se, desse modo, que o sistema tem sua gênese, segundo Lourival Vilanova, ali onde um determinado suporte factual for elevado a condição de fato jurídico fundamental, capaz de condicionar a proposição jurídica fundamental que, por sua vez, condicionará a formação das demais normas⁴, permitindo a reprodução e o alargamento do sistema. Dessa ideia decorre que se chama de *princípio da continuidade normativa*: o sistema consta de proposições normativas, e uma proposição normativa possui sua origem em outra proposição normativa. Assim, uma proposição só pertencerá ao sistema se for possível reproduzi-la à proposição fundamental do

²FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

³VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 163.

⁴Ibidem, p. 164.

próprio sistema⁵.

Tais afirmações são fundadas nas considerações de Hans Kelsen acerca do sistema jurídico, para o qual o direito positivo pode ser considerado como um sistema de normas gerais e individuais, ligadas entre si pelo fato de que a criação de toda e qualquer norma que pertence a esse sistema é determinada por uma outra norma já a ele pertencente⁶. Sob essa concepção, o direito apenas pode ser produzido por meio de prescrições de normas que já restavam produzidas pelo sistema jurídico, e que são por esse sistema autorizadas a deflagrar a produção de mais e mais normas. Ou seja, o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras de formação e transformação de suas próprias proposições⁷.

Por isso, a própria aplicação do direito configura-se como modo de produção jurídica, na medida em que é a partir da aplicação das normas estruturantes, que delimitam a criação de outras normas, que se permite a produção do direito posto⁸.

Analisando, sob tais aspectos, a gênese do sistema jurídico, é possível identificar que o direito se configura, na verdade, sob a forma de um *subsistema*, visto que é a partir de um fato social elevado à condição de fato jurídico que se constrói a proposição normativa fundamental que permitirá a reprodução das demais proposições. Fica claro, portanto, que o direito é apenas um dos muitos subsistemas inseridos no contexto do macrosistema social.⁹

976

Como sistema interno à sociedade, que visa fornecer determinadas consequências à fatos sociais por meio da transformação de tais fatos em *fatos jurídicos*¹⁰, o direito tem na sociedade seu “ambiente”. Como será demonstrado adiante, o ambiente social configura, ele mesmo, um sistema altamente complexo, o que obriga o sistema jurídico, sob pena de comprometer sua funcionalidade, a fazer referência a si mesmo, a constituir uma autonomia que lhe é própria, a socorrer-se de um código próprio e estabelecer um filtro altamente seletivo, cuja ampliação

⁵ Ibidem, p. 164.

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 260.

⁷ Villanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 164.

⁸ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 260.

⁹ Tomé, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2016, capítulo 2.

¹⁰ Segundo o Professor Lourival Vilanova, há no universo do direito fatos e normas. Os fatos naturais são aqueles que se ligam mediante a relação de causalidade natural a outros fatos naturais. Contudo, tal espécie de fato não se liga apenas a fatos naturais, mas também a outros, com efeitos não naturais - efeitos postos e mantidos por normas. Por isso, fala-se que a norma do direito executa a chamada *causalidade jurídica*, estabelecendo relações de causalidade que, sem ela, norma, não existiriam. A norma, nesse contexto, recebe a causalidade, que lhe dá relevância jurídica, ou seja, liga-a a efeitos que apenas existem no mundo do direito. Por isso, fala-se em causalidade jurídica como uma causalidade intra-sistêmica e deonticamente firmada - dado determinado fato jurídico, dentro do sistema, *deve ser* o seu efeito. Cf: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed., p. 123.

demasiada poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas¹¹.

Por esse motivo, Niklas Luhmann argumenta, com absoluta destreza, que a construção da complexidade própria a um sistema seria possível apenas com base em um *fechamento operativo*, não raras vezes formulado como condição para extrair “ordem do ruído”¹² ou, em outras palavras, descartar do ambiente aquilo que excede as informações necessárias para a produção das operações fundamentais do sistema.

O que difere o *sistema* do *ambiente*, segundo Luhmann, seria justamente o fato de que o sistema é operativamente fechado: se fia em sua própria rede de operações para a produção de cada vez mais operações e, nesse sentido, reproduz-se¹³. Desse modo, o sistema apenas pode se reproduzir, realizar suas operações, caso remonte constantemente a suas operações anteriores.

Daí a possibilidade de qualificar o sistema do direito como *autopoiético*, ou seja, cuja constituição, em suas operações mais elementares, se dá necessariamente de modo autorreferencial¹⁴. Todas as operações realizadas pelo sistema devem, desse modo, fazer referência tão somente ao código que qualifica tais operações como “operações daquele sistema”. Trata-se, portanto, de um conjunto de operações *autoproduzidas*, que condicionam tanto as operações seguintes quanto a formação das próprias estruturas do sistema. Por esse motivo, não há, no sistema do direito, diferença essencial entre operação e estrutura¹⁵.

977

Também por isso, retoma-se a ideia de sistema operativamente fechado para explicitar que normas alheias ao sistema do direito, ou seja, produzidas por meio de um outro programa, não podem receber a qualidade de comunicações dentro do sistema. Para Luhmann, comunicações referentes ao direito têm, na condição de operações do sistema do direito, sempre uma dupla função: fatores de produção e mantenedores de estruturas. Elas pressupõem condições de associação para outras operações e, assim, confirmam ou modificam as limitações (estruturas) significativas para a realização das operações. Nessa medida, Luhmann caracteriza os sistemas autopoiéticos como sistemas históricos, visto que partem do estado imediatamente anterior que eles próprios (sistemas) criaram¹⁶.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016, edição eletrônica, p. 20.

¹² LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016, edição eletrônica, p. 35

¹³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016, edição eletrônica, p. 36.

¹⁴ Ibidem, p. 36.

¹⁵ Ibidem, p. 40.

¹⁶ Ibidem, p. 40.

Uma ressalva, contudo, é imprescindível para a concepção de sistema ora reproduzida: por mais que operativamente fechado, o sistema não pode ser concebido como *isolado*. Afinal, a autopoiese ou mesmo o fechamento não impedem que se criem relações causais entre o sistema e o ambiente, até porque, segundo Luhmann, interdependências do tipo causal são estruturalmente necessárias para o sistema¹⁷.

Com isso, uma segunda característica igualmente inerente ao sistema do direito se revela, ao analisar-se o fato de que, apesar de produzir suas operações de modo autorreferencial, tal produção apenas ocorre a partir da posição de heterorreferência que o sistema adota em relação ao seu ambiente¹⁸. Dito de outro modo, o direito institui um modo de produção autorreferencial que qualifica os componentes do sistema. Ao mesmo tempo, desqualifica como pertencente do sistema tudo aquilo que não respeita tal processo de produção.

Por isso, é justamente com base em seu fechamento normativo que o direito se abre aos acontecimentos do ambiente. Os fatos sociais (acontecimentos traduzidos em linguagem) somente obtêm valor de informação para o sistema a partir do que ele mesmo (sistema) delimita, ou seja, quando traduzidos pela linguagem (ou código) que caracteriza o sistema como “jurídico”.

Em suma, até que a determinado fato seja atribuída uma consequência jurídica, ou seja, enquanto o fato social não ocupar a posição de hipótese juridicamente qualificada, ele não fará parte do sistema. E é somente por meio de normas pré-estabelecidas pelo próprio sistema que será possível atribuir tais consequências jurídicas aos fatos, estabelecendo o que Lourival Vilanova denomina *causalidade jurídica*¹⁹.

978

3. Função do sistema jurídico e a crescente dificuldade em exercê-la na crescente complexificação da sociedade

A partir da qualificação do direito como sistema, feita nos moldes ora delimitados, é possível não apenas identificar a estrutura fundamental do ordenamento jurídico, ou mesmo seu funcionamento, mas também sua *função*. Afinal, ainda com base nos ensinamentos de Niklas Luhmann, todo sistema – entre os quais, como se viu, se inclui o direito – possui não apenas uma estrutura definida, mas também uma função estipulada. Função essa que, no caso do direito, traduz-se na *estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações*

¹⁷ Ibidem, p. 36.

¹⁸ Ibidem, p. 69.

¹⁹ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed., p. 61.

*temporais, objetivas e sociais*²⁰. Por meio do direito, seria possível, portanto, saber quais expectativas encontrarão aprovação social, e quais delas serão socialmente reprovadas.

Para exercer essa função, o sistema do direito deve, como demonstrado, ser cognitivamente aberto, de modo a processar mensagens externas a partir de seus critérios particulares, tornando-as mensagens jurídicas. Para isso, o direito adota um código valorativo binário dividido em lícito e ilícito, o que permite manter sua identidade apesar da entrada de outras mensagens no sistema²¹. Isso porque, as mensagens advindas do ambiente são todas processadas pelo sistemado direito e, assim, são reduzidas ao lícito e ao ilícito. Desse modo, os fatores internos apenas se incluem na reprodução do sistema jurídico se e quando há uma conversão discursiva de acordo com a codificação específica do sistema.²²

Tal processo é operacionalizado por meio do que se denomina duplo ingresso: o sistema jurídico se abre ao ambiente para buscar a comunicação que deseja disciplinar para, depois, trazê-la de volta ao interior do sistema a fim de processá-la segundo o código lícito/ilícito.²³ Desse modo, o sistema funciona como um espaço reservado para o processo de uma delimitação contínua entre o interior de um sistema e o exterior do seu respectivo ambiente.²⁴

Ocorre que, como é fácil imaginar, a complexificação do ambiente resulta na crescente dificuldade de processar as mensagens por ele emitidas e, conseqüentemente, codificá-las, permitindo seu acesso ao sistema. Assim, com a crescente complexidade da sociedade, a função estabilizadora do direito se torna, por consequência, cada vez mais difícil.

Thomaz Vesting, em estudo fundamental edificado a partir da aplicação da teoria da mídia ao direito, traduz com peculiar clareza a direta relação que se estabelece entre a complexificação social e a mudança de concepção acerca da função e da forma de operação do direito.

Segundo ele, a nova cultura das redes introduz a transição para uma nova situação epistemológica pós-ontológica, pós-metafísica e pós-moderna, em que a realidade já não pode ser concebida como uma estrutura solidamente ligada a um único fundamento²⁵.

Nesse contexto, o conhecimento não se desintegra simplesmente em pedaços que funcionariam de forma totalmente independente e sem pontos de contato entre si. A antiga

²⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016, edição eletrônica, p. 104.

²¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2016, capítulo 2.

²² TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2016, capítulo 2.

²³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2016, capítulo 2.

²⁴ VESTING, Thomas. *Legal Theory and the Media of Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, p. 8.

²⁵ Ibidem, p. 25.

unidade do conhecimento perdeu-se na medida em que o conhecimento se tornou policontextual, e aparece agora como "unidade" apenas sob a forma de combinações temporárias de fragmentos desconhecimento reunidos sob a espécie de teias. Assim, uma organização vertical do conhecimento, relativamente estável ao longo do tempo e que se pretende conclusiva e completa, foi substituída por uma dinâmica também autorreferencial de geração combinatória de conhecimento, uma rede fluida de conhecimento criada a partir do próprio conhecimento²⁶.

A teoria já não é deduzida de um princípio (um começo, uma origem, um fundamento final), mas é obtida por meio da combinação de uma multiplicidade de "pedaços teóricos" e condensada na mais consistente rede de diferenças possível por meio de testes, ajustes e rearranjos constantes. Na era pós-moderna, impera a forma de "pensamento em rede" que constrói os seus próprios textos em torno de distinções contínuas e de relações ramificadas com intercâmbios abertos, formando-se a "rede" particularmente caracterizada pelo fato de que sua riqueza de informação e capacidade de aprendizagem não são conclusivamente determinadas pelos seus pressupostos e distinções iniciais²⁷. O conhecimento tornou-se, de fato, emancipado da ideia de uma origem instituída, sendo gerado das mais diversas fontes.

Tais mudanças profundas, por óbvio, devem agora servir de modelo também para a 980
teoria jurídica.

Na teoria dos sistemas, o conceito de sistema funciona não como uma cifra para uma unidade superior de fenômenos concretos que localiza a verdade no todo, mas, como vimos, na forma de um espaço reservado para o processo de uma delimitação contínua entre o interior de um sistema e o exterior do seu respectivo ambiente.²⁸

Os sistemas de comunicação social – neles incluído o direito – são autopoieticos no sentido em que constroem invariantes de significado na prática das comunicações e das comunidades de fala por meio de frequências de repetição correspondentes (redundâncias) e são depois capazes de estabilizar essas invariantes para uso posterior como "valores intrínsecos".

Isso, segundo Vesting, desloca a ênfase do conceito de cognição e conhecimento ainda mais na direção da cultura e dos meios de comunicação, e liga o conhecimento subjetivo em geral à emergência de um "sistema cognitivo-cultural". Com isso, qualquer ordem cultural deve

²⁶ Ibidem, p. 25.

²⁷ VESTING, Thomas. *Legal Theory and the Media of Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, p. 8.

²⁸ Ibidem, p. 10.

ser concebida como uma gigantesca teia cognitiva, que define e restringe os parâmetros da memória, do conhecimento e do pensamento dos seus membros, quer como indivíduos, quer como grupo.²⁹

O conhecimento passou, assim, a ser entendido como algo que é mediado por grupos ou organizações, ligado à rede de comunicações impessoal e altamente agregada do mercado, em vez de ser reunido num sujeito pessoal supostamente dotado de conhecimento superior. A aplicação da ideia de *denetwork* à compreensão da tessitura social não mais permite conceber a realidade como uma estrutura sólida e firmada em fundamentos únicos³⁰.

A partir da tomada de consciência acerca da fragmentação da sociedade, o conhecimento não mais pode ser, portanto, compreendido de forma unitária, proveniente de uma única fonte ou autoridade, mas sim como produto das constantes inter-relações firmadas entre os fragmentos que compõem a sociedade. O conhecimento se tornou, tal qual a sociedade, mais fluido, policontextual, evidenciando de forma irrefutável a impossibilidade de que a consciência humana apreenda todo o complexo cultural que a integra³¹.

Desse modo, a teorização sobre o mundo se viu obrigada a acompanhar a fragmentação da sociedade, compreendendo as múltiplas relações estabelecidas “em rede”, para que a produção teórica possa se adequar a esse novo cenário de descentralização e constante reorganização do conhecimento³².

981

Cenário diferente não se observa em relação à teoria jurídica. Concebida, ela mesma, como uma teoria do conhecimento e, conseqüentemente, como um produto cultural, a teoria jurídica é igualmente influenciada - ou melhor, revolucionada - pela fragmentação e descentralização do conhecimento.

Suposições anteriormente obtidas por meio de meras operações subsuntivas, realizadas num contexto de estabilidade jurídica, foram absolutamente substituídas pelas incertezas da busca incessante pelo estabelecimento das conexões necessárias para a estruturação do conhecimento.

Para alcançar a capacidade de estabilização social que é esperada de qualquer sistema jurídico, após a revolução gerada pela “sociedade em rede”, a teoria jurídica deve se preocupar não apenas em conceitualizar a densidade e complexidade das ligações formadas entre as

²⁹ Ibidem, p. 14.

³⁰ VESTING, Thomas. *Legal Theory and the Media of Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, p. 19.

³¹ Ibidem, p. 22.

³² Ibidem, p. 22.

diversas posições legais, mas também em definir a “rede” social em contraste à antiga concepção de que o direito poderia fornecer as respostas para toda e qualquer situação.

Sob uma perspectiva da sociedade da mídia, que contrasta com a anterior estabilidade, o direito deve se apropriar da impossibilidade de estabelecer uma ordem jurídica fundada em uma moldura estável, a fim de possibilitar a proceduralização das incessantes modificações sociais. Trata-se de um processo que não mais perpassa a criação de meios de estabilização do direito em si, mas de adequação do direito à instabilidade que passou a ser inerente a qualquer campo teórico, uma vez que indissociável da própria sociedade atual.

Não significa dizer, porém, que os limites para a compreensão do direito desapareceram por completo. Afinal, leis continuam a ser positivadas e fornecem um direcionamento relativamente claro acerca da forma por meio da qual deve ser estruturada a sociedade³³. O direito segue sendo estabelecido num contexto de repetição, conformidade e regularidade, o qual é necessário para que se permita a regulamentação da sociedade. Também por isso, não se perdeu a ideia de sistema operativamente fechado e autopoietico, apesar da pertinente ressalva de Vesting acerca da impossibilidade, considerando o contexto atual, de estabelecer a distinção sistema/ambiente, tal qual pretendida por Luhmann, como fundamento para a organização da teoria jurídica³⁴.

Ainda assim, qualquer sistema legal é intrinsecamente relacionado com tradições legais e jurisprudenciais que direcionam as expectativas jurídicas. A distinção a ser estabelecida reside no fato de que a estabilização buscada pela nova teoria jurídica depende, conforme acima exposto, do processamento da descentralização da sociedade em rede e das convenções sociais que a formam.

O cenário exposto por Vesting é de considerável importância para a continuidade da teoria e prática jurídica, pois evidencia que, caso o direito se mantenha como um sistema rigidamente hierarquizado, acabará solapado pelo avanço da sociedade em rede, na qual as fontes de conhecimento estão em constante profusão e influenciam, cada vez mais, a formação de normas jurídicas.

Assim, ainda que o sistema do direito se mantenha operativamente fechado no sentido de que regula, por meio de suas próprias normas e procedimentos, a entrada de elementos do ambiente em que se situa, a forma de seleção das informações que adentram o sistema se torna

³³ VESTING, Thomas. *Legal Theory and the Media of Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, p. 20.

³⁴ *Ibidem*, p. 20.

cada vez mais difícil. É como se, a todo momento, o ambiente forçasse a entrada de cada vez mais elementos ao sistema, como forma de juridicizar temas e situações em crescente quantidade, diversidade e complexidade.

Nesse momento, cumpre retomar a pergunta fundamental para a qual este artigo pretende fornecer uma possível solução: como o sistema do direito, resguardando o fechamento operativo que o caracteriza e fornece segurança jurídica, pode se abrir à crescente diversidade de demandas da complexa sociedade pós-moderna, a fim de que, mesmo despido da capacidade de fornecer respostas apriorísticas a essas demandas, possa ao menos fornecer um norte sobre como processá-las e criar, assim, soluções em concordância com aquilo que já forma o sistema jurídico?

Tácio Lacerda Gama, em tese de Livre-Docência defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, aponta para a possibilidade de utilizar normas que já estão inseridas no sistema e que, além disso, regulam a formação do próprio direito para dotá-lo de ferramentas aptas a processar a crescente complexidade da sociedade. Trata-se das chamadas *normas de interpretação*³⁵.

Para isso, adota a concepção de que o ato de interpretar significa não apenas a construção de sentido de um determinado texto, mas a efetiva *produção de texto* voltada a fundamentar objetivamente a validade de normas³⁶. Assim, o intérprete, considerado como aquele que efetivamente participa da produção do sistema jurídico, exerce o ato de interpretar ao produzir textualmente novas normas jurídicas, utilizando, para isso, as diretrizes contidas nas normas de interpretação.

Dada a argúcia da tese desenvolvida, o conceito de interpretação como produção fundamentada de texto será também utilizado no presente artigo, a fim de sustentar saída similar àquela defendida pelo Prof. Lacerda Gama ao problema ora proposto. Enquanto, na mencionada tese de Livre-Docência, demonstra-se a possibilidade de atualização do direito por meio de normas de interpretação, o presente artigo sustentará, a seguir, a possibilidade de atualização do sistema jurídico por meio da aplicação de tal conceito de interpretação aos princípios constitucionais.

³⁵ GAMA, Tácio Lacerda. *Normas de interpretação no direito tributário: uma proposta dialógica para interpretação, argumentação e fundamentação na sociedade em rede*. Tese de Livre Docência em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.

³⁶ Ibidem, p. 264.

4. A interpretação de princípios constitucionais como forma de processar a complexificação social

Inicia-se, pois, lembrando o evidente atrelamento do texto constitucional ao tempo histórico ao qual pertence. Não se pode olvidar que há flagrante carga histórica incrustada na letra constitucional, edificada sob as concepções de maior importância no momento de sua positivação, eleitas de modo a elevar os principais anseios sociais do período ao mais alto grau de intocabilidade.

Equivocado seria, porém, imaginar que a Constituição configura apenas um fruto “de seu tempo para seu tempo”. É bem verdade que não se deve ignorar a influência histórica do momento de positivação constitucional. Porém, para que não se baste à tutelar de forma estanque uma sociedade notadamente fluida e mutável, a Carta Maior é dotada de enorme e imprescindível capacidade de transpor as barreiras de seu tempo.

Resta a indagação acerca do modo por meio do qual o texto se desvencilha desse eventual aprisionamento temporal, e se põe a caminhar junto à história. A fim de respondê-la, cumpre rememorar os ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, no tocante aos princípios constitucionais:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas correspondendo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³⁷

984

Depreende-se, pela definição magistral acima, que os princípios reproduzem os alicerces fundamentais da unidade textual formadora da Constituição, configurando o principal ponto de partida para uma interpretação e compreensão coerentes acerca das disposições por eles cerceadas.

Ricardo Marcondes Martins, em estudo destinado a demonstrar, entre outros temas, a evolução jurídica acerca da concepção de princípios, adota outra conotação do termo a fim de evidenciar a função desempenhada pelos princípios ao permitir o acompanhamento, por parte da Constituição Federal, da evolução da sociedade a qual se destina a tutelar:

O texto não fica, pela intensa restrição à competência reformadora, engessado aos novos tempos, porque uma das características dos textos constitucionais é conter um incontável número de princípios expressos e implícitos. Princípios jurídicos são normas acentuadamente abertas à interpretação evolutiva e, por isso, permissivas de

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 958.

mutação constitucional pela interpretação; mutação, essa, suficiente para a atualização e adaptação do texto.³⁸

Enorme é o ganho hermenêutico se analisadas as duas visões acima. Porém, tal análise requer cautela. Afinal, depara-se o hermenauta com uma palavra (princípio) dotada de inegável ambiguidade, a qual não pode ser desconsiderada. Por isso, relembra-se as pertinentes advertências do prof. Ricardo Marcondes, relacionadas a dois pontos fundamentais que devem ser levados em conta ao debruçar-se sobre o tema dos princípios: primeiramente, não se pode desprezar sua ambiguidade ao interpretar os princípios; secundamente, não se pode admitir que os diferentes conceitos acoplados ao termo sejam excludentes entre si³⁹.

Refere-se o professor, ao citar as diferentes acepções de “princípios”, às três fases do conceito na Ciência do Direito. A primeira delas, já superada, seria aquela que utiliza o vocábulo como na linguagem comum, atribuindo-lhe o sentido de início, de origem⁴⁰. Na segunda, demonstrada pelos dizeres acima retratados do prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, os princípios passam a ser encarados como elementos estruturantes, as “vigas mestras” do sistema jurídico⁴². Já na terceira, seriam, os princípios, valores positivados expressa ou implicitamente no sistema normativo, que exercem a função de mandados de otimização no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas⁴³.

Tal ambivalência que reveste os princípios exige que, em sua utilização, não se confundam os sentidos diversos que o termo possui, desde que não sejam suas diferentes acepções tratadas como excludentes. Afinal, negar a segunda fase seria assumir que o conjunto normativo não possui a devida conexão que o torna, de fato, um “ordenamento”, uma vez que desconsiderar-se-iam os alicerces sobre os quais se funda esse sistema⁴⁴, os quais são capazes de aglutinar feixes de normas ao seu redor, atribuindo-lhes seu fundamento constitucional de validade.

Da mesma forma, a negação da terceira fase é igualmente problemática, pois ao

³⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 80.

³⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Direito do Estado, Colunistas. São Paulo, n. 216, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>>. Acesso em: 09 jun. 2024.

⁴⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Direito do Estado, Colunistas. São Paulo, n. 216, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit., p. 958.

⁴² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Op. Cit.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

desconsiderar a capacidade dos princípios de realizarem a otimização da aplicação do direito por meio da ponderação dos valores postos em jogo, resumir-se-ia a prática jurídica à mera subsunção⁴⁵. Cabe, portanto, ao intérprete, a função de esclarecer qual o sentido em que se emprega o vocábulo⁴⁶, a fim de impedir quaisquer incongruências, sem que se percam de vista as possíveis conotações do termo.

Percebe-se, de todo modo, que os princípios podem configurar não apenas o grande vetor interpretativo constitucional, capaz de vincular a todo o processo inteligível de sua normatividade, mas também a porta de entrada do sistema para as insurgentes demandas sociais, permitindo que elas sejam acopladas ao verdadeiro fundamento do texto constitucional. Vale ressaltar que tal recepção de novos valores não se daria de maneira indistinta. Permite-se a inclusão apenas daqueles axiologicamente condizentes com o todo sistemático constitucional, visto que o sistema possui, em razão de seu funcionamento, considerável seletividade.

De modo similar é estabelecida a visão de Carlos Ayres Brito acerca dos princípios constitucionais. Segundo ele, os princípios são capazes de conferir, a todas as demais normas, um sentido de ordem e estrutura, visto que toda a principiologia fundante de uma ordem jurídica se inicia com a Constituição⁴⁷. Porém, em concordância com os dizeres pelo Prof. Ricardo Marcondes⁴⁸, sua função, de acordo com o Ministro Poeta, não se basta a isso.

986

Além de conferir estabilidade à Constituição, operando como fator aglutinador que lhe concede unidade axiológica e material, os princípios exercem a função de atualizar o texto constitucional. Tal ambivalência se dá pelo fato de que os princípios ostentam, em sua própria estrutura, um núcleo e uma periferia⁴⁹. No núcleo, residem os valores que são mais caros ao constituinte e, por isso, vinculam a interpretação de todo o texto de modo a manter intacta a ideologia fundamental da Constituição.

Porém, na periferia, encontra-se a flexibilidade do texto constitucional, sua capacidade adaptativa de se deixar interpretar segundo as necessidades insurgentes no contexto social. Trata-se da forma pela qual a Constituição (e, com ela, todo o sistema que funda) “muda para permanecer idêntica a si mesma⁵⁰”. Ou seja, cristaliza em seus princípios sua principal via interpretativa, para que seu núcleo nunca seja violado pela passagem do tempo, mas permite,

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Cf. AYRES BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 170.

⁴⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. Op. Cit., p. 80.

⁴⁹ Ibidem, p. 171.

⁵⁰ AYRES BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 172.

concomitantemente, que o sistema se adapte às mudanças sociais cada vez mais frequentes com a difusão do conhecimento e da comunicação.

Complementarmente, alerta Flávia Piovesan acerca da necessidade de que se interprete a Constituição por meio, justamente, de seu entendimento enquanto uma unidade formada a partir de uma aglutinação dialética de processos e acontecimentos históricos⁵¹. Segundo ela, princípios são normas dotadas da responsabilidade de apontar um sentido a ser seguido, à medida que consagram valores e vinculam a interpretação constitucional⁵².

A partir dessa ideia, identifica-se na Constituição um texto aberto ao futuro⁵³, cuja abertura é realizada por meio dos princípios que a ela edificam⁵⁴, sem que, para isso, seja perdida ou debilitada a juridicidade de seu texto. Afinal, também os princípios são dotados de normatividade. Vinculam e são vinculados, portanto, pelas operações do sistema que estruturam e no qual se inserem.

Daí a importância da *interpretação* dos princípios constitucionais, segundo a concepção defendida por Tácio Lacerda Gama acerca do ato interpretativo. Produzir texto sobre os princípios, na condição de agente competente, é moldá-los às novas realidades sociais; é utilizar dos valores máximos da constituição para regular situações sem que haja um descolamento daquilo que representa os valores mais caros do ordenamento e, conseqüentemente, do sistema⁵⁵ instituído.

987

Por representarem normas de alta amplitude semântica, por meio da interpretação dos princípios, concebida como a produção de texto fundamentado sobre eles, cria-se novas normas jurídicas positivas que ampliam seu alcance, diversificam sua aplicabilidade, e alargam o âmbito da proteção constitucional para situações inicialmente não previstas sob a forma de novas hipóteses normativas que se inserem no sistema jurídico posto.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

⁵² PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

⁵³ Ibidem, p. 24.

⁵⁴ Carlos Ayres Brito qualifica, dessa forma, os princípios como *janelas abertas ao porvir*, que dotam a constituição de plasticidade para que se adapte à evolução do modo social de conceber e experimentar a vida. Cf. AYRES BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*, Op. Cit., p. 171.

⁵⁵ Tácio Lacerda Gama, em outro trabalho de considerável relevância para a linha teórica adotada neste artigo, sustenta a ideia de que “ordenamento” e “sistema” podem ser concebidos como sinônimos perfeitos, visto que ambos podem designar a ideia de conjunto de normas válidas em certas condições de espaço e tempo. Cf: GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo, Noeses, 2020, p. 149.

5. Testando a hipótese levantada: a interpretação do princípio republicano em consonância às novas necessidades do direito brasileiro

Como dito anteriormente, a complexificação da sociedade moderna pode gerar situações que demandam a tutela do direito sem que, de forma apriorística, existam normas especificamente voltadas para a situação em questão. Contudo, ante a inafastabilidade da prestação jurisdicional, tais situações não podem impedir os intérpretes, na condição de participantes⁵⁶ do sistema jurídico-positivo, de conferir soluções às demandas que lhe são apresentadas pela sociedade.

Em outras palavras, ainda que não haja norma específica no sistema voltada a solucionar determinada situação, a partir da interpretação das normas já introduzidas – no caso, dos princípios constitucionais – é possível introduzir novas situações no sistema, resguardando-se sua coerência ao mesmo tempo que se expande sua abrangência.

Essa ideia, defendida pelo presente artigo, pode ser vislumbrada ao analisar-se a forma como o princípio republicano evoluiu e teve sua abrangência alargada no sistema jurídico-positivo brasileiro, adaptando-se à novas situações sociais e fomentando, inclusive, uma tributação mais igualitária e benéfica ao interesse público.

Isso porque, o princípio republicano foi inicialmente concebido como uma forma de resguardar ao povo a efetiva detenção do poder político, congregando a ideia de direito ao sufrágio, a liberdade política, a lisura das eleições, entre outras características⁵⁷.

Em âmbito tributário, o princípio republicano, nos moldes constitucionalmente instituídos, encerra a ideia de generalidade da tributação, pela qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos com isonomia e justiça. Desse modo, um tributo apenas pode ter o escopo de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum⁵⁸.

Com o tempo, porém, o âmbito de incidência do princípio republicano foi se tornando cada vez mais alargado. Com a complexificação da sociedade brasileira, bem como do próprio sistema tributário, novas situações se tornaram pautas relevantes aos intérpretes e participantes

⁵⁶A definição de *participantes* ora adotada é também transposta do estudo de Tácio Lacerda Gama sobre Competência Tributária. Trata-se, por sua vez, de uma definição também inspirada em outra obra, a saber, da *Teoria pura do direito* (p. 387), segundo a qual o intérprete autêntico, análogo ao que se chama de participante, seria aquele que conhece o direito para aplicá-lo, construindo uma norma inferior a partir de norma superior. Noutros termos, seria o sujeito responsável por, efetivamente, criar direito novo a partir da interpretação fundamentada de outras normas jurídicas. Cf: GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo, Noeses, 2020, p. 148.

⁵⁷ CARRAZZA, Roque Antônio: *Curso de direito constitucional tributário*, 29^a ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 71.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 87.

do direito, na medida em que foram, cada vez mais, trazidas ao sistema sob a forma de demandas ao Judiciário.

A partir da supra narrada diversificação da mídia, dos meios de comunicação e da difusão de conteúdo, tornou-se cada vez mais gritante a profunda desigualdade social que assola a sociedade brasileira, na medida em que tal realidade passou a ser cada vez mais retratada com a descentralização da comunicação. Como alertou Vesting, o monopólio sobre o conhecimento e sobre a comunicação não faz mais parte do cenário pós-moderno.

A partir da ideia de um Estado que não discrimina os cidadãos e não instaura privilégios sem que haja uma justificativa legal plausível para tal, decorreu do princípio republicano, no contexto tributário, a ideia de capacidade contributiva e de não-confisco⁵⁹, justamente como formas de o Estado, a todo momento, prezar pela isonomia e proporcionalidade ao instituir tributos.

Mais do que isso, percebeu-se a clara mutação e alargamento do princípio republicano de modo a torná-lo uma importante ferramenta para a diminuição de privilégios, sendo cada vez mais utilizado, inclusive em âmbito tributário, como fundamento para a implementação da justiça e igualdade.

Tudo isso, segundo a perspectiva ora sustentada, se deu, em boa medida, por meio da interpretação (e reinterpretação) realizada pelos participantes do sistema jurídico acerca do próprio princípio republicano. Mais precisamente, na medida em que se trata de um princípio constitucional, pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁰.

Não é demais lembrar que se adota neste artigo a ideia de interpretação como a produção fundamentada de texto de modo a criar direito. Isso, evidentemente, se a interpretação é realizada por participantes do sistema jurídico e, como tais, investidos de competência para a edição de normas jurídicas em sentido amplo.

Portanto, é a partir da criação fundamentada de texto acerca do que significa o princípio

⁵⁹ Segundo Roque Carrazza, a os princípios da capacidade contributiva e do não confisco são, de fato, decorrências diretas do alargamento interpretativo do princípio republicano. Cf: CARRAZZA, Roque Antônio: *Curso de direito constitucional tributário*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 105.

⁶⁰ Conforme foi sustentado ao longo deste artigo, os anseios sociais, a todo momento, procuram transpor as barreiras do sistema jurídico instituído. Não por outro motivo, fala-se tanto na enorme judicialização de temas políticos, econômicos, e de outros sistemas que compõem o macro-sistema social. Soma-se a isso o cenário descrito por Vesting, no qual as fontes de conhecimento se tornam cada vez mais heterárquicas e diversas, a fim de constituir um cenário também responsável por moldar as decisões do STF. Por isso, na condição de guardião da Constituição, cabe, de fato, ao STF a função de dar a última palavra em relação à delimitação dos princípios constitucionais. Contudo, o Tribunal o faz como porta voz de todo esse cenário de erupção social, abrindo, assim, as portas do sistema (por vezes, até em excesso) e permitindo sua oxigenação.

republicano que foi possível dotar tal princípio de uma abrangência diversa daquela inicialmente estipulada pela Constituição, sem que, com isso, fossem violados os alicerces do sistema já instituído, bem como o núcleo fundamental do referido princípio. Assim, por meio da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o sistema foi paulatinamente moldado para congregar a crescente demanda pelo combate a privilégios da mais diversa sorte, entre as quais se inclui a implementação de um cenário tributário cada vez mais justo.

Tal situação pode ser comprovada pelos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas seguem transcritas, e por meio das quais se torna explícita a utilização do princípio republicano como ferramenta para a desconstituição de privilégios, inclusive em âmbito tributário:

(i) CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI^{13.219/2014} DO ESTADO DA BAHIA, QUE CONCEDE A EX- GOVERNADORES, EM CARÁTER VITALÍCIO, O DIREITO A SERVIÇOS DE SEGURANÇA E MOTORISTA, PRESTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. VITALICIEDADE DA PRESTAÇÃO. PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DA ISONOMIA E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 1º, 5º, CAPUT E 37, CAPUT, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE.

A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é firme quanto à inconstitucionalidade de leis estaduais e locais que concedem benefícios em caráter gracioso e vitalício a ex-agentes públicos, com fundamento nos princípios republicano, isonômico e da moralidade administrativa. Precedentes.

990

No caso, a norma impugnada não prevê o pagamento de benefício pecuniário, mas a disponibilização de serviços relacionados à preservação da incolumidade e integridade física de ex-agentes públicos que, no exercício da chefia do Poder Executivo, conduziram políticas públicas de grande interesse social, como segurança pública, com especial nível de exposição pessoal.

Não obstante, a vitaliciedade do benefício ultrapassa os limites mínimos da razoabilidade, transformando os serviços prestados em privilégio injustificado, afastada a comparação com o tratamento conferido pela Lei Federal 7.474/1986 a ex-Presidentes da República.

Ação Direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de forma vitalícia”, do art. 1º da Lei 13.219/2014 do Estado da Bahia, conferindo interpretação conforme ao texto remanescente, pela qual a prestação dos serviços de segurança e motorista fica limitada ao final do mandato subsequente, enquanto não regulamentada a norma.

(ADI 5346/BA Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 18/10/2019).

(ii)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 1.746/1984, 227/1993 E 786/2004, DO MUNICÍPIO DE MANAUS. PENSÃO VITALÍCIA PARA CÔNJUGES SUPÉRSTITES DE EX-VEREADORES. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, DA IGUALDADE, DA MORALIDADE, E DA IMPESSOALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 40, § 13, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. PRECEDENTES.

A separação entre a coisa pública e a coisa privada constitui o cerne do princípio republicano, que veda a utilização dos recursos públicos como se fossem patrimônio privado dos agentes do Estado. Dessa forma, a instituição de benefícios, como pensões vitalícias, com base em motivações pessoais, viola frontalmente o princípio republicano.

Atuando em nome do Estado é defeso aos agentes públicos agirem em benefício de pessoas determinadas (princípio da impessoalidade), instituindo tratamentos legais desiguais.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada sobre a inconstitucionalidade de normas municipais que instituam pensões vitalícias para cônjuges supérstites de ex-vereadores, por violação aos princípios republicano, da igualdade, da impessoalidade e da moralidade. Precedentes.

Não-recepção dos atos normativos pré-constitucionais, cujos conteúdos são incompatíveis com a Constituição da República de 1988. 5. Ação julgada procedente, a fim de declarar a não-recepção da Lei 1.746/1984, e a inconstitucionalidade das Leis 227/1993 e 786/2004, do Município de Manaus/AM.

(ADPF 889, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 10/11/2022).

(iii)

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Maranhão e Lei estadual nº 6.245/1994. “Subsídio” mensal e vitalício a ex-governador que tenha exercido o cargo em caráter permanente. Pensão ao cônjuge supérstite. Inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF. Ação direta julgada procedente.

O Supremo Tribunal tem afirmado que a instituição de prestação pecuniária mensal vitalícia a ex-governadores, comumente designada sob o nomen juris “subsídio”, corresponde à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Constituição Federal (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consacrado naquele), por desvelar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, com ônus aos cofres públicos, em favor de quem não exerce função pública ou presta qualquer serviço à administração, sendo também inconstitucionais prestações de mesma natureza concedidas aos cônjuges supérstites dos ex-mandatários. Precedentes: ADI nº 4.552-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 9/6/15; ADI nº 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 26/10/07.

Ação julgada procedente para se declarar a inconstitucionalidade do art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Maranhão e da Lei estadual nº 6.245/1994. (ADI 3418/MA, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em 20/09/2018).

(iv) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AO DEFENSOR PÚBLICO - GERAL DO ESTADO, AO DELEGADO-GERAL DA POLÍCIA CIVIL E AOS INTEGRANTES DAS CARREIRAS DE PROCURADOR DO ESTADO E DE DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DEFINIDAS NA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SIMETRIA DIRETA. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA.

A regra é que todos os cidadãos sejam julgados inicialmente perante juízes de primeiro grau, em consonância com o princípio republicano (art. 1º, caput, CF), o princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF) e o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Somente em hipóteses extraordinárias e de modo excepcional se admite o estabelecimento de normas diversas, com a fixação de foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função só encontra razão de ser na proteção à dignidade do cargo, e não à pessoa que o ocupa, o que impele à interpretação restritiva do instituto, tendo em vista sua excepcionalidade e em prestígio aos princípios republicano (art. 1º, caput, Supremo Tribunal Federal CF) e da isonomia (art. 5º, caput, CF).

A Constituição da República já disciplinou de forma minudente e detalhada as hipóteses de prerrogativa de foro, a evidenciar sua exaustão e, em consequência, a impossibilidade de ampliação de seu alcance pelo poder constituinte decorrente. Apenas quando a própria Carta Política estabelece simetria direta mostra-se legítima a Constituição estadual conceder prerrogativa de foro.

Ação direta inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente com efeitos *ex nunc*. (ADI 6504 / PI, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, julgado em 25/10/2021)

Conforme exposto acima, o mesmo cenário se observe em âmbito tributário, sendo a ideia de igualdade tributária, decorrente do princípio republicano, utilizada como fundamento para que não sejam instituídos privilégios pela via da tributação:

(v) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. INCENTIVO FISCAL. ESPORTES. AUTOMOBILISMO. IGUALDADE TRIBUTÁRIA. PRIVILÉGIO INJUSTIFICADO. IMPESSOALIDADE. LEI 8.736/09 DO ESTADO DA PARAÍBA. PROGRAMA “ACELERA PARAÍBA”. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. A Lei estadual 8.736/2009 singulariza de tal modo os beneficiários que apenas uma única pessoa se beneficiaria com mais de 75% dos valores destinados ao programa de incentivo fiscal, o que representa evidente violação aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

2. A simples fixação de condições formais para a concessão de benefício fiscal não exime o instrumento normativo de resguardar o tratamento isonômico no que se refere aos cidadãos. Doutrina. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

(ADI 4259 / PB, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 03/03/2016).

(vi) AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. REMISSÃO CONCEDIDA QUANTO AOS CRÉDITOS PROVENIENTES DA INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CINEMATOGRAFICOS. PRETENTIDA EXTENSÃO AOS CRÉDITOS EXTINTOS PELO REGULAR RECOLHIMENTO PARA FINS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALEGADA VIOLAÇÃO DA ISONOMIA (IGUALDADE). NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO QUADRO. LEI 3.256/2001 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ART. 150, II DA CONSTITUIÇÃO. Em regra, a concessão inconstitucional de um benefício deve ser corrigida pela eliminação do incentivo inválido, de modo a restaurar a situação de igualdade entre as partes que imotivadamente foram tratadas desigualmente. Precedentes. Excepcionalmente, é teoricamente possível que a importância e a densidade do benefício justifiquem a manutenção do benefício e de sua aplicação para situações análogas, ainda que não idênticas. Porém, os autos não registram a presença de propriedades que autorizariam essa providência extraordinária. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (AI 808268 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 02.05.2012).

(vii) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 356/97, ARTIGOS 1º E 2º. TRATAMENTO FISCAL DIFERENCIADO AO TRANSPORTE ESCOLAR VINCULADO À COOPERATIVA DO MUNICÍPIO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DE MULTA EISENÇÃO DO PAGAMENTO DO IPVA.

MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E À DO DISTRITO FEDERAL. TRATAMENTO DESIGUAL A CONTRIBUINTES QUE SE ENCONTRAM NA MESMA ATIVIDADE ECONÔMICA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Norma de efeitos concretos. Impossibilidade de conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. Alegação improcedente. O fato de serem determináveis os destinatários da lei não significa, necessariamente, que se opera individualização suficiente para tê-la por norma de efeitos concretos. Preliminar rejeitada.

2. Lei Estadual 356/97. Cancelamento de multa e isenção do pagamento do IPVA. Matéria afeta à competência dos Estados e à do Distrito Federal. Benefício fiscal concedido exclusivamente àqueles filiados à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá. Inconstitucionalidade. A Constituição Federal outorga aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores para conceder isenção, mas, ao mesmo tempo, proíbe o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem na mesma situação econômica. Observância aos princípios da igualdade, da isonomia e da liberdade de associação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 1655, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 02.04.2004).

Fica claro, portanto, que os princípios constitucionais, à exemplo do cenário observado em relação ao princípio republicano, podem ser utilizados, por meio da interpretação, como forma de adequar o sistema jurídico à novos cenários, diversos daqueles imaginados inicialmente pelo Constituinte, mas condizentes com seu conteúdo.

A interpretação (produção fundamentada de texto) acerca dos princípios constitucionais permite, desse modo, que o sistema processe tais situações supostamente desregulamentadas, tornando-as jurídicas, e fornecendo saídas constitucionais para que os participantes do sistema jurídico-positivo criem normas individuais e concretas cabíveis para solucionar as situações de crescente complexidade.

Ao fazê-lo, o sistema se modifica e se adequa para processar tais formas de complexidade, pois alarga o escopo de incidência normativa com a reinterpretação dos princípios e, desse modo, forma cada vez mais normas aptas a cumprir com a função primordial do sistema: processar expectativas normativas de uma sociedade cada vez mais complexa.

6. Conclusões: arejando o sistema pela interpretação dos princípios

Considerando o direito como um sistema verdadeiramente autopoiético, no qual sua produção e regulação são integralmente condicionadas por seus próprios códigos e programas, pode parecer difícil, a primeira vista, torná-lo adaptável às circunstâncias do mundo. O sistema, afinal, opera de forma necessariamente fechada, sob pena de desvirtuar sua identidade. Contudo isso o sistema do direito não pode, em hipótese alguma, fechar-se completamente ao seu ambiente. Afinal, ainda que constituído sob a forma de um sistema operativamente fechado, o direito não perde sua pretensão de estabilizador de expectativas sociais.

E é justamente na capacidade de possibilitar a abertura do sistema que se revela a importância dos princípios constitucionais. Em uma sociedade sujeita à tamanha mutabilidade, na qual os conceitos e o próprio conhecimento se tornaram flúidos, os princípios permitem, com sua abertura semântica e axiológica, que o sistema mantenha sua identidade jurídica, mas receba novos ares interpretativos para manter-se atualizado. Atualizando os princípios, o direito se atualiza por completo, dada a irradiação dos princípios constitucionais sobre todo o restante do ordenamento jurídico, vinculando a interpretação de todas as demais normas hierarquicamente inferiores.

Como se viu no exemplo acima retratado, à medida que evolui a interpretação jurídica dos princípios basilares do ordenamento, o direito se adapta aos novos tempos, mesmo que, para isso, não seja sequer necessário adicionar uma palavra ao diploma normativo interpretado. Bastou, afinal, a readaptação semântica do princípio republicano para que todo um feixe normativo adquirisse outra conotação, ainda mais apta à colmatar as expectativas da atualidade.

BIBLIOGRAFIA

AYRES BRITO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1655, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 02.04.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 808268 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 02.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4259 / PB, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 03/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6504 / PI, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, julgado em 25/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3418/MA, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em 20/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 889, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 10/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5346/BA Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgado em 18/10/2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRAZZA. Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GAMA, Tácio Lacerda. *Normas de interpretação no direito tributário: uma proposta dialógica para interpretação, argumentação e fundamentação na sociedade em rede*. Tese de Livre Docência em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2022.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016, edição eletrônica.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria dos princípios formais*. Direito do Estado, Colunistas. São Paulo, n. 216, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016.

VESTING, Thomas. *Legal Theory and the Media of Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

VILLANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed.