

A evolução da internet: o atual estado da arte, informática, e suas repercussões na tributação eletrônico-digital. A urgência de uma, mais, adequada hermenêutica fiscal. Exposições introdutórias.

Prof. Ms.C. Luiz Edmundo Celso Borba¹

Com o presente texto, intento lançar algumas considerações e, principalmente, provocações acerca da mutação das formas de divulgação da informação, saltando do papel para o ambiente cibernético, a *internet*, de forma a tornar o mundo, ainda que em um “lôcus etéreo” (virtual), um espaço sem fronteiras geográficas ou barreiras axiomáticas a serem quebradas². O acesso ao conhecimento, em qualquer das áreas possíveis, imaginadas e não concebidas também, posto que a informática, mais do que a maioria dos outros ramos da ciência é mutante e no seu caminho desenvolvem-se criações com repercussões reflexas na esfera da ciência jurídica, peculiarmente na seara tributária, cerne do presente trabalho.³

O começo da internet chega a ser, para os seres humanos, um motivo de tristeza e repúdio, pois sua idealização se deu para fins militares⁴, quando alguns déspotas inconseqüentes amparados por cientistas, “alistados no *lado negro da força*”, buscavam uma forma de comunicação, rápida, quando houvesse um ataque nuclear, mesmo que este resultasse no extermínio de significativa parcela da espécie humana, sonhando-se, assim, a preocupação salutar e devida pela perfectibilização da intersubjetividade, ao imaginarem uma forma de troca de informações para fins tão espúrios, ao invés de a utilizar como mecanismo de interação entre os povos, como se dá atualmente, felizmente⁵.

¹ Advogado militante, mestre e doutorando em Direito pela UFPE; professor do Curso de Direito da UNIVERSO e de outras IES, nas disciplinas de: direito empresarial, direito econômico e direito tributário; e coordenador e professor das pós-graduações em Direito Tributário, Direito & Atividade Empresarial e Direito da Informática da Faculdade Maurício de Nassau, professor da Pós-Graduação em Direito Público da ASCES.

² PIMENTEL, Alexandre Freire: “*O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*”. Rio de Janeiro: Renovar: 2000. pp. 63-82.

³ Não quero, com isto, ter a pretensão de esgotar o tema, mas de, sim, trazer à baila um conjunto de indagações eletrônico-digitais hodiernas, que movimentam o pensar jurídico, tanto o acadêmico, quanto o da *práxis* diária.

⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire: Op. cit. p p 12-15.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

Isto graças a grande maioria do mundo acadêmico, parte de tal projeto, em silente revolução e insurreição a tão refutável e mesquinho uso desta brilhante revolução informativa, pautada nos mecanismos de processamento de informações existentes no cérebro humano⁶, canalizando esforços para difundir e começar a viabilizar o uso da internet para o resto do mundo.

Este processo não foi célere, ao contrário, demandou anos, mas o resultado atual é surpreendente de forma a tornar a internet um recurso primoroso para a troca de informações, por ser eficiente, prático, rápido, barato, e com largo espectro de divulgação.

É verdade que a internet ainda não é realidade para uma grande maioria da população mundial e acredito que este será um dos próximos desafios da arte humana, viabilizar o acesso à rede para todos. Ressaltando que o Estado, em foco o brasileiro, tem por missão propiciar a seus comandados, como atributo e necessidade efetiva de sua cidadania, o acesso à informação em qualquer de suas áreas.⁷

O principal escopo da *web* reside na criação de um instrumento capaz de debelar fronteiras geográficas e ideológicas, de forma a possibilitar que um cidadão só, apenas com um computador, que não precisa sequer ser seu, a exemplo da prática existente nos *cyber-cafés*, escolas públicas, etc, viaje virtualmente pelo mundo e o conheça a fundo em qualquer das áreas expressivas da ciência e das construções intelectuais humanas. Prova disto reside no presente trabalho, pois grande parte da bibliografia usada e pesquisada foi colhida na *Internet*.

A *web* passa a ser o instrumento responsável por “turbinar” o avanço humano, sendo uma das peças motrizes para a globalização, uma vez que sem ela a intercomunicação mundial seria uma tarefa complicada, quando não dispendiosa e com restrito acesso.

A título exemplificativo, é graças à internet que, em tempo real, uma pessoa pode, à distância, observar e controlar todos os mecanismos e sistemas elétricos e eletrônicos (desde de que interligados a um computador) de todos os cômodos de uma propriedade em qualquer lugar do mundo alcançado por uma rede de computadores (quer aberta ou

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit.

⁷ Depreende-se tal entendimento da leitura da Magna Carta de 88 em seus artigos 5º, incisos IV e XIV, bem como nos artigos 220 a 224, segundo doutrina SILVA, José Afonso da: no “*Curso de direito constitucional positivo*”. São Paulo: Malheiros. 1998. pp. 262-263.

fechada), entre eles, *verbi gratia*, alarmes, equipamentos de irrigação, lâmpadas, etc. Ora se tarefas antes tão complicadas e inimaginadas são viáveis, por que não seria o comércio no ambiente virtual?

A internet passa, então, a ser um meio cobiçado pelos comerciantes à frente de seu tempo que vislumbram, nela, a possibilidade de criar um “estabelecimento comercial virtual”, onde, este, não alcançaria, apenas, a freguesia do seu bairro, sua cidade, seu estado, ou seu país (isto no melhor dos prognósticos), mas sim o mundo.

E o Estado começa a observar que esta prática comercial e econômica na rede aumenta cada vez mais, de forma que os vetores econômicos nela trafegados se multiplicam fantasticamente a cada ano, principalmente quando se sabe da impossibilidade técnica, atual, do Poder Público em observar e fiscalizar todas as operações, e, mais ainda, definir com a precisão necessária e imposta pela ordem jurídica tributária, quais delas serão alcançadas. A verdade é que a internet também é pensada, pelos comerciantes, como um mecanismo de fuga legítima ao poder tributante através da elisão,⁸ por inexistirem mecanismos adequados para a tributação eletrônico-digital.

É apenas neste momento, quando sente o risco de não alcançar e arrecadar tributos que seriam válidos na antiga estrutura comercial e fiscal, bem como não tangenciando hipóteses, sequer pensadas e legisladas, que o Estado passa a dedicar especial atenção à necessidade de sujeitar os indivíduos, passivamente, em obrigações tributárias.

Acontece que neste caminho tortuoso, apesar de ser justo e motivado o intento ativo estatal, os meios eleitos não foram adequados, de forma a propiciar a paulatina quebra da ordem jurídica posta, quando o poder público utiliza procedimentos arrecadatórios com fulcro em uma postura inadmitida em sede do atual texto normativo, instrumentando-se em uma perigosa e proibida analogia dos comandos normativos existentes, conforme será demonstrado no transcorrer do presente trabalho.

A verdade reside na necessidade de arrecadar do Estado, que termina por atropelar a ordem posta, criando nos cidadãos uma situação de insegurança jurídica, pois a estrita legalidade foi maculada da maneira mais vil. O presente texto demonstrará, em sucessivo,

⁸ Neste sentido, Marco Aurélio Greco trata da elisão como a forma lícita de utilizar o planejamento tributário, como meio de fuga para a atividade arrecadatória do Estado, dentro das lacunas, ou brechas legais, em seu artigo: “*Reforma tributária*”; in: Revista de estudos tributários, nº 4. Novembro-dezembro de 1998. São Paulo.

que a tributação das atividades travadas na internet é plenamente possível, depois de efetuados os devidos acréscimos nas pautas de conduta tributárias, ao reverso que a tributação com base nos comandos atuais é indevida e põe em risco o contribuinte e sua fé em um Estado Democrático de Direito.

01. Considerações sobre o nascimento do comércio eletrônico-digital e das prestações de serviços decorrentes, bem como a necessidade de os tributar, acertadamente.

Como visto anteriormente a Internet se apresentou, com o seu desenvolvimento, como um instrumento essencial à prática hodierna da mercancia, por sua facilidade em divulgar e oferecer produtos e serviços de uma forma muito barata e eficiente, tendo a comodidade de não se atrelar às burocracias normais com que os Estados circundam os comerciantes, com o fito maior de fiscalizar e tributar todas as suas atividades, evitando, entre outras práticas, a sonegação fiscal, abusos ao consumidor, etc; o que é difícil, pois como punir, *verbi gratia*, um comerciante sediado no exterior e sujeito aos ditames de outro ordenamento que não o nosso?

Talvez tal problema se dissipe com o advento do Direito Comunitário, e sua concretização. O antigo continente vem mostrando avanços nesta nova vertente jurígena, na minha opinião, um caminho sem volta para uma sociedade globalizada. Mas os resultados, positivos e concretos, só serão visualizados com o tempo; bem como a aceitação de tal realidade pelos cidadãos livres do mundo; e a plausibilidade, na prática, de tal “benesse” pouco experimentada e que “pode afrontar” a soberania de alguns países membros, caso estes fiquem silentes a abusos praticados por outros membros “mais fortes” da comunidade.

O comércio eletrônico-digital surge, então, como um renascimento e alargamento da prática da mercancia, agora sem fronteiras; e com um mercado livre de tributação nos moldes da legislação brasileira atual, pois o Sistema Tributário Brasileiro, bem como os mais evoluídos, não permitem o uso da analogia em questões tributárias, *ex vi* do princípio da tipicidade fechada ou restrita; não alcançando, isto posto, fatos novos, como a tributação eletrônico-digital.

A verdade é que o comércio eletrônico, ou digital como preferem alguns, é uma realidade sem volta e a prova disto reside no acréscimo galopante das atividades econômicas travadas na Internet.⁹

⁹ Bem trabalham a matéria: CASTRO, Aldemario Araújo em: “A PGFN e a Internet”. In: Jus Navigandi, 34.[Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1814> [Capturado 10.Ago.2002]; e “Os meios eletrônicos e a tributação”. In: Jus Navigandi, 34.[Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1822> [Capturado 10.Ago.2002]; bem como: DAUD,

E tal realidade passa a ocupar os operadores do direito, ocasionando no surgimento de diversas conceituações sobre o que é o comércio eletrônico e delas demonstraremos algumas, como:

"Conjunto de operações de compra e venda de mercadorias ou prestações de serviço por meio eletrônico, ou, em outras palavras, as transações com conteúdo econômico realizadas por intermédio de meios digitais".¹⁰

"Comércio Eletrônico é a realização de toda a cadeia de valores dos processos de negócios em um ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. Os processos podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio-a-negócio, negócio-a-consumidor e intra-organizacional, em uma infra-estrutura de informação e comunicação predominantemente pública, de acesso fácil, livre e de baixo custo".¹¹

Visto tais definições fica mais fácil e necessária a tarefa de construir uma nova e híbrida definição sobre comércio eletrônico, que seria a atividade mercantil desenvolvida em ambiente virtual, sendo a rede de computadores aberta ou fechada, com repercussões econômicas, culturais e jurídicas para os envolvidos, quer estas mercadorias ou serviços sejam, ou não, virtuais, incorpóreas, como os *softwares* o são, ou quando forem mercadorias ou serviços que não “trafegam” em ambiente virtual, mas neles foram negociadas, como aparelhos eletrônicos, peças de vestuário, calçados, etc. Na primeira hipótese haverá um negócio completo, na segunda a concretização, em *locus* virtual, será parcial, pois a totalidade dependerá da tradição da mercadoria, ou da prestação do serviço no mundo físico, real.

Vê-se, com base no supraexposto, que o comércio eletrônico-digital poderá ser classificado como direto ou indireto. Será direto quando houver a compra e venda de bens intangíveis, e utilizáveis em meio digital, como, *verbi gratia*, *softwares*, músicas, *e-books*,

Pedro Victorio: “Incidência tributária nas operações realizadas pela Internet” In: Jus Navigandi, 34. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002].

¹⁰ CASTRO, Aldemario Araujo. Os meios eletrônicos e a tributação. In: Seminário SSJ Direito.com. Rio de Janeiro, 30 de junho de 2000. *Apud*: MARQUES, Renata Ribeiro. Aspectos do comércio eletrônico aplicados ao Direito Brasileiro. In: Jus Navigandi, n. 52. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2467> [Capturado 10.Ago.2002].

¹¹ ALBERTIN, A. L. Comércio Eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. pp. 94-102.

jogos virtuais, vídeos, etc; caracterizar-se-á como indireto quando for instrumento para a compra de bens tangíveis e não associados ao mundo virtual, como livros*, carros, brinquedos, etc.

Vale-se dizer que o mercado virtual brasileiro se apresenta como um dos mais promissores e há o interesse mundial focado no País, principalmente ao se saber da deficiência existente na legislação pátria, até então inapta a obrigar passivamente o contribuinte. E é necessário frisar bastante tal lacuna legal, para que o Estado tribute tais atividades, mas da maneira devida, jamais como vem praticando, inclusive sobre bens imunes por força do texto constitucional, como se dá no caso dos *e-books e livros virtuais*,¹² que melhor serão tratados mais adiante, tanto no presente texto, de forma mais sintética.

* (impressos).

12 Neste sentido: WOLF, Karen Emilia Antoniazzi. “A possibilidade de incidência do ICMS nas operações da Internet”. In: Jus Navigandi, n. 45. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1811> [Capturado 10.Ago.2002]; MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Imunidade tributária do livro eletrônico”. In: Jus Navigandi, n. 38. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002]; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Tributação na Internet”. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

02. Breves: enfoque, análise e repercussões do fato gerador do ICMS no ambiente virtual.

O fato gerador, embora não seja a única, é a mais importante das bases existenciais da obrigação tributária, para tanto deverá estar adstrito, rigorosamente, aos ditames legais constantes na hipótese de incidência, em obediência à estrita legalidade tributária, caso contrário não haverá como obrigar, passivamente o contribuinte.¹³

O Código Tributário Nacional conceitua e define o fato gerador nos seus artigos 114 a 118, e alguns dos citados artigos merecem, nesta oportunidade, atenção especial; entre eles o artigo 114, pois há a expressa e contumaz certeza, e segurança jurídica de só haver subsunção quando o fato ocorrido preencher, sem mais nem menos, todos os elementos constantes na hipótese legal de incidência, como preceitua Ruy B. Nogueira:

*“Fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na forma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos”.*¹⁴

É esta proteção e segurança jurídica que edificam no contribuinte a certeza de saber quanto e sobre quais das suas atividades serão tributadas. É a possibilidade legal e inarredável de conhecer o quinhão com o qual contribuirá para a sociedade, através dos tributos.¹⁵

Assim, apenas quando ocorrer o fenômeno da subsunção do fato gerador, fruto da conduta do contribuinte, com a hipótese de incidência haverá o surgimento da obrigação tributária, que poderá ser afastada por qualquer das formas de exclusão previstas: quer pela Magna Carta (imunidade), ou pela legislação infraconstitucional (isenção, anistia, entre outras).

Vencida esta etapa preambular, lembro como elemento do aspecto subjetivo do fato gerador, a existência de dois pólos na relação obrigacional tributária, onde o contribuinte é

¹³ CASSONE, Vitório: *Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. p. 128.

¹⁴ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p 142.

¹⁵ BORGES, José Souto Maior. “Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo”. in: *Revista dialética de Direito Tributário*. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997. p. p. 24 a 29.

o sujeito passivo e o Estado (repartido em União, estados-membros, Distrito-Federal e municípios) são os únicos sujeitos ativos da obrigação tributária, por serem titulares de tal competência. De acordo com o artigo 119 do CTN e nos artigos 153 a 156 da Magna Carta de 1988, ficam delimitados os tributos sob a competência de cada um dos entes federativos e autônomos citados, onde a autonomia, retrocitada, é garantida, em sua maioria, pelas receitas tributárias, como preceituam os Artigos 3º, o 150, inciso IV, Da Constituição Federal de 1988, entre outros da mesma Carta Magna.

Importante salientar tais aspectos normativos, pois a tributação impelida aos meios eletrônico-digiais, conforme será tratado oportunamente, se funda em uma analogia, já que a situação não teve, até então, adequado tratamento legal; permitindo ao operador do direito afirmar a inadequação da postura do fisco ao tributar atividades digitais e eletrônicas, entre elas o serviço de conexão prestado pelos provedores de acesso, os *e-books*, entre outros.

Ressalte-se que quanto mais genérico e abrangente for o sentido e alcance da norma, com o fito de onerar o contribuinte, maiores e mais sérias serão as exigências para interpretar o comando normativo, por seu turno, quanto mais específica e fechada for a descrição do fato gerador, maior será a segurança jurídica para o contribuinte.¹⁶

Entrando mais no cerne do presente trabalho, vê-se que o fato gerador, para o ICMS, deverá observar, entre outros aspectos, o espacial, o *locus* onde se deu a subsunção, com o fito de determinar, *ex vi* do artigo 155 da *Lex Mater* e no bojo da lei complementar de nº: 87/1996, em especial no artigo 12, qual será o sujeito ativo da obrigação tributária; ou seja, qual o estado membro, ou, quando for o caso, o Distrito-Federal, apto para arrecadar o tributo e o reter, sem precisar repassar o todo, ou parte, do quinhão arrecadado para outro estado membro, ou o Distrito-Federal.

Contudo, o poder tributante não se preocupou em implementar tais eventos novos na legislação existente, apenas, de forma inapta, aumentou o alcance das antigas normas, consubstanciando-se num vilipêndio tremendo: o uso de analogia sobre as hipóteses de incidência existentes e a hodierna realidade, imprevista em sede legal, para não esperar os tramites legislativos, na sua ânsia arrecadatória.

Ives Gandra da Silva Martins é categórico ao tecer os seguintes comentários:

¹⁶ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p 144.

Admite-se, portanto, que quaisquer das atividades e transações, que hoje ocorrem no âmbito da Internet, não são tributáveis, no Brasil, pelos impostos ora conhecidos relativos à produção e à circulação, pela falta de expressa previsão legal, importando assim em hipótese de não-incidência tributária.

Por fim, recorde-se que, como se constatou, em precedência, a Internet, na sua atual configuração, surgiu a partir de 1989, sendo o desenvolvimento do comércio eletrônico mais recente, a partir de 1994, aproximadamente. O Constituinte de 1988, portanto, não conhecia a Internet, e nem o legislador ordinário poderia dispor sobre incidência de tributos desconhecida ou hipóteses de incidência inexistentes à época da instituição do tributo.¹⁷

Esta previsão legal necessária e, ainda, inexistente serviria para definir **onde** acontece o fenômeno factual, denominado fato gerador, pois a legislação existente, não canso de reiterar, não permite aos sujeitos da relação obrigacional tributária, qualquer certeza ou segurança jurídica a este respeito.

Além do que: como, e com qual certeza, poder-se-á expressar, em uma realidade virtual, onde aconteceu o fato econômico, a prática negocial, a prestação do serviço? O indivíduo, *verbi gratia*, que vende um *software* pela internet, através de *download*, não poderá ser alcançado, ainda, por nenhum dos sujeitos ativos da obrigação tributária decorrente da prestação do serviço ou circulação da mercadoria.¹⁸

Primeiro, por não haver como determinar o local da operação, segundo pela inviabilidade técnica, atual, em fiscalizar tais operações comerciais eletrônico-digitais; e por fim pela expressa proibição constitucional de invadir a privacidade e a intimidade do conteúdo de tais conversações; pois não se admite tal invasão pelo Estado, destarte, para saber quais das trocas de informações são mercantis, implicaria em se dizer que o poder público haveria de conhecer todas elas, inclusive as privativas, sigilosas, pessoais, etc. um sério e inquebrantável entrave jurídico, com base na defesa constitucional destinada aos direitos e garantias fundamentais.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

¹⁸ Ressalte-se que há diferentes posicionamentos quanto à incidência tributária sobre o *software*, como será tratado no próximo item, pois há quem defenda que o ICMS é o imposto devido, porém reputo ser o ISS o mais adequado.

Sendo assim, a principal problemática que envolve o ICMS sobre as operações eletrônico-digitais é a busca pela correta determinação do local onde houve a transação, para que se configure o fato gerador, apropriadamente. Sendo inviável, *ex vi* do texto constitucional¹⁹, qualquer medida fiscal que implique em burlar a intimidade e a privacidade do contribuinte.

03. A hermenêutica e sua importância para a adequada implementação do Direito na Sociedade. Algumas considerações necessárias para o operador jurídico hodierno.

03. 1: Hermenêutica jurídica: sua imprescindibilidade para o jurista.

03. 2: Alguns caminhos filosóficos em busca por a “humanização” interpretativa do Direito. A evolutiva mutação da hermenêutica.

03. 2. 1: O contraste entre as teorias de Hart e Dworkin.

03. 2. 2: O choque entre os postulados de Gadamer e Habermas.

A inteligência se apresenta como a faculdade de compreender, de “*ler dentro das coisas*”, colhendo, nesta oportunidade, o necessário à ampliação da capacidade cognitiva, concedendo ao intelecto a habilidade de reter axiomas com o fito de os utilizar posteriormente na construção de uma lógica na qual se inserirá tal conhecimento.

É interessante, pois por mais hábil que seja o intelecto humano, ele jamais se capacitará a pilotar uma nave espacial ou a programar uma máquina de lavar louças sem aprender, antes, esta “arte”, resolvendo situações cotidianas para um astronauta ou uma dona de casa, de igual maneira.

Assim também ocorre para o aplicador e intérprete do direito, pois para fazê-lo, será necessário ter um **prévio conhecimento** sobre a ciência jurídica e **a habilidade**, própria, de um jurista para coordenar tal preceito dentro de um sistema normativo, virtualmente, e

¹⁹ Por força dos artigos 5º, incisos X, inclusive José Afonso da Silva em seu: “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, São Paulo. Malheiros, 1997, nas páginas 212 e 213; trata de privacidade e informática, afirmando a ameaça aos direitos e garantias fundamentais que tal combinação constitui; porém assevera a plena segurança constitucional, ao menos no comando legal (embora não ocorra na prática), à intimidade e privacidade dos cidadãos brasileiros.

pretensiosamente, perfeito; mas que por ser fruto do intelecto humano é passível de falhas, e estas só serão percebidas por quem se dedique a tal estudo de forma sistemática. Fato inobservado na tributação eletrônico-digital

Conhecer as leis e os direitos e obrigações nela contidos não significa ser um mero *memorizador* ou um *ventríloquo* do seu conteúdo, mas sim compreender o contexto na qual as mesmas se inserem, ou seja, seu alcance, verdadeiro significado e até mesmo plausibilidade²⁰, inclusive ao se reconhecer da ineficácia das normas vigentes e da necessidade de novas pautas de conduta.

Destarte, para o sistema ser exato é necessário que a norma seja perfeita e adequada, consolidada pelo posicionamento da doutrina e jurisprudência, impedindo eventuais incertezas. Embora tal fato seja difícil de ocorrer na prática, porque, conforme mencionado, a arte jurídica não é exata, mas sim expressa parte das convicções de seres humanos e do exercício de suas razões, portanto o campo é bastante fértil e sem fronteiras bem delimitadas, pois só assim o direito se molda ao acelerado dinamismo das relações intersubjetivas e às novas realidades dela decorrentes.

A teoria pura do direito de Kelsen foi, por muito tempo, o único parâmetro interpretativo maior para o aplicador jurídico, entretanto, mediante o surgimento de novos questionamentos, houve a necessidade de se repensar essa hermenêutica e o próprio ordenamento. Têm-se, então, os trabalhos de Gadamer e Habermas, com embasamento filosófico analítico e hermenêutico, voltados para uma versão sociológica; fato que causa grande impacto no âmbito jurídico constitucional, e no direito em geral. Em desacordo com o pensamento de Gadamer e Habermas encontra-se Dworkin, contestando temas como a discricionariedade do juiz e a ambigüidade das palavras nas regras jurídicas.

A discussão entre Hart e Dworkin traz como consequência imediata a reflexão sobre a sistemática dinâmica do ordenamento jurídico, e os parâmetros hermenêuticos do aplicador do direito frente a essa sistemática; principalmente quando ocorrem os *hard cases*

²⁰ Só conhecendo o ordenamento e sua estrutura, poderá o hermeneuta saber sobre a inconstitucionalidade ou impossibilidade de uma pauta de conduta, frente ao choque da mesma com outra(s) norma(s) superior(es), que não a do texto constitucional. Onde, também, devem ser considerados e ponderados os princípios mantenedores, axiomas maiores que as regras de conduta; ou quando há necessidade de novas normas, ao invés do uso de uma hermenêutica “extensiva” (principalmente em matéria tributária).

, levando a uma arguição mais complexa sobre a solução do melhor direito. Nesse contexto serão expostas algumas idéias sobre o conflito hermenêutico que surge na aplicação do direito, e as implicações da discricionariedade do juiz mediante o Estado Democrático de Direito.

Neste plano pretende o Autor demonstrar o avanço da ciência hermenêutica que passa a tratar a norma com base em princípios essenciais para a sua correta análise e aplicação frente ao caso concreto, subsumindo o fato à norma jurídica, de acordo com os ditames de ética e justiça, inclusive de forma a questionar, quando necessário, o seu conteúdo e eficácia (sabe-se que a mesma decai com a mutação dos axiomas sociais).

Contestação sempre visando a adequação da norma às novas realidades vigentes, bem como no tocante a casos especialíssimos que não foram, sequer, previstos pelo legislador, mas carecem de tratamento e interpretação, mesmo que adversa, em primeiro plano.

Deve ser dito que desde a Teoria da Exegese Bíblica de Danhamer (1654), a Hermenêutica passou por vários momentos: A Hermenêutica Romântica de Schleiermacher; a Hermenêutica Histórica de Dilthey; a Ontologia Hermenêutica de Heidegger; a teoria pura de Kelsen, a Hermenêutica Filosófica de Gadamer; a Hermenêutica Crítica de Apel e Habermas; e a Hermenêutica Fenomenológica de Paul Ricoeur; e o presente trabalho terá lastro nos ensinamentos de Hart, Dworkin, Gadamer e Habermas com o fito de demonstrar a evolução desta ciência filosófico-jurídica, já que há um delimitado espaço.

O aprofundamento no trabalho, das retromencionadas teses, necessitaria de uma extensa abordagem. As visões aqui contidas, reputo, são suficientes para o entendimento das minhas arguições, correlacionadas ao tema delimitado, sobre o comércio eletrônico-digital.

03. 1: Hermenêutica jurídica: sua imprescindibilidade para o jurista.

A palavra hermenêutica deriva do grego $\rho\eta\eta\nu\epsilon\upsilon\epsilon\iota\nu$ - *hermeneuein*, significando a ciência da interpretação das leis através das palavras nelas contidas; utilizando-se de um conjunto de princípios gerais que o exegeta deve seguir para interpretar a lei face ao caso concreto. É hodiernamente tida como uma teoria ou filosofia da interpretação capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade. Neste sentido:

“A palavra grega hermeios remete-nos para o deus Hermes que, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Assim, Hermes era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir às outras pessoas. O deus Hermes era vinculado a uma função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compreensão conseguisse compreender.”²¹

A hermenêutica jurídica se presta a estudar e sistematizar os processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito, de forma a tornar científica e sistemática a arte de interpretar.

O sentido maior da hermenêutica, destarte, reside na fixação de princípios que regem a interpretação das leis em geral, ao passo que a interpretação propriamente dita, consiste em determinar o sentido e o alcance de uma lei determinada.

Isto porque o jurista americano procura compreender a lei nas suas palavras, de forma a achar um caminho entre o texto e a realidade fática, mas sem criticar a lei. A interpretação se prende ao todo como uma perpetuação da antiga exegese, já a construção hermenêutica vai além, examinando a norma jurídica em uma estrutura conjuntural e científica.²²

Enquanto uma procura estudar a lei, a outra visa descobrir e revelar o direito, não se atendo a palavras, mas ao alcance do texto, a primeira decompõe e a segunda recompõe, compreende e edifica certezas jurídicas.

²¹ MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 09 nov. 2002.

²² MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*; Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 40.

O jurista, então, dota-se do poder de criticar e condenar uma conduta; mas será tal atitude a mais acertada? Ao invés de explicar e entender a mesma, bem como sua origem, objetivos e aplicações práticas? Carlos Maximiliano²³ atesta que não, pois a crítica, ora versada, não deverá ser a da acepção literária e vocabular, em seu sentido mais técnico; por ser, a hermenêutica, fonte de princípios e instrumentos para cognição dos corretos axiomas normativos, atividade antecedente à interpretação, o que concorda o autor.

A percepção de tais máculas ao ordenamento jurídico, virtualmente e pretensão à perfeição e coordenação harmônica, sem o choque de seus comandos; poderão ser de fácil, ou difícil, constatação ao mais aprimorado cientista jurídico, pois será impossível que este conheça todo o ordenamento jurídico em todas as suas esferas, axiomas e princípios.

A justiça, destarte, independe do texto escrito, mas sim se aproxima da percepção e acuidade do aplicador do direito, pois o texto é a essência, a matéria prima a ser verificada e extraída, instrumentalizada por corretos axiomas, tradutores da vontade geral, da ética e da dignidade do agir humano.²⁴

Um bom hermeneuta se esforça para vislumbrar o verdadeiro alcance e sentido da lei, a melhor resolução para os conflitos, e tal resultado dependerá da correta extração da essência do texto, em correlação com todo o ordenamento e a ponderação das conseqüências de tal aplicação.

A interpretação das leis é uma tarefa, portanto, lógico-sistêmica, associada ao bom senso, sabedoria e experiência do jurista, que tentará aplicar a norma da melhor maneira para uma dada sociedade em um certo lapso de tempo, local, condição, pessoas envolvidas, etc.

É, portanto, plausível, dependendo do caso, a possibilidade do intérprete ultrapassar os limites da norma visando quebrar a rigidez lógica e gramatical²⁵, de forma a viabilizar o interesse social, prevalecente sobre qualquer mérito individual, ou até mesmo uma norma inadequada à concretização de tais anseios e valores.²⁶

²³ MAXIMILIANO, Carlos: Op. cit., p 41.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos: op. cit. p. 100.

²⁵ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*: tradução de DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

²⁶ HABERMAS, Jürgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: *A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jusitça*. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

É, conseqüentemente, relevante a idéia do não cultivo ao excessivo apego à letra dos dispositivos de conduta, como também o excesso contrário, de forma a colocar a norma em último patamar, quando de sua análise e aplicação integradora do direito; devendo ser esta isenta de simpatias ou antipatias, não enfraquecendo os axiomas a serem reconhecidos, com base no pensamento científico.

A contribuição do intérprete para o direito surge da necessidade do toque de um elemento subjetivo, humano, aos “frios” e objetivos comandos legais; sendo interessante mencionar que dois pólos processuais distintos, *verbi gratia*, podem ter duas interpretações dispares, com duas verdades dessemelhantes, a partir da leitura e tentativa de aplicação das mesmas normas, sem, no entanto serem legítimas ou inválidas, a priori. **Cada caso é suas interpretações são únicas!**

Isto posto, caberá ao juiz ponderar quais argumentos devem prevalecer, de forma a propagar a justiça e perpetuar a confiança no direito, na ordem posta e na própria resolução dos conflitos pelo magistrado, encerrando o princípio da *segurança jurídica*. Principalmente em relação aos erros ocorridos, reiteradamente, quando o judiciário decide sobre as práticas mercantis travadas na internet.

03. 2: Alguns caminhos filosóficos em busca por a “humanização” interpretativa do Direito. A evolutiva mutação da hermenêutica.

O presente capítulo será atinente a busca de alguns dos mais aclamados jus-filósofos por uma hermenêutica que melhor traduza os anseios sociais e a justiça, através do ordenamento jurídico e do direito, não só composto por regras, mas por princípios e axiomas que servem para o integrar e cobrir eventuais lacunas suas, como sustentado por Dworkin.

Mas nem todos estes filósofos foram uníssonos, opinaram em uma mesma direção, a efetivação do direito, o que para a ciência jurídica e sua filosofia foram essenciais, pois a teoria de um é “criticada” e contrastada pelo o outro de forma a colocar a hermenêutica nos

moldes atuais, adequando-a, ao máximo a padrões lógicos aceitáveis e tangíveis em uma sociedade marcada pelo dinamismo e interação humana globalizada.

A hermenêutica evolui, de forma a tornar o aplicador do direito um transformador do próprio direito, adequando-o a novas realidades de forma a individualizar cada subsunção normativa, ofertando a variados casos a interpretação a eles cabíveis. A interpretação atual tem a norma como esteio, mas não se prende mais a ela de forma tão rígida que torne a interpretação numa tarefa mecânica, mesmo que esta não traduza o ideal de justiça colimado pelo direito. As críticas teóricas de um para o outro mostram o louvável intento de sempre perfectibilizar o direito e a sua atuação no seio social.

Começa-se, com Dworkin, a criação de um modelo onde os princípios não estão adstritos a um ordenamento, ou a uma teoria do direito, mas ao próprio direito, sendo universais e aplicáveis em todos os ordenamentos; portanto utilizáveis para solucionar conflitos de um trato, aparentemente, mais complicado para o intérprete.

O autor pretende, então, colocar em choque as teorias de Hart e Dworkin, bem como as de Gadamer e Habermas, algo instigante, pois demonstra a inexorável e necessária evolução da ciência hermenêutica, humanizada a ponto de afastar, quase totalmente, o seu “mecanizado” efeito, nos ideais de Kelsen e Hart. Elidindo a hipótese do intérprete ser um ventríloquo da norma, ele é mais, é o seu hermeneuta, o seu *vivificador*.

03. 2. 1: - O contraste entre as teorias de Hart e Dworkin.

A teoria pura do Direito, até então tônica na época, embasa a doutrina de Hart, que problematiza a aplicabilidade dos postulados de Kelsen, no sentido de discutir coerção; direito e moral ; e direito, regras e suas implementações práticas.

Hart passa a alicerçar sua teoria sobre dois grandes patamares básicos: o primeiro versa sobre a plausibilidade de uma teoria geral do direito, no tocante ao ordenamento jurídico, afastando a vinculação a sistemas particulares como o inglês, o alemão, o americano, e criando uma conceituação universal; e o segundo trata do caráter descritivo do seu estudo, sem o uso da justificação moral para as práticas jurídicas, o que vale é a

estrutura do direito como um instrumento social e político completo, regido por regras objetivas.²⁷

Hart tenta dar uma explicação moral neutra ao direito, sem um fito explicativo, justificativo de uma certa norma ou aplicação desta. Apenas há o direito e este basta, de forma a reforçar a teoria pura do direito, em grande parte.

Já Dworkin prega um sistema avaliativo e de justificação, havendo a imperatividade de um caráter interpretativo e avaliador, em prol da identificação de princípios ajustados ao direito posto e às práticas jurídicas de forma a terem uma coerência com o fato, a moral, o elemento subjetivo antes sonegado.

Dworkin, então, difere da generalidade e descritividade de Hart, ao analisar o fato, a vontade, quando interpreta as normas; assim ele apregoa que o aplicador do direito passe a não mais ser um “ventríloquo” da norma, mas um instrumento a serviço do direito, tendo o comando normativo como matéria prima.

Em relação às *hard cases* (causa difíceis, complexas), Hart as define como situações onde, preliminarmente, mais de uma solução são possíveis, porque a linguagem humana suporta a incerteza e a vastidão; além do que as normas são via de regra gerais e não particularizadas, bem como vigoram por anos, mesmo quando não mais se tornarem propícias e eficazes a uma nova época e costumes imprevistos .

Hart sugere a viabilidade e necessidade da norma ter uma linguagem aberta, viabilizando a interpretação sobre as variações possíveis a um dado caso concreto, pois o legislador não pode, ou deve, formular normas detalhadas ao extremo, ou encerrar em uma norma todo um leque de acontecimentos “presumidos”.

Até porque a norma muito detalhada tolhe o aplicador do direito de forma a mecanizar a sua atuação exacerbadamente. Vale-se dizer que Hart defende tal hermenêutica para as causas complexas, mas para as simples ele apregoa a cega obediência às normas.

²⁷ RESENDE, Adeilda Coelho de: *A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discricionariedade do Juiz*. Extraída na internet, em 18/09/2002, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.estacio.br/direito/revista/revista2/artigo18.htm>.

Mas o juiz, nestes casos difíceis, deverá adotar a postura de fundamentar bem as suas decisões, mas sem se arvorar nas atribuições próprias do legislativo, sob pena de usurpar funções acima das suas e inviabilizar a sua ação.

Dworkin, a seu turno, vai de encontro a Hart afirmando que os casos difíceis não ensejam a existência de mais de uma interpretação razoável, mas que nestas oportunidades o juiz não está aplicando o direito, mas o criando, para esta hipótese em singular, usando a sua razão.

A tese da “não resposta certa” de Hart é chocada pela da “resposta certa” de Dworkin, onde o mesmo defende que os casos de difícil interpretação e resolução, não são provenientes de vagueza ou multiplicidade de sentidos de uma palavra ou oração, sendo errado afirmar a detenção de poderes discricionários pelo magistrado, porque as partes possuem o, inarredável, direito à solução do litígio com base nas normas pré-existentes.²⁸

Não há falhas no sistema jurídico autorizando uma ação discricionária do magistrado, pois a resolução do impasse se dá com os princípios e com os axiomas jurídicos pré-existentes ao litígio, mas moldados a esta nova realidade, sanando o desejo das partes, de forma a utilizar os mecanismos do positivismo, sem que o juiz tivesse de “criar” direito.

O próprio ordenamento viabilizaria a resposta à questão conflitiva, pois o mesmo não se dota apenas em normas, regras jurídicas, mas em princípios; estes não sendo adstritos à teoria do direito, mas ao próprio direito; portanto a ele indissociáveis, servindo de prévia instrumentalização para a solução de axiomas conflitantes.

03. 2. 2: O choque entre as idéias de Gadamer e Habermas.

Gadamer debruça-se sobre a diferença existente entre o comportamento do historiador jurídico e o do jurista diante de um mesmo texto jurídico, dado e vigente, e na busca por uma, caso possível, desassociação entre eles.

²⁸ RESENDE, Adeilda Coelho de: *A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discricionariedade do Juiz*. Extraída na internet, em 18/09/2002, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.estacio.br/direito/revista/revista2/artigo18.htm>.

O sentido da lei, para Gadamer, abrolha a partir de um determinado caso concreto, ou seja, o jurista descobre os ditames de conduta, quando subsumi-lo ao fato. O aplicador do direito deve analisar o valor histórico impelido à lei, em relação à realidade prevista pelo legislador. Quanto ao comportamento do jurista adverte:

*"...não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei..."*²⁹

É importante notar-se que, para o jurista, a compreensão histórica é um meio para se chegar a um fim. Em 1840, O historiador jurídico, aparentemente, busca o sentido originário da lei, seu valor e qual a intenção no momento de sua promulgação. Questiona Gadamer:

*"...Mas como chegará a reconhecer isso? Ser-lhe-ia possível compreendê-lo sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separa aquele momento da atualidade? Não estaria obrigado a fazer exatamente o mesmo que o juiz, ou seja, distinguir o sentido originário do conteúdo de um texto legal desse outro conteúdo jurídico em cuja pré-compreensão vive como homem atual?..."*³⁰

Há uma dissociação entre a atividade hermenêutica do jurista e do historiador jurídico. Para ambos há uma certa expectativa de sentido imediato, ou seja, ninguém possui um acesso imediato ao objeto histórico capaz de proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador deve realizar a mesma reflexão que **orienta** o jurista.³¹

"A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto."

²⁹ GADAMER, Hans-George. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1a ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 485.

³⁰ GADAMER, Hans-George. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1a ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 485-486.

³¹ GADAMER, Hans-George. op. cit. p.485-486.

Por fim, para Gadamer, existe uma relação essencial entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica; entretanto, a hermenêutica ocupa uma posição dominante em virtude de não ser sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total - onde se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.³²

Por seu turno, Habermas, veemente opositor a diversos pontos da teoria de Gadamer³³, cria uma epistemologia crítico-dialética refletindo as reações críticas antipositivistas de teor emancipatório, ante à tendência colonizadora do sistema abstrato. Habermas, expoente da escola de Frankfurt, que busca uma inserção da ideologia marxista na Alemanha pós-guerra.

Esta corrente tomou a via da heterodoxia, ao incorporar várias influências de outras áreas e campos científicos, objetivando complementar o direito.³⁴

Habermas edifica dois conceitos-chave para a sua teoria, a “razão comunicativa” e o “mundo-da-vida”, pois a razão se torna conhecida através de suas manifestações no cotidiano. Mas para alcançar tal intento, a filosofia de Habermas deveria ser atualizada, haurida no embasamento científico das teorias contemporâneas, nos mais diversos ramos da ciência, mas se atrelando, esta análise, aos mais hodiernos conceitos filosóficos, para que os valores da teoria se coadunem com os axiomas intersubjetivos.

O “mundo-da-vida”, segundo Habermas, mostra o agente não como uma pedra motriz do processo, ele mais parece com o produto das tradições nos quais está inserido, bem como, num segundo plano, em grupos solidários aos quais pertence, fruto de processos de socialização e aprendizagem, que atrelam o homem moderno de maneira inarredável, como se dá com a arte informática e seus incríveis desdobramentos sociais.

Os componentes do mundo-da-vida são os modelos culturais, as ordens legítimas e as estruturas de personalidade, que são sedimentações dos processos cognitivos de armazenagem do saber (cultura), no qual interpretações são extraídas em momentos de mútuo entendimento.

³² SALDANHA, Nelson: *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p p 194-197.

³³ O presente trabalho tratará, apenas, das mais acentuadas, por uma questão metodológica do autor, ante à extensão, desnecessária, do presente trabalho. Já que esta é uma faceta, mas não o cerne do trabalho.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: *A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jusitça*. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

O "mundo-da-vida" é o cotidiano, a troca de informações e o acúmulo daquelas refletivas de tradições culturais, institucionais (racionalização do "mundo-da-vida"), entre outras, em um intrincado jogo conjunto, resultante da reprodução cultural contínua e célere, bem como no impacto desta na sociedade, como fruto de uma comunicação.

Surge, com isto, a generalização do valor, que é o processo pelo qual a moral e a norma se ungem de universalidade e abstração, mediante um processo de formalização, adquirindo limites estabelecidos racionalmente.

Destarte, pode ser visto que Habermas produziu uma grande quantidade de trabalhos científicos e filosóficos, onde as suas teses confrontam os postulados de Gadamer.³⁵

No seu exercício filosófico acerca da "lógica das ciências sociais", Habermas apresenta um modelo crítico dialético em oposição ao de Gadamer, criticando tal construção e salientando as deficiências da racionalidade hermenêutica por este pretendida.

No seu ensaio sobre a pretensão da universalidade hermenêutica, trava crítico debate entre o pensamento dialético e o hermenêutico, bem como nos dois volumes da teoria do agir comunicativo, enfoca problemas hermenêuticos da teoria de Gadamer, segundo sua opinião fulcrada em arraigados postulados.

Em suma, Habermas critica Gadamer em ocasiões onde este se opõe a hermenêutica ao conhecimento metódico, base de tal ciência instrumental da interpretação, pois é o pensamento crítico-dialético, o grande responsável pelas reflexões em áreas onde a hermenêutica não tangencia.

Gadamer tenta desassociar o método da dialética e da hermenêutica, gerando insurgência por parte de Habermas, preocupado em não afastar a ciência da filosofia, algo que a hermenêutica filosófica careceria, pois tal filosofia versa sobre direito e portanto necessita se prender a princípios próprio desta ciência, sob pena de malfadar suas pretensões.

Melhor salientando, Habermas observa que Gadamer se choca contra a desvalorização positivista da hermenêutica, mas ele se encontra com seus adversários,

³⁵ ANDRADE, Cristiano José de: *A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jusitça*. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

quando afirma que a experiência hermenêutica ultrapassa o domínio do controle da metodologia científica. A confrontação de “verdade” e “método” não deveria ter induzido Gadamer, na opinião de Habermas, a contrapor, abstratamente, a experiência hermenêutica ao conhecimento metodológico.

Habermas, então, não descarta totalmente a ciência hermenêutica, apenas a reconhece quando ladear o pensamento crítico, recusando sua pretensão de universalidade; de forma a suspender uma superioridade da dialética e da crítica das ideologias em face da hermenêutica, sendo esta uma capacidade adquirida e referida à aprendizagem de uma linguagem natural e à cognição de sinais lingüísticos comunicáveis através da inteligência.

A Hermenêutica, para Habermas, só tem aplicação na esfera de comunicação da linguagem natural; e qualquer coisa além disto seria um sistema lingüístico monológico, artificial e fechado, onde a ciência hermenêutica se esvai. A crítica prepondera à hermenêutica, sendo universal por axiomatizar ideologias.

A realidade sócio-cultural deve ser a tônica para o aplicador do direito, embasado por um raciocínio jurídico, contrapondo-se à cultura local e daquele tempo, para se tornar uma ação aceita, razoável e possível, onde a simples interpretação literal de nada valeria.

04. Métodos de interpretação em geral, caminhos plausíveis ao intérprete do Direito.

Após a leitura do capítulo anterior, o autor passa a elencar as principais formas de interpretação que baseiam os atuais hermeneutas, em sua tarefa de transportar as palavras contidas na norma para a realidade social. Destarte, ele passa a não ser um intérprete da pauta de conduta, exclusivamente, mas sim do próprio direito e todo o seu intrincado sistema lógico-sistêmico.

As formas ou modelos de interpretação abaixo descritos são uma breve e sucinta explicação embasada nas obras de Carlos Maximiliano³⁶ e Vitório Cassone³⁷. Ressaltando que estas não se encerram aqui, bem como visto no capítulo anterior, a cada dia tal ciência

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*; Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp 106-131.

³⁷ CASSONE, Vitório: *Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas.

tende a se modificar, em busca de uma melhor adequação em um mundo globalizado e de célere comunicação de usos, normas e costumes.

A escolha dos métodos abaixo se deu por livre escolha do autor, certos de que os mesmos melhor traduziriam e direcionariam o intérprete da norma.

A interpretação gramatical costuma ser colocada, atualmente, como ponto de partida, mas apenas com o fito didático, levando ao operador a presunção de que o texto será o correto, quando não suscitar no leitor qualquer tipo de dúvida ou inadequação com o sistema jurídico regente. Lembrando que para Kelsen ela deveria ser a tônica e para Hart, só em causa complexas caberia uma interpretação mais aberta.

Entretanto é tarefa do jurista, desconfiar se essa natureza verbal não é apenas aparente e a contrastar com o uso de outros métodos, só a aceitando-a após o pleno convencimento da mesma e seu impacto, satisfatório, no seio social.

Sim pois mesmo a interpretação gramatical não poderá ser vista apenas com o critério lingüístico, mecânico. mais assistida pela lógica da matéria tratada e principalmente pela lógica jurídica. Assim a interpretação gramatical deverá ser axiológica, portanto na forma de uma *“gramática dentro do direito”*.

A interpretação lógico-sistemática existe, pois o direito não formulado apenas se tomando por base textos, mas contextos, ou textos interligados, compondo uma estrutura normativa especial, mais forte e interligadas por um nexos, o que nos leva a afirmar que o bom operador do direito deve conhecer o sistema como um todo, pois muitas vezes um dispositivo necessita de outro para ter sua eficácia plena.

Seria como observar uma norma isoladamente sem saber que a mesma fere ao texto constitucional e a imputar como válida, o que é um absurdo. Para fazer a correta interpretação o operador jurídico deverá conhecer todo o sistema ao qual se insere a norma, para poder questionar a validade e a *qualidade* da mesma.

No contexto o jurista também deve levar em consideração o fato e todas as nuances circundantes ao mesmo, para poder o tipificar com exatidão e aplicar as corretas normas, pois cada caso é único e cada norma terá a aplicação levando-se em conta o desenrolar.

Partindo dos fatos conhecidos, faz-se a subsunção desses à norma e partindo do conhecimento das normas faremos a subjunção ou aplicação aos fatos. A capacidade desta valoração constitui o cerne da habilidade do jurista. Com isto pode ser dito que caso não haja, por parte do jurista, a plena consciência dos fatos, não terá sequer aptidão para juridicizar as situações fáticas.

A **Interpretação teleológica** consiste na certeza de que o *fim* é criador de todo o direito, por isto mesmo o sentido das leis é essencialmente determinado pelo fim. A apuração da finalidade da lei ou da proposição jurídica se faz por meio do método teleológico de interpretação das leis, observando-se as peculiaridades contidas nos preceitos e conceitos jurídicos.

Veremos então que o direito tributário se presta a tentar obter receita para que o Estado possa em contraprestação servir à população com todos os serviços que a mesma necessitar. Assim ficará mais fácil para o aplicador do direito, entender a gênese das normas e sua finalidade se é política, financeira, econômica ou regulatória, para então entender o alcance de cada uma delas.

Assim o método teleológico consistirá na análise da função e finalidade de cada dispositivo legal dentro do ordenamento jurídico e sua harmonia e conexão com as demais partes da ordem jurídica vigente.

A **interpretação histórica ou genética** consiste na afirmação de que uma lei ou disposição normativa é fruto de um processo histórico-cultural. O direito embora tenha características análogas em todo o planeta, possui diferenças em cada país, pois não podem ser prescindidos os costumes, as características circunstanciais e vivenciais de cada povo.

Como dito por Oliver Holmes, a vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência. Não sendo mera construção teórica, mas sim uma edificação com base nas necessidades sociais de cada povo e na necessidade da lei se adequar a tais padrões com o fito de ser mais apropriada e servir melhor a seus propósitos.

Tal sistema serve para que viabilize a análise de determinadas modificações no sistema vigente, ou na comparação com institutos ao redor do mundo, no afã de tentar ver se tal caminho, caso já venha sendo tomado, é realmente sensato e o mais produtor a ser tomado.

Além da utilização dos métodos propriamente ditos, cabe ao intérprete a busca de precedentes na jurisprudência, bem como nos estudos e pesquisas da doutrina, inclusive no Direito Comparado; e quanto mais elementos forem utilizados, melhor e mais abrangente será a técnica interpretativa usada, pois além da *inteligência* o tecnicista jurídico precisa da *habilidade* para lograr êxito em sua função.

05. A incidência do ICMS sobre os meios eletrônico-digitais. A prática em choque com a ordem jurídica.

05. 1: Comercialização de *softwares*.

05. 2: Os *e-books* e livros virtuais.

05. 3: Os serviços prestados pelos provedores de acesso.

05. 4: Mercadorias, não virtuais, negociadas em ambiente virtual.

Por questões metodológicas, passo a abordar algumas aplicações práticas relativas ao ICMS, em relação à: comercialização de *softwares*; venda dos *e-books* e livros virtuais; serviços prestados pelos provedores de acesso; e mercadorias, não virtuais, negociadas em ambiente virtual. A escolha destes assuntos se deve pela maior frequência com que suscitam dúvidas acerca do direito tributário eletrônico-digital.

05. 1: Comercialização de *softwares*.

Os *softwares* devem ser tributados pelo ICMS, pois apesar de frutos do intelecto e do serviço humano, seguem uma acepção de generalidade, de destinação coletiva. Não há como se afirmar que um programa como o *Windows*, da Microsoft, é desenvolvido para um consumidor específico, pois é a plataforma de gerenciamento de programas mais utilizada no mundo, bem como anti-vírus, *firewalls*, *mediaplayers*, etc.

Há, obviamente, a exceção para aqueles programas desenvolvidos para um cliente específico, como uma empresa que pede a um programador, a confecção de um *software*

para gerenciamento de caixa, estoque, controle de vendas, etc. Nesta hipótese há a personalidade e aí seria cabível a tributação com base no ISS.

Portanto, para os *softwares* denominados como de prateleira seria pertinente a tributação com base no ICMS, até por que o Estado membro ou o Distrito Federal seria a pessoa jurídica de direito público mais apta para ser ativa na obrigação tributária, pelo espectro de alcance desta atividade comercial, bem como por a mesma não se desenvolver, apenas, dentro do *locus* municipal, necessitando de uma maior atenção e fiscalização estadual. Até, porque uma política tributária que incentivasse tal ação mercantil, deveria partir da esfera estadual, e não da municipal, mais restrita.

Já para os *softwares* desenvolvidos para um cliente certo e específico, aí sim caberia o ISS, pois há uma personalidade na prestação do serviço, e o trabalho não se destina a uma coletividade indeterminada; bem como o ISS é um tipo de imposto com a alíquota mais amena e mais adequada para a capacidade contributiva do profissional que presta tais serviços.³⁸

A verdade é que a grande maioria dos tributaristas defende a aplicação do ISS para os *softwares*, mas isto se deve por conta da alíquota do ISS ser mais “branda” e convidativa para os contribuintes, mas por ser este um trabalho compromissado com a academia, outra não poderia ser a minha interpretação, senão a mais adequada com a ordem tributária vigente.

05. 2: Os *e-books* e livros virtuais.

Os livros virtuais e os *e-books* devem seguir a lógica do texto constitucional em seu Artigo 150, inciso VI, alínea “c”, sendo plenamente imunes a qualquer tipo de tributação, como são os livros impressos, jornais e revistas. Assim se posiciona o entendimento da grande maioria da doutrina³⁹, com exceção daquela reflexiva de argumentos de

³⁸ SCAFF, Fernando Facury. “O estatuto mínimo do contribuinte”; in: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. p. 458 e 459.

³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

autoridades⁴⁰. Afinal, como não conceder a imunidade ao “mesmo material” quando um o é em papel, mas o outro não o é em *compact disc* (cd)? Tal assertiva parece absurda!

O que realmente importa não é o meio físico onde a obra, a idéia, é transportada, mas sim ela própria, seu conteúdo, sendo, estes, protegidos pelo manto constitucional. O legislador constituinte, em 1988, não tinha acesso à nova realidade, já que à época inexistiam livros virtuais, mal existia a internet.⁴¹

Ora, como poderia o legislador constituinte prever e acrescer ao texto constitucional algo não existente à época? Mais ainda, como clamar tal imunidade atualmente, já que as novas mídias não estão prescritas na Magna Carta? A resposta é simples, pois o postulado do Artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição de 1988 garante à população o acesso ao conhecimento, à informação, daí a necessidade do Estado abrir mão da arrecadação, pensando em algo maior, o bem estar coletivo; não interessando o meio físico onde se transportam as idéias, a informação (quer sejam fruto da literatura, ou do jornalismo), mas sim estas em si consideradas.

Mas como utilizar a analogia para a imunidade, já que não a admito para alargar a incidência tributária? Simples, porque a hermenêutica constitucional se baseia em diferentes patamares, principalmente quando versar sobre o direito fundamental de acesso à informação, conferindo à coletividade uma segurança que deve ser, acima de tudo, dada e defendida pelo Estado, neste sentido:

“A interpretação de norma constitucional sempre inspira cuidados. Atento ao princípio da supremacia constitucional, não pode o intérprete esquecer que a Carta Magna alberga os princípios fundamentais do Estado e que na interpretação de suas normas tais princípios devem ser vistos como um conjunto incindível e não podem ser amesquinhados por força do literalismo estéril que infelizmente ainda domina muitos juristas ilustres.”⁴²

⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. In: Jus Navigandi, n. 38. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002].

⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Imunidade tributária do livro eletrônico. In: Jus Navigandi, n. 38. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002].

⁴² MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. cit.

Destarte, outro não deverá ser o entendimento do operador do direito, senão a plena defesa de tal interpretação, ante a mais moderna hermenêutica constitucional, inclusive sendo esta inarredável; quando se reconhece, para o Estado, o dever de viabilizar e propagar o conhecimento.

05. 3: Os serviços prestados pelos provedores de acesso.

Os provedores de acesso à internet, em alguns estados membros, vem sofrendo a cobrança do ICMS por parte do poder tributante; acontece que tal ação revela em si um excesso. Primeiro por inexistir um tipo previsto pela legislação que trata da matéria, e em segundo plano, por não ser o imposto apropriado, conforme será demonstrado abaixo, pois o correto seria o ISS, caso existisse tal previsão na lista, restritiva, de atividades previstas como fatos geradores para o citado imposto municipal⁴³.

Ora, os estados vêm cobrando ICMS dos provedores de acesso, com a desculpa dos mesmos prestarem serviços de comunicação, quando na verdade não o fazem, pois quem presta tal serviço são as operadoras de telefonia responsáveis e credenciadas pela Anatel, como a Embratel, Telemar, etc. Os provedores apenas prestam serviço adicionado, pois têm de se valer da existência de uma linha telefônica para operarem.

Então, não há como afirmar que se cabe a incidência do ICMS, pois outro imposto será mais apropriado; pois nada mais é o provedor, que um prestador de serviço agregado, a alguém que já contribui com o ICMS, a empresa de telefonia. E no momento, não pode ser tributado, e assim continuará até o acréscimo de tal serviço no rol de incidência do ISS.

05. 4: Mercadorias, não virtuais, negociadas em ambiente virtual.

⁴³ Como se depreende da leitura da lei complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999 e da lista de atividades a ela anexada.

Para tais casos visualizo um sério problema, pois embora a grande maioria não pense assim, achando-o de fácil resolução, não imagino como um negócio jurídico firmado e tratado em ambiente virtual pode ter como certo um local para que se configure o fato gerador para a incidência do ICMS.

Sim, pois em todo este trabalho, inclusive dedicando o item 3, tive a preocupação em demonstrar que um dos fatores essenciais para a configuração do fato gerador é a fixação do local onde ocorreu o fenômeno econômico; e como o fazer em um ambiente virtual, sem o uso de uma interpretação analógica da hipótese de incidência?

O fenômeno econômico se deu pela internet, inclusive o pagamento da compra pode ser feito nela, através de cartão de crédito, ou transferência entre contas bancárias, entre outras. Ora, só fica faltando a tradição do bem, ou a prestação do serviço, portanto o fato gerador ocorreu em ambiente virtual, não podendo ser determinada a sede da empresa como local onde houve a concretização do fato gerador, pois tal conduta, reitero, é imprecisa, análoga e inapropriada por decorrência lógica.

Diga-se, ainda, que a empresa que repassa a mercadoria, *verbi gratia*, pode ser outra que não a empresa negociadora da venda. Assim, não vejo como certa a postura do fisco, o que me leva a afirmar a necessidade da confecção de normas complementares próprias, prevendo tais fatos, para que então, incida-se o ICMS. O objetivo deste trabalho não é afirmar que as transações mercantis na internet são livres de tributação, mas assim estão, sendo necessário fazer com que se cumpra a ordem jurídica tributária vigente, não desmantelando, o sistema, até a implementação de um adequado comando legal.

07. A necessidade de implementação de novas leis, com base na sociologia jurídica. O Direito e o, novo, cotidiano “globalizado”.

Como visto, é defendido pela maioria da doutrina, explicando que a minoria contrária é formada por argumentos e teorias provenientes de autoridades, membros do Estado⁴⁴, há a inarredável necessidade de criação de leis aptas para dissipar conflitos

⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

oriundos de casos específicos com o aqui tratado (tributação eletrônico-digital do comércio eletrônico), errando quem assim não estiver interpretando, pois o Estado serve à comunidade e segue às leis que cria, em uma atitude preservativa da segurança jurídica, não se admitindo, reitero incansavelmente, a prática da analogia em matéria fiscal.⁴⁵

As normas existentes não bastam para alcançar o contribuinte, uma vez que o princípio da estrita legalidade e da reserva legal, não estão sendo atendidos. Sobre a necessidade de confecção de normas novas, para atenderem aos clamores sociais, valho-me dos éditos de Niklas Luhmann que se pronunciou a este respeito:

“Toda sociedade, conforme a sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas e possibilita-la estruturalmente, por exemplo por meio de diferenciação de papéis. Sem forma é perfeitamente normal que projeções normativas conflitem umas com as outras, e que a norma de um torne-se o desapontamento do outro. A sociologia atual está plenamente capacitada para considerar como normas as contradições entre expectativas e até mesmo um grau tolerável de conflito declarado, reconhecendo isto e até mesmo como uma condição para a manutenção do sistema social em um ambiente demasiadamente complexo...”

*...Naturalmente, as expectativas, normativas não podem ser indefinidamente expostas a desapontamentos gerados estruturalmente, continuamente. Em termos gerais as expectativas normativas têm que ser direcionadas de forma a poderem ser bem sucedidas...”*⁴⁶

Luhmann, então, demonstra a necessidade de institucionalização de determinadas condutas pela norma, para que se institua uma necessária situação de segurança entre o cidadão e o Estado. Tal ação visa uma harmoniosa, ainda que no plano teórico, vida em coletividade. Para o direito tributário tal assertiva é de extrema propriedade, pois a estrita legalidade e a tipicidade fechada são princípios norteadores do ordenamento, principalmente quando o patrimônio das pessoas é envolvido.

⁴⁵ BORGES, José Souto Maior. “Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo”. in: *Revista dialética de Direito Tributário*. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997. p. p. 24 a 29.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas: *Sociologia do Direito I*, traduzido por Gustavo Boyer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983. p p 77 e 78.

O direito tributário, como visto no capítulo anterior, inadimite a incidência de uma interpretação analógica, ante ao gravoso ônus a ser gerado para o hiposuficiente contribuinte. A crença e a fé no instrumento são pilares necessários para a ordem legal imposta. Oportunamente exprime Nelson Saldanha:

“...sociologicamente, a estabilidade de uma ordem jurídica faz parte da vida regular das comunidades; e dentre as normas que regem as condutas em suas diversas formas, as jurídicas são um tipo especial mas inserido no conjunto...”

...Quando os grupos adquirem uma idéia menos confusa da realidade “direito”, esta é a situação: o direito consta de regras que se impõem, ou de uma ordem que se monta, sobre o comportamento de todos...

...É inegável que, por trás destes quadros políticos ou destas estruturas, se acham contextos culturais, condições econômicas e mesmo tendências étnicas ou psico-sociais...”⁴⁷

Nosso eterno mestre, com isto, demonstra que a norma é um mecanismo essencial e indispensável para a harmonia social, e para tanto deve se adequar, transformando-se para atender as pretensões das comunidades, como são o comércio eletrônico e sua tributação.

Em igual direção marcha Bottomore, quando postula:

“...creio, definir a mudança social como uma mudança na estrutura social (inclusive mudanças no tamanho da sociedade) ou em determinadas instituições sociais, ou nas relações entre as instituições. Seguindo as distinções propostas antes entre estrutura social e cultura, podemos então empregar a expressão ‘mudança cultural’ pás as variações dos fenômenos culturais, como o conhecimento, idéias, arte, doutrinas religiosas e morais, etc. Evidentemente, as mudanças sociais e culturais estão intimamente ligadas em muitos casos, como, por exemplo, o crescimento da ciência moderna tem estado associado às mudanças na estrutura econômica...”⁴⁸

Os retromencionados ensinamentos são de extrema oportunidade, pois a *internet* abrolha do desenvolvimento tecnológico propiciado pelo alargamento e aperfeiçoamento do conhecimento científico existente, de forma a transformar a vida social. Interessante,

⁴⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira: *Sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p p 150 a 157.

⁴⁸ BOTTOMORE, T. B.: *Introdução à Sociologia*. Traduzido por Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p 241.

também, faz-se a assertiva de Bottomore, no sentido da economia impelir o crescimento científico, pois o comércio eletrônico-digital é a prova viva de tal tese, onde os valores pecuniários investidos em tal modalidade mercantil, aumentam de forma espantosa a cada ano.

Havendo, inclusive, a perspectiva de, em poucos anos, o comércio virtual ou de artigos a ele ligados, tornem-se a tônica do mercado. Os cuidados legislativos deverão ser providenciados desde já, para que se tente, com isto, evitar, ao máximo, conflitos sociais futuros, como os agora existentes, como fruto de uma má interpretação fiscal, proporcionada pelas fazendas estaduais e pelo judiciário, ressaltando as honrosas exceções.

A melhor prevenção, ao meu ver, seria com a elaboração de normas adequadas ao novo estado da arte humana e aos novos valores e anseios sociais, cuja mutação se apresenta, cada vez mais rápida. Sonegar tais axiomas é propiciar o atraso, o retrocesso.

Eva Maria Lakatos, também nos leciona:

“...Nas relações sociais, um dos elementos importantes é a expectativa do comportamento dos outros componentes do grupo, isto é, a possibilidade de prever suas reações que, por sua vez, influenciará nossas futuras ações. Tal possibilidade é essencial para a cooperação e a atuação grupal. A previsão, portanto, depende de um sistema de normas para o qual supõe-se que os componentes do grupo estejam orientados...

...O grupo, ao mesmo tempo que modela o comportamento de seus membros através das normas, também o restringe e disciplina por meio da pressão exercida em função das normas predominantes. Seria falso afirmar que as normas são imutáveis...”⁴⁹

Por fim, o esforço maior, como fruto da pesquisa sociológica efetuada, deverá ser pela procura de uma convivência humana, ainda mais, “harmoniosa”, pois ainda que ela soe, e seja, utópica, o homem tem o dever de tornar suas pretensões em realidade; afinal o aperfeiçoamento necessita de esforços continuados e pretensiosos. O comércio eletrônico já é uma realidade e a movimentação das forças pecuniárias, torna-se cada vez mais vultuosa. Legislar tais fatos é conferir segurança ao próprio Estado e à sociedade, que não deseja, nem deve, suportar mais uma hermenêutica equivocada.

⁴⁹ LAKATOS, Eva Maria: *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 1980. p p 197 e 199.

08. Caminhos pautáveis ao operador do direito, para a resolução dos embates entre o uso da realidade informática hodierna e a necessária adequação do ordenamento jurídico à novidade proveniente de um mundo globalizado, como fruto da hermenêutica. Conclusões.

O homem é um ser em eterna busca por aperfeiçoamento, perquirindo sentido à sua existência e ao que lhe circunda. É nesta realidade onde os valores se modificam de uma maneira espantosa, que as normas e os demais axiomas jurídicos regentes da intersubjetividade humana precisam acompanhar tal dinamismo, caso contrário sérios “atropelos” serão ocasionados, e a segurança do cidadão, depositada no ordenamento, poderá ser abalada.

A *internet* se apresenta como uma conquista humana sem precedentes, ao viabilizar intercomunicação entre pessoas em qualquer lugar do mundo, com a vantagem de ser multimídia, facilitando a troca entre axiomas sócio-culturais. A busca por informação é, hoje, mais fácil e a humanidade usa este instrumento, não mais para a mera troca de dados, mas para a interação entre pessoas, que há alguns anos atrás, dificilmente poderiam se conhecer e manter contato, de uma forma barata e eficiente.

A Economia, conforme visto nos capítulos 02 e 07, não deixa de fora esta faceta tecnológica, voltada para a comunicação, e passa a se utilizar da *internet* como forte meio mercantil, que se mostra quebrando as barreiras da tradição e conservadorismo, quando é constatado o grande aumento no volume de capital envolvido no comércio eletrônico-digital.

O Estado tem, então, a pretensão de tributar tais atividades, mas por questões políticas, como a demora para a elaboração e aprovação de leis complementares e ordinárias, instrumentos adequados para a modificação ou inovação das obrigações tributárias, termina por se utilizar das, inaptas, normas vigentes, para imprimir, à sociedade brasileira, uma política fiscal inaceitável.

É fato sabido por quem lida com direito tributário, que a analogia é inviável e inaceitável, principalmente quando recair sobre o patrimônio do contribuinte, parte mais frágil na relação obrigacional tributária.

Aquilatar tal postura é um sério problema gerado pelo judiciário, ao menos no Brasil, e que foge aos ensinamentos da teoria geral do direito, bem como da filosofia do direito, pois a hermenêutica utilizada não se coaduna com os ensinamentos construídos através dos séculos. Conhecimento é sinônimo de aperfeiçoamento, de aprendizado com os erros. Repetir fatos vivenciados e ponderados como errôneos, significa involuir.

Ressaltando, que, em relação ao direito tributário, e ao fato gerador do ICMS, cerne do presente trabalho, observaremos a sonegação, por parte do fisco e do judiciário, ao que se mostra elementar em direito; como a impossibilidade de aplicar um tributo, sem levar em consideração o local onde se configurou o evento econômico, mercantil, tributado.

A desculpa usada de que há a necessidade de se arrecadar, é, na melhor das hipóteses, uma afronta grave ao ordenamento jurídico, podendo, inclusive, propiciar a sua paulatina desordem e instabilidade.

Não só a inobservância, pelo Estado, do elemento “local” inviabiliza a prática fiscal, pois inúmeros outros aspectos merecem cuidados maiores, como proteção. Entre eles podemos demonstrar a imunidade constitucional cabida aos livros virtuais e que é sonegada pelo poder público, com base em uma hermenêutica restritiva que não se coaduna com a, hodierna, hermenêutica constitucional. Principalmente ao se saber que o principal escopo do legislador constitucional, foi o de imunizar os livros, jornais, revistas, enfim, todos os meios responsáveis pela divulgação e veiculação de conhecimento. Como demonstrado, sucintamente, no capítulo 06, por questões metodológicas.

A hermenêutica, conforme demonstrado no capítulo 04, em especial nos itens 04. 1 e 04. 2, no sub-item 04. 2. 2, ratificam que a hermenêutica deve seguir uma postura não tão fria e objetiva, mas deve se ligar, cada vez mais, às teorias sociológicas, expressando às práticas e vontades cotidianas, até porque o Estado existe como meio para facilitar a convivência social; de forma a se justificar e impor frente à Sociedade.

O jurista moderno não deve se abster da tarefa interpretativa teleológica, histórica, zetética, que são trabalhosas, complexas, mas que se tornam essências à boa aplicação e

implementação do direito para a Sociedade. Esquecer de analisar os dinamismos sociais, apenas se preocupando com os “cofres públicos”, significa a estupidez de não observar o esforço acadêmico através dos séculos.

Posso até parecer ingênuo com tal afirmação, pois o Estado, na prática não se importa com as opiniões acadêmicas, mas é com base nas utopias, nas pretensões ao impossível e nos sonhos, que a humanidade chegou até o presente estado de conhecimento, mutável a cada segundo, graças, também, à *internet*. Além do que, se a academia conseguiu “tirar” a *internet* do domínio militar, vejo a possibilidade do poder público intentar a sua sede por recursos pecuniários, quando os axiomas envolvidos são mais relevantes.

A elaboração de novas normas é essencial por vários aspectos, mas dois se sobressaem. O primeiro se mostra como uma necessidade imposta pelo ordenamento jurídico, de serem tomadas as posturas corretas por parte dos operadores do direito, como a imunidade para os livros virtuais (*e-books*). A segunda implica em se reconhecer que as normas acompanham o desenvolvimento social, e portanto a ordem jurídica deve acompanhar as relações intersubjetivas mais hodiernas, caso contrário será ineficaz.

A lei, entre outras coisas, deverá prever a necessidade do chamamento de técnicos em informática, aos autos, para que expliquem detalhes e minúcias, não perceptíveis por um estudioso, ou aplicador, do direito. Como ocorrem com outras áreas do conhecimento humano, quando se tornam necessárias à prolação de uma decisão judicial.

A norma serviria como um norte, inarredável, ao judiciário, protegendo tanto os que precisassem do provimento judicial, como quem tiver a missão, compulsória, de julgar, pois não estaria pisando em terreno desconhecido.

Neste aspecto, a hermenêutica opera como a tradução dos valores do direito, do ordenamento, que reportam, ou ao menos deveriam, a vontade social por caminhos dissipadores dos conflitos intersubjetivos, inevitáveis, e propagadores consecutivos da justiça e da dignidade humana.

O hermeneuta, então, prende-se não a valores gramaticais, ao interpretar a norma, ele se pauta, ou deveria, em Dworkin, em Gadamer, em Habermas entre outros para que o resultado de sua ação seja a efetivação do direito, que não pode se esbarrar em tão primazes limites.

O hermeneuta é antes de tudo um sábio, pois pondera valores e o impacto de sua interpretação no seio social, o que poderá chegar a mudar suas intenções prévias. Não há, por conta disto, certo ou errado dentro do direito, mas a defesa de axiomas que deverão prevalecer em um certo lapso de tempo.

Como se chegar a tais entendimentos tradutores de justiça e do próprio direito, se o aplicador do direito não se utilizar de uma correta hermenêutica, haurida em princípios que ponderem sobre a realidade social vigente e os valores a ela atinentes, de forma a dignificar a aplicação do direito.

A hermenêutica não deve, ao ver deste Autor, afastar-se do ordenamento jurídico como apregoa Gadamer, mas sim ser a concretização deste e de sua metodologia, conforme defende Habermas. A verdade é que as interpretações em qualquer de suas possibilidades, até as que “neguem” o comando expresso, como as citadas anteriormente, encontram sua guarida dentro do próprio ordenamento jurídico, e do direito, nos princípios encerrados por este.

A tarefa do intérprete é o pesaroso dever de ponderar a melhor aplicação para o direito, sem no entanto o criar, como dito por Dworkin, mas aplicar caminhos existentes através de construções silogísticas fulcradas na ética.

Sendo a existência do ordenamento jurídico uma constante em toda sociedade, deverá, sempre e necessariamente, sujeitar-se a regras de interpretação jurídica visando a conferir a aplicabilidade da norma legal às relações sociais que lhe deram origem, estender o sentido da norma às relações novas, inéditas ao tempo de sua criação, e temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

É esta a dura responsabilidade do aplicador do direito, que deve, reitera o autor, pautar sua existência em busca de saber jurídico e de conhecimento dos valores sociais, para que possa, então, dignificar as suas interpretações, tornando-as como críticas ao ordenamento posto, quando as normas não traduzirem anseios sociais, quer por decorrência do tempo e das inexoráveis transformações oriundas deste, ou quando as normas não se coadunem com os princípios e axiomas regentes do direito e das pretensões e valores gerais.

Os cuidados, deverão ser os maiores possíveis, para que seja evitado, ao máximo, a tomada de ações que inviabilizem ou prejudiquem o andamento da *internet*, nova ferramenta apta à defesa do homem, capaz de mobilizar o “mundo” ao redor de causas sérias e prementes, como a paz mundial, em dias de guerras inconseqüentes, onde o capital e a política imperialista superam tudo.

BIBLIOGRAFIA:

ALBERTIN, A. L.:

Comércio Eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ANDRADE, Cristiano José de:

A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jusitça. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

BORGES, José Souto Maior.

“Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo”. in: *Revista dialética de Direito Tributário*. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997.

BOTTOMORE, T. B.:

Introdução à Sociologia. Traduzido por Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

CASSONE, Vitorio:

Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas.

CASTRO, Aldemario Araújo:

“A PGFN e a Internet”. In: Jus Navigandi, 34.[Internet]
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1814> [Capturado 10.Ago.2002];

“Os meios eletrônicos e a tributação”. In: Jus Navigandi, 34.[Internet]
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1822> [Capturado 10.Ago.2002];

DAUD, Pedro Victorio:

“Incidência tributária nas operações realizadas pela Internet” In: Jus Navigandi, 34.[Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002].

GADAMER, Hans-George:

Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 1ª Ed.
Petrópolis: Vozes, 1997.

GRECO, Marco Aurélio:

“Reforma tributária”; in: Revista de estudos tributários, nº 4. Novembro-dezembro de 1998. São Paulo.

KELSEN, Hans:

Teoria Pura do Direito: tradução de DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LAKATOS, Eva Maria:

Sociologia geral. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 1980.

LUHMANN, Niklas:

Sociologia do Direito I, traduzido por Gustavo Boyer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito, MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito:

“Imunidade tributária do livro eletrônico”. In: Jus Navigandi, n. 38. [Internet]
<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1809> [Capturado 10.Ago.2002]

MARQUES, Renata Ribeiro:

Aspectos do comércio eletrônico aplicados ao Direito Brasileiro. In: Jus Navigandi, n. 52. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2467> [Capturado 10.Ago.2002].

MARTINS, Ives Gandra da Silva:

Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031> [Capturado 10.Ago.2002].

MAXIMILIANO, Carlos:

Hermenêutica e aplicação do direito; Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti:

A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino.

Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 09 nov. 2002.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa:

Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIMENTEL, Alexandre Freire:

O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

RESENDE, Adeilda Coelho de:

A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discrecionalidade do Juiz. Extraída na internet, em 18/09/2002, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.estacio.br/direito/revista/revista2/artigo18.htm>.

SALDANHA, Nelson:

Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

Sociologia do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

SCAFF, Fernando Facury.

“O estatuto mínimo do contribuinte”; in: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

SILVA, José Afonso da:

“*Curso de direito constitucional positivo*”. São Paulo: Malheiros. 1998.

WOLF, Karen Emilia Antoniazzi:

“*A possibilidade de incidência do ICMS nas operações da Internet*”. In: Jus Navigandi, n. 45. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1811> [Capturado 10.Ago.2002].