

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CARLOS AGUSTINHO TAGLIARI

OS PRINCÍPIOS E A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

MESTRADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

**SÃO PAULO
2007**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CARLOS AGUSTINHO TAGLIARI

OS PRINCÍPIOS E A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

MESTRADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário sob orientação da Professora Doutora Elizabeth Nazar Carrazza.

**SÃO PAULO
2007**

CARLOS AGUSTINHO TAGLIARI

OS PRINCÍPIOS E A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, no Curso de pós-graduação em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADORA:

Professora Doutora Elizabeth Nazar Carrazza

Professor(a) Doutor(a)

Professor Doutor

São Paulo, de de 2007

*Ao meu pai, ITAMAR,
manancial de sabedoria e compreensão;
e à minha esposa, KARINA,
adorável mulher e fonte de inspiração.*

RESUMO

“Os princípios e a construção da norma jurídica tributária”

Carlos Agostinho Tagliari

O presente trabalho pretende examinar a participação dos princípios na atividade do intérprete de construção da norma jurídica (em especial da RMIT) nos limites do Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído por uma Constituição dirigente e social, cujo conteúdo principiológico estabelece o compromisso de erradicar a pobreza e minimizar as desigualdades sociais. Nessa linha, tem como objetivo maior, a partir das premissas fixadas pelo denominado “giro lingüístico” e pela “hermenêutica filosófica”, analisar a aptidão dos princípios para, no citado processo de construção da norma, viabilizar a concretização da justiça constitucional tributária. Sua elaboração se justifica, portanto, na medida em que pode contribuir para o estudo da função dos princípios no processo de construção da norma tributária, bem como para uma melhor compreensão da operacionalização dessa participação, tendo sempre em vista a concretização da justiça tributária. O tema é desenvolvido no âmbito das três dimensões da linguagem: sintática, semântica e pragmática, com base na literatura e na jurisprudência a ele relacionadas, e passa pelo exame dos seguintes assuntos: i – a construção lingüística da realidade por meio da interpretação; ii – a noção de direito como sistema comunicacional (de linguagem) constituído por princípios e regras (linguagem normativa), que compõem seu repertório; iii – a estrutura da RMIT; iv – a estrutura dos princípios e sua função, em conjunto com as regras (ambas normas jurídicas *lato sensu*), na constituição da norma jurídica *stricto sensu*; v – os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais tributários enquanto enunciados jurídicos que fixam *valores com alta carga de indeterminação* e enquanto enunciados que fixam *limites “objetivos”*; vi – a interpretação do direito a partir das premissas fixadas pelo giro lingüístico e pela hermenêutica filosófica de Heidegger e de Gadamer e sua aplicação no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro; vii – a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem formulada por Paulo de Barros Carvalho; viii – a atividade do intérprete/aplicador do direito e o percurso por ele trilhado para a construção da RMIT, com ênfase à participação e à influência dos princípios constitucionais tributários nesse processo. O estudo aponta para a necessidade de uma efetiva superação do juspositivismo pelo (neo)constitucionalismo, e da hermenêutica como método pela hermenêutica filosófica, com o respectivo reconhecimento dos princípios como determinantes da atividade de construção de toda e qualquer norma jurídica. No Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 não há espaço para a aplicação mecânica de regras. Os princípios constitucionais devem, assim, participar da construção da RMIT determinando o sentido das “regras que enunciam seus critérios (material, temporal, espacial etc.)” para uma efetiva concretização da justiça constitucional tributária e para que o direito (tributário) assuma sua função de agente de transformação social.

Palavras-chave: direito; constitucional; tributário; linguagem; realidade; sistema; norma; princípio; filosofia; hermenêutica; interpretação; construção; regra-matriz.

ABSTRACT

“Principles and the construction of the rule of tax law”

Carlos Agostinho Tagliari

This study aims at examining the role principles play in the activity of the interpreter of the rule of law construction (especially the matrix-rule of tax incidence, RMIT) within the limits of Brazilian Law's Democratic State, instituted by a steering and social Constitution whose principles establish a commitment to eradicate poverty and minimize social inequality. The major objective, based on premises set by the commonly called “linguistic turn” and “philosophical hermeneutics”, is to analyze the ability that principles have of, in the above mentioned process of composing the rule, rendering the constitutional tax law viable. It is thus justified because it may contribute to the study of the function that principles fulfill in the process of creating a tax law, as well as to a better understanding of how such participation works, always aiming at achieving real tax justice. The theme is developed within the scope of the three language dimensions: syntactics, semantics and pragmatics, based on the relating literature and jurisprudence, and addresses the following topics: i – linguistic construction of reality by means of interpretation; ii – the idea of law as a communication system (of language) composed of principles and rules (normative language) that build up its repertoire; iii – the RMIT's structure; iv – the structure of principles and their function, jointly with rules (both legal norms *lato sensu*), in constituting the legal norm *stricto sensu*; v – the general constitutional principles and tax constitutional principles in their capacity of establishing “objective” limits; vi – the interpretation of law from the standpoint of premises established by the linguistic turn and by Heidegger's and Gadamer's philosophical hermeneutics and its application in the scope of Brazilian Law's Democratic State; vii – the proposal of interpreting law as a language system, devised by Paulo de Barros Carvalho; viii – the law interpreter/enforcer activity and the path treaded thereby for creating the RMIT, with a focus on the participation and influence of tax constitutional principles in this process. The study points out the need to effectively replace juspositivism with (neo) constitutionalism, and hermeneutics with philosophical hermeneutics, with the ensuing acknowledgement of principles as determinants of the activity of creating any legal norm. Under Brazilian Law's Democratic State instituted by the Constitution of 1988 there is no room for the mechanical application of rules. Constitutional principles must, therefore, be part of the RMIT construction, determining the meaning of the “rules that state its criteria (material, temporal, spatial etc.)” for the effective concretization of tax constitutional justice and so that (tax) law fulfills its function as an agent of social change.

Key words: law; constitutional; tax; language; reality; system; norm; principle; philosophy; hermeneutics; interpretation; construction; matrix-rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DIREITO E LINGUAGEM	6
1.1 Giro lingüístico: uma perspectiva construtivista da realidade.....	6
1.2 Evento, fato e linguagem.....	10
1.3 Conhecimento da realidade jurídica	11
1.4 A sociedade como macrossistema comunicacional.....	13
1.5 O direito como sistema comunicacional parcial	16
1.6 Sistemas jurídicos – direito positivo e Ciência do Direito	19
2. NORMA JURÍDICA	23
2.1 Norma jurídica e sua relação com as três dimensões sígnicas: suporte físico, significado e significação	23
2.2 Enunciados prescritivos e proposições jurídicas	26
2.3 Norma jurídica e sua estrutura lógica	28
2.4 A hipótese da norma jurídica.....	29
2.5 O dever-ser interproposicional da norma jurídica	33
2.6 O conseqüente da norma jurídica.....	34
2.7 Norma jurídica completa – primária (dispositiva ou sancionadora) e secundária (processual sancionadora).....	37
2.8 Norma jurídica <i>lato sensu</i> e <i>stricto sensu</i>	39
2.9 Norma de comportamento e norma de estrutura	41
2.10 Definição de norma jurídica nos campos sintático, semântico e pragmático	42
3. NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA	46
3.1 Regra-matriz de incidência tributária	46
3.2 Hipótese da Regra-matriz de incidência tributária e seus critérios.....	47
3.3 Conseqüente da Regra-matriz de incidência tributária e seus critérios	48
4. PRINCÍPIOS JURÍDICOS – SUA ESTRUTURA E FORÇA NORMATIVA	50
4.1 Análise etimológica do termo “princípio” e enquadramento histórico de seu significado	50
4.2 Compreensão principiológica do sistema jurídico brasileiro.....	54

4.3 “Princípio” enquanto norma jurídica <i>lato sensu</i>	58
4.4 Definição de princípio.....	59
4.5 Princípios que fixam valores densamente indeterminados e princípios que fixam limites “objetivos”	61
4.6 Normas, princípios e regras jurídicas	68
5. PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO	77
5.1 Princípios constitucionais gerais.....	77
5.2 Princípios constitucionais tributários enquanto enunciados que fixam valores com alta carga de indeterminação	97
• <i>Capacidade contributiva</i>	100
• <i>Não-confisco</i>	111
• <i>Mínimo existencial</i>	115
• <i>Progressividade</i>	117
• <i>Seletividade</i>	124
5.3 Princípios constitucionais tributários enquanto enunciados que fixam limites “objetivos”	127
• <i>Princípio da estrita legalidade</i>	128
• <i>Princípio da tipicidade</i>	129
• <i>Princípio da vinculabilidade da tributação</i>	131
• <i>Princípio da anterioridade</i>	131
• <i>Princípio da anterioridade nonagesimal ou noventena</i>	133
• <i>Princípio da irretroatividade da lei tributária</i>	134
• <i>Princípio da uniformidade geográfica</i>	135
• <i>Princípio da não-discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens</i>	136
• <i>Princípio da territorialidade da tributação</i>	136
• <i>Princípio da indelegabilidade da competência tributária</i>	137
• <i>Princípio da não-cumulatividade</i>	138
6. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	140
6.1 Hermenêutica e interpretação jurídica.....	140
6.2 Técnicas de interpretação do direito.....	142
6.3 Vontade do legislador <i>versus</i> vontade da lei	146

6.4 Crítica à interpretação (literal) enunciada pelo artigo 111 do Código Tributário Nacional	148
6.5 Crítica aos demais critérios interpretativos prescritos pelo Código Tributário Nacional	150
6.6 A hermenêutica filosófica	157
6.7 O senso comum teórico da dogmática e da jurisprudência no Brasil – uma manifesta irresponsabilidade com o Estado Democrático de Direito	179
6.8 Hermenêutica jurídica no Estado Democrático de Direito brasileiro	193
6.9 A necessária análise crítica do intérprete ²⁰¹	
7. DIREITO COMO UM SISTEMA DE LINGUAGEM: A PRODUÇÃO DA NORMA JURÍDICA	204
7.1 Análise semiótica das correntes hermenêuticas jurídicas modernas	204
• <i>A Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos</i>	204
• <i>A Livre Investigação do Direito</i>	206
• <i>O Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses</i>	208
• <i>A Teoria Pura do Direito</i>	209
• <i>A Hermenêutica como método e a Hermenêutica como filosofia</i>	210
7.2 O sistema jurídico positivo e a semiótica	214
7.3 Subsistema como conjunto dos enunciados tomados no plano da expressão	222
7.4 Subsistema como conjunto dos “conteúdos de significações dos enunciados prescritivos” ou das “proposições jurídicas”	225
7.5 Subsistema como domínio das significações normativas	229
7.6 A organização das normas constituídas no domínio das significações normativas – o vínculo de subordinação e de coordenação que se estabelece entre as normas ...	233
7.7 Determinações impostas pelo sistema à atividade de produção da norma jurídica ...	235
7.8 Síntese conclusiva a respeito do percurso de construção da norma jurídica	237
8. INTERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA	246
8.1 A construção da RMIT e a influência dos princípios que fixam limites “objetivos”	246
8.2 A construção da RMIT e a influência dos princípios que fixam valores densamente indeterminados	252
CONCLUSÃO	262
REFERÊNCIAS	288

LISTA DE ABREVIATURAS

CF:	Constituição Federal
CTN:	Código Tributário Nacional
DJU:	Diário da Justiça da União
DOU:	Diário Oficial da União
ICMS:	Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços
IE:	Imposto sobre a exportação
II:	Imposto sobre a importação
IOF:	Imposto sobre operações financeiras
IPI:	Imposto sobre produtos industrializados
IRPF:	Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza pessoa física
IRPJ:	Imposto sobre a renda pessoa jurídica
IPTU:	Imposto predial e territorial urbano
ITR:	Imposto territorial rural
Min.:	Ministro
Rel.:	Relator
RMIT:	Regra-matriz de incidência tributária
STF:	Supremo Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justiça
S1:	Subsistema como conjunto dos enunciados tomados no plano da expressão
S2:	Subsistema como conjunto dos “conteúdos de significações dos enunciados prescritivos” ou das “proposições jurídicas”
S3:	Subsistema como domínio das significações normativas
S4:	Subsistema superior jurídico-normativo
TRF:	Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

Com o aumento da complexidade das relações econômicas, políticas e sociais, os Estados Democráticos de Direito encontraram nos princípios uma forma de propiciar um melhor atendimento por parte dos ordenamentos jurídicos às expectativas da sociedade pós-moderna e seus múltiplos conflitos de natureza interindividual e transindividual.

Deveras, o modelo liberal-individualista, apoiado em regras (pretensamente) objetivas com um único sentido a ser “revelado” pelo intérprete, apresentou-se insatisfatório para acompanhar o dinâmico processo de crescimento da complexidade vivenciada no seio social¹. Surgiu, assim, a necessidade de uma maior flexibilização dos elementos que compõem o repertório do sistema jurídico e de uma mudança de postura do intérprete/aplicador do direito.

Referida flexibilização veio com a atribuição de um novo *status* aos princípios jurídicos que contemporaneamente (ultrapassada a fase do positivismo estrito) adquiriram plena força normativa², passando a impor condutas a partir de sua estrutura impregnada de valores a serem preservados e de fins a serem alcançados. Por outro lado, a outorga de maior flexibilidade ao ordenamento jurídico (por meio dos princípios) proporcionou ao intérprete melhores condições para produzir normas jurídicas aptas a solucionar com justiça os conflitos sociais. Com isso a atividade do intérprete vem deixando de ser compreendida como meramente “reveladora” do sentido do texto legal, para ser reconhecida como atividade de “produção” de sentido.

¹ Daí Lenio Luiz Streck destacar que “o paradigma (modelo/modo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista *está esgotado*. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 17) (os grifos são do autor).

² A respeito, vale apresentar a seguinte síntese, elaborada por Paulo Bonavides, sobre a atual força normativa dos princípios e sua importância: “Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo, com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo dos seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.” (**Curso de Direito Constitucional**, p. 294).

E tendo em vista a nova composição do repertório dos sistemas jurídicos é que J. J. Gomes Canotilho vem a definir os modernos sistemas jurídicos como “sistemas normativos abertos de regras e princípios”³ e que Luís Roberto Barroso traz a idéia de que “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”⁴.

Ocorre que, apesar de os princípios terem alcançado essa importância e, em decorrência disso, terem surgido inúmeros estudos a respeito do tema, muito ainda resta a ser analisado, principalmente no que tange à sua participação na atividade do intérprete de construção da norma jurídica. Isso porque são os princípios, com sua maior flexibilidade, que viabilizam ao intérprete, nesta sociedade complexa em que vivemos, produzir sentidos (normas jurídicas) aptos a concretizar os valores constitucionais em todos os casos concretos dependentes de solução jurídica.

No direito tributário, é verdade, a objetividade (e a conseqüente segurança jurídica) deve sempre prevalecer, pois se trata de ramo do direito por meio do qual o Estado, invadindo a esfera de liberdade e propriedade das pessoas, atinge suas respectivas manifestações de riqueza para prover-se do capital necessário ao desenvolvimento de suas atribuições. Assim, para impedir que esse poder seja exercido de forma discricionária (o que poderia redundar em abusos e arbitrariedades, prejudiciais à liberdade e à propriedade dos cidadãos), indispensável a positivação de regras com maior grau de objetividade⁵.

Por outro lado, passando para uma análise dos direitos e garantias dos contribuintes, verificamos que, para uma satisfatória aplicação da legislação tributária, faz-se necessária também a realização da justiça, ao lado da reclamada

³ **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1.145.

⁴ **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Brasil**, p. 307.

⁵ Tal objetividade passou a ter ainda mais relevância com o advento do Estado Social e, mais recentemente, com os Estados Democráticos de Direito, nos quais a demanda por receitas tributárias é bastante elevada para que o ente estatal possa bem executar suas políticas públicas provedoras, minimizadoras das desigualdades sociais. Sobre o tema, José Casalta Nabais esclarece que, enquanto o Estado Liberal, “(...) pretendendo-se um estado mínimo, assentava numa tributação limitada (...)”, o Estado Social, “(...) economicamente interventor e socialmente conformador (...) movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia,

segurança jurídica. Assim, quando falamos em direitos e garantias dos contribuintes, verificamos a necessidade de existência de um rol satisfatório de princípios capazes de garantir que a persecução estatal, via imposição de tributos, ocorra de forma a promover também a justiça tributária, e não somente segurança jurídica.

Este estudo se justifica, portanto, na medida em que tem como escopo propor, com base nos legados do giro lingüístico (que rompeu com o paradigma da filosofia da consciência, instaurando o paradigma da filosofia da linguagem) e da hermenêutica filosófica de Heidegger e de Gadamer (que rompeu com a hermenêutica tradicional: hermenêutica como método, cuja função era a revelação de sentido do texto e não a produção desse sentido), que a atividade de produção de sentido dos textos jurídicos seja determinada pelos princípios constitucionais tributários, tendo sempre em foco a aplicabilidade desses princípios aos casos concretos, ou seja, examinará a interação do intérprete no texto e no contexto da construção/aplicação da norma jurídica tributária.

Deveras, sendo de fundamental importância a existência dos princípios no sistema jurídico para uma justa aplicação do direito tributário, imprescindível é o aprofundamento do estudo da sua função no processo de construção da norma jurídica tributária. Tentaremos, assim, demonstrar como os princípios, na qualidade de mandamentos nucleares do sistema e normas jurídicas *lato sensu* que são, participam (ou deveriam participar) da construção de toda e qualquer norma jurídica *stricto sensu*, determinando seu sentido.

Para a elaboração deste trabalho, partiremos das premissas fixadas pelas Teorias da Linguagem e Comunicacional, utilizando-as – conjuntamente com o instrumental oferecido pela semiótica e pela teoria dos signos – como base filosófica para compreensão e desenvolvimento do tema proposto. Sendo assim, o presente trabalho lidará com a noção de “norma jurídica” como “significação” produzida pelo intérprete a partir dos sentidos que a leitura crítica e contextualizada dos textos jurídicos (postos pelas autoridades competentes) desperta em sua mente.

Indo um pouco além, trabalharemos também com a noção de que a norma jurídica é construída a partir de textos jurídicos – que enunciam princípios e regras – espalhados pelos diversos subsistemas do direito. Isso porque é da análise

tem por base uma tributação alargada – a exigida pela estrutura estadual correspondente.” (**O dever fundamental de pagar impostos**, p. 194).

sistemática dos diversos textos que, em separado, propiciam a produção de fragmentos de norma (norma em sentido lato) na mente do intérprete, que este produzirá, ao final, expressões completas de sentido deontico-jurídico (normas em sentido estrito). A respeito, Karl Engisch ensina que “só da combinação delas [fragmentos de norma] entre si resulta um sentido completo”⁶.

Também analisaremos e relacionaremos a hermenêutica filosófica com a função que deve(ria) ser desempenhada pelos interpretes/aplicadores do direito nos limites do Estado Democrático de Direito brasileiro instituído pela Constituição de 1988.

Por fim, para fechar o raciocínio jurídico que almejamos desenvolver, iremos examinar a participação dos princípios na formação da norma jurídica tributária. Para tanto, faremos uso do referencial teórico oferecido por Paulo de Barros Carvalho⁷ a respeito dos quatro subsistemas (i – conjunto de enunciados prescritivos, tomados no plano da expressão; ii – conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; iii – domínio articulado de significações normativas; e iv – vínculo de coordenação e subordinação das normas constituídas no domínio das significações normativas) nos quais deve o intérprete imergir visando à construção e à organização das normas jurídicas tributárias a partir das premissas fixadas pela hermenêutica filosófica.

⁶ **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 38. Para facilitar a compreensão do nosso trabalho, desde já adiantamos que os princípios, como norma *lato sensu* que são (segundo defendemos), têm a estrutura de uma proposição prescritiva com significado atômico que, em conjunto com outras normas em sentido lato (interessando-nos, entre elas, as normas *lato sensu* referentes aos critérios da RMIT), possibilitam a construção da norma jurídica *stricto sensu* que, no campo das imposições tributárias, é a RMIT. Simbolicamente, temos: “(NI¹.NI².NI³...NIⁿ)→Ns” (nessa representação simbólica NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são normas *lato sensu* que implicam Ns, ou seja, a norma *stricto sensu*). Sendo assim, como representamos a RMIT (Ns) por:

$$DSn \{Ht [Cm (v \cdot c) \cdot Ce \cdot Ct]\} \rightarrow Cst [Cp (Sa \cdot Sp) \cdot Cq (Bc \cdot Al)],$$

$$\longleftrightarrow$$

DSm

então sustentamos que:

$$(NI^1.NI^2.NI^3...NI^n) \rightarrow \{DSn \{Ht [Cm (v \cdot c) \cdot Ce \cdot Ct]\} \rightarrow Cst [Cp (Sa \cdot Sp) \cdot Cq (Bc \cdot Al)]\},$$

$$\longleftrightarrow$$

DSm

onde NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são os “princípios constitucionais com aplicação no direito tributário” e as “regras que enunciam os critérios da regra-matriz”, ou seja, proposições com significado atômico (normas jurídicas *lato sensu*) que, sistematizadas pelo intérprete, implicam a RMIT (norma jurídica *stricto sensu*). Por meio da exposição dessa fórmula lógica, portanto, verificamos como ocorre a interação dos princípios e regras no “processo de construção da norma jurídica tributária” desenvolvido pelo intérprete e do qual estaremos tratando no presente trabalho.

⁷ A respeito, ver as seguintes obras de Paulo de Barros Carvalho: **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 61-92; **Curso de direito tributário**, p. 109-133; **Tributo e segurança**

Ressaltamos, ainda, que é escasso o trabalho da doutrina acerca do tema que envolve a construção da norma jurídica tributária em contextualização com as Teorias da Linguagem e Comunicacional do Direito e, em especial, que enalteça o papel dos princípios jurídicos nesse labor construtivo.

De fato, o aplicador do direito, quando diante dos textos de direito positivo que trazem os princípios e as regras necessários à construção da norma jurídica tributária para um determinado caso concreto, carece de um referencial teórico que lhe permita construí-la com rigor lógico-semântico-pragmático. Acaba, assim, produzindo normas jurídico-tributárias que não refletem o conteúdo e o sentido oferecidos pelo sistema jurídico – visto em sua integridade e unidade a partir do conjunto principiológico da Constituição – em detrimento seja do contribuinte, seja do Estado, dependendo da forma como a construção da norma é por ele realizada.

Diante disso, propusemo-nos a desenvolver este estudo, que analisará de forma pormenorizada o processo de construção da norma jurídica tributária e, em especial, qual o papel dos princípios nesse processo de geração de sentido dos textos de direito positivo.

1. DIREITO E LINGUAGEM

1.1 Giro lingüístico – uma perspectiva construtivista da realidade

A indicação e a apresentação da linha filosófica que adotamos para o desenvolvimento do presente estudo é de crucial importância. Seu entendimento é que possibilitará a compreensão das mensagens contidas na completude deste texto e das conclusões a que chegaremos.

Outrossim, para que um texto seja coerente e preciso, indispensável se faz a opção por uma determinada linha filosófica. Deveras, ao optarmos por uma corrente filosófica, fixamos a forma de conhecimento da realidade que figura como seu objeto de análise. Aqui estaremos estudando a realidade jurídica e, mais especificamente, como se dá a construção da norma jurídica tributária. Devemos, então, desde logo, fixar a corrente filosófica que nos guiará à compreensão dessa realidade.

Durante séculos o conhecimento esteve atrelado ao “ser” (objeto). Daí a famosa frase de Parmênides, lançada em seu poema *Sobre a natureza*: “o ser é, o não ser não é”. Nesse período, a teoria do conhecimento fixava-se no estudo da relação entre sujeito e objeto, mas concentrando o conhecimento no objeto (no “ser”), a partir do qual se fazia possível auferir o conhecimento (ontologia).

Já na Idade Média predominou a gnosiologia. Esta linha filosófica, ao contrário da ontologia, centrou-se na razão (no sujeito) como fonte do conhecimento. Temos, aqui, a célebre frase de René Descartes, na sua obra *Discurso sobre o método*: “Penso, logo existo”.

Para essas correntes filosóficas, a linguagem sempre serviu unicamente de meio. Algo que se colocava entre o objeto (ser) e o sujeito (razão) como simples instrumento para se obter o conhecimento e descobrir a realidade.

No entanto, com a filosofia da linguagem e, mais especificamente, com o surgimento do movimento conhecido como “giro lingüístico”⁸, a linguagem deixou de

⁸ “Giro lingüístico” trata-se de expressão utilizada por Richard Rorty (**El giro lingüístico**), que equivale às expressões “guinada lingüística”, utilizada por Habermas (**Pensamento pós-metafísico**, p. 16) e “reviravolta lingüística”, de Manfredo Oliveira (**Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**) como designação para o movimento filosófico ora analisado. A respeito desse movimento filosófico e sua grande repercussão e importância, Castanheira Neves apresenta a seguinte síntese: “A cultural viragem para a linguagem traduz-se, como se sabe, na radical perspectivação lingüística de todos os fenômenos e problemas culturais, e em todos os seus níveis (filosófico, epistemológico e metodológico), em termos de se afirmar

ser mero instrumento (meio), para ser a fonte criadora não só do objeto, como também do sujeito⁹. A realidade, em última instância, passa a ser algo criado pela linguagem. Deixa de ter existência autônoma para depender da linguagem.

que esses problemas são fundamentalmente problemas de linguagem, e como tais não só exigem uma específica análise linguística como por essa análise se resolveriam ou mesmo a ela se reduziriam. E o que importa sublinhar é que esta perspectiva, pela larga repercussão, se não já predominância intencional, que actualmente se haverá de reconhecer-lhe, tende a ser o marco cultural da nossa época. Neste sentido nos diz H. Seiffert (**Introducción a la teoría de la ciencia**, p. 32) que 'certamente não exageramos se designarmos a época da *linguagem* como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até à análise da linguagem)'. [O que hoje, e em termos análogos, insistentemente se reafirma: APEL, K.-O. **Die transzendentalhermeneutische Begriff der Sprache**, p. 333: 'De forma sintética pode dizer-se que a *filosofia primeira* não é mais a investigação da *natureza* ou da *essência* das *coisas* ou dos *entes* (*ontologia*), e também não a reflexão sobre as *representações* ou os *conceitos* da *consciência* ou da *razão* (*teoria do conhecimento*), mas a reflexão sobre a *significação* ou o *sentido* das expressões linguísticas (*análise da linguagem*)'. RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**, p. 207: 'A imagem da filosofia antiga e medieval como preocupada com *coisas*, a dos séculos dezassete e dezanove com *idéias*, e a esclarecida cena filosófica contemporânea com *palavras*, detém considerável plausibilidade'. HÜSGEN, H. D. **Pensamento e linguagem**: horizontes de uma nova filosofia, segundo Ludwig Wittgenstein, p. 40: 'Esta nova filosofia representa a base de um rumo do pensamento contemporâneo. A intenção dela não é tanto a investigação da natureza da essência dos seres, no sentido de Platão, ou da fenomenologia moderna; não é análise das concepções e do conteúdo da consciência humana; mas esta nova filosofia é a reflexão sobre o significado e o sentido das formas lingüísticas, é análise do uso da língua, é crítica da reflexão sobre as condições lingüísticas do conhecimento humano']. Postula-se assim que a referência, a orientação e a ordenação do mundo (da sua existência no mundo) fá-las o homem pela linguagem, que a linguagem é o radical mediador do seu acesso cultural ao mundo. 'O que há no mundo não depende em geral do nosso uso da linguagem, mas já depende deste uso o que podemos dizer que há' – afirma pragmaticamente W. V. O. Quine (**From a logical point of view**, VI). Mais do que isso, a linguagem será inclusivamente o último e constitutivo transcendental de todo o sentido e bem assim da comunicação significante em que ele é possível. Deste modo estaria mesmo excluída a evidência primeira, fosse ela racional (como em Descartes) ou empírica (como Locke), ou qualquer direta e privilegiada representação objectiva pré-linguística. Que tanto é dizer que não teria sentido referirmo-nos a um qualquer ente ou objecto em si, pois a conclusão linguística impõe que um 'objeto' é aquilo que eu designo como uma palavra da minha linguagem – 'um objeto é tudo aquilo para o qual temos uma palavra na nossa linguagem' (SEIFFERT, H. **Introducción a la teoría de la ciencia**, p. 32) do mesmo modo que 'ter um conceito é empregar uma palavra'. O que significa a prioridade do *quidmodo* sobre o *quid* ou a transferência intencional da 'essência' para a 'significação' [O que poderá enunciar-se mais expressivamente segundo duas fórmulas de Wittgenstein (**Philosophische Untersuchungen**: 'O que, aparentemente, *terá* de haver, pertence à linguagem' (§ 50); 'Que tipo de objeto algo é, di-lo a gramática' (§ 373)], e terá consequências capitais. Nada menos do que estas, enunciadas também por Seiffert (**Introducción a la teoría de la ciencia**, p. 32): 'Desde que se define um *objeto* como aquilo que se designa com uma palavra da linguagem, deixam-se de lado os problemas sem fronteiras que a quase três mil anos se têm fixado em torno de coisas como *ser* e *conhecimento*; falando em termos técnico: toda a *ontologia* (doutrina do ser) e a teoria do conhecimento. Com efeito, o analítico da linguagem já não necessita de perguntar-se *que* é um objeto ou *como* o conhecemos. Basta que se *faça* do objeto'. Quer o metafísico realismo platônico e aristotélico, quer o transcendental idealismo cartesiano e kantiano, ou seja, as duas grandes dimensões do pensamento filosófico tradicional estariam deste modo superadas! O que deve entender-se com o radicalismo que lhe corresponde, pois se a linguagem era compreendida anteriormente como simples veículo de pensamentos que unicamente importavam, volve-se agora o próprio fenómeno linguístico como tema central.' (**O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, p. 117-120)

⁹ Nesse sentido, Umberto Eco, fazendo uso dos ensinamentos de Peirce, destaca: "Somos, como sujeitos, aquilo que a forma do mundo produzida pelos signos nos faz ser. (...) Nisto pensava provavelmente Peirce quando escrevia: «Posto que o homem só pode pensar por meio de

Não por outro motivo que o movimento filosófico em referência teve uma de suas premissas fixada na obra *Tractatus logico-philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, na qual afirma que “os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo”¹⁰. Deveras, os fenômenos para os quais não tenho linguagem para apreender, passam por mim despercebidos, não integrando o meu mundo.

Se não possuo linguagem para diferenciar duas árvores de espécies distintas quanto à sua composição biológica, tratá-las-ei simplesmente como árvores, nada mais podendo dizer sobre elas. Já um biólogo, ao deparar-se com as mesmas árvores, poderá descrever a estrutura biológica interna delas, apresentar os seus respectivos nomes científicos e tudo mais que a sua linguagem permita dizer sobre elas. Isso porque o limite do seu mundo, no que diz respeito à botânica, é muito mais amplo do que o meu. As diferenças por ele conhecidas com relação àquelas duas árvores, para mim não existem, e isso pelo simples fato de que não possuo linguagem para falar sobre elas, de modo que não integram minha realidade (meu mundo).

Analizando o tema, Fabiana Del Padre Tomé destaca que “essa nova corrente filosófica rompeu a tradicional forma de conhecer a relação entre linguagem

palavras ou de outros símbolos externos, estes poderiam querer dizer: ‘Tu não significas nada que nós não te tenhamos ensinado, e portanto apenas significas enquanto diriges algumas palavras como interpretante do teu pensamento.’ De fato, portanto, os homens e as palavras educam-se reciprocamente: todo o acréscimo de informação num homem comporta – e é comportado por – um correspondente acréscimo de informação de uma palavra... A palavra ou signo que o homem usa é o próprio homem. Posto que, como o facto de que todo o pensamento é um signo – considerado a par do facto de que a vida é um fluxo de pensamento – prova que o homem é um signo, assim também o facto de que todo o pensamento é um signo *externo* prova que o homem é um signo *externo*. Isto é, o homem e o signo externo são idênticos, no mesmo sentido em que as palavras *homo* e *homem* são idênticas. Assim, a minha linguagem é o somatório total de mim mesmo, posto que o homem é o pensamento.» [PEIRCE, Charles S. Some consequences of four incapacities. In: **Journal of Speculative Philosophy**, II, p. 140-147 (tradução italiana in: **Semiotica. I fondamenti della semiotica cognitiva**. Turim: Einaudi, 1980, p. 84)]” (**Semiótica e filosofia da linguagem**, p. 67-68). Daí Charles Sanders Peirce afirmar, em outra obra, que “(...) quando pensamos, nós mesmos, tal como somos naquele momento, surgimos como um signo” (**Semiótica**, p. 269). Fabiana Del Padre Tomé, por sua vez, destaca que, com o advento do giro lingüístico, “a linguagem deixou de ser um meio entre ser cognoscente e realidade, convertendo-se em léxico capaz de criar tanto o ser cognoscente como a realidade” (**A prova no direito tributário**, p. 1).

¹⁰ *Tractatus logico-philosophicus*, p. 142. (tradução nossa – a edição por nós citada neste trabalho apresenta a versão original em alemão – “5.6 *Die Grenzen meiner Sprache* bedeuten die Grenzen meiner Welt” – e a tradução em espanhol – “5.6 *Los límites de mi lenguaje* significan los límites de mi mundo). Já no prefácio da citada obra, Wittgenstein, com a pretensão de tentar sintetizá-la, enuncia: “(...) lo que siquiera puede ser dicho, puede ser dicho claramente; y de lo que no se puede hablar hay que calar”. E, mais adiante, complementa: “(...) el límite solo podrá ser trazado en el lenguaje, y lo que reside más allá del límite será simplemente absurdo.” [“absurdo” = “Unsinn” (do original em alemão) e “sem-sentido” (nossa tradução)] (p. 11).

e conhecimento, entendendo que a própria compreensão das coisas dá-se pela preexistência de linguagem, deixando esta de ser concebida como mero instrumento que liga o sujeito ao objeto do conhecimento”¹¹. Deveras, a linguagem é que passa a estar na origem do conhecimento. É ela que vem antes, criando a realidade passível de ser apreendida pelo sujeito¹².

E o meio pelo qual se dá essa criação é a interpretação. O homem, tendo contato com eventos, interpreta-os, criando linguisticamente coisas e fatos. Ele apreende cognoscitivamente algo da existência concreta e, após atribuir-lhe significado em seu intelecto via interpretação, por meio de ato de objetivação lingüística, irá criar a coisa ou o fato. A coisa ou o fato, portanto, é aquilo que foi criado pela linguagem via ato de interpretação. Antes da interpretação e da respectiva objetivação em linguagem competente não há a coisa ou o fato. Daí porque o objeto do conhecimento, a partir de então, deixa de ser uma determinada coisa ou fato para ser a própria linguagem. Quebrar paradigma¹³, nesse sentido, é superar uma linguagem (teoria).

Dardo Scavino, a esse respeito, bem demonstra que, “se um significante remete sempre a outro significante, e jamais a um referente, então as coisas não estão antes do discurso, mas sim ao contrário. Ou, para uma versão nietzscheana desta inversão, ‘não existem fatos, só interpretações, e toda interpretação interpreta outra interpretação’”¹⁴. Portanto, como ensina Fabiana Del Padre Tomé, “se a coisa não precede a interpretação, só aparecendo como tal depois de ter sido interpretada, então é a própria atividade interpretativa que a cria”¹⁵.

¹¹ **A prova no direito tributário**, p. 1.

¹² Conforme destaca Lenio Streck, Wittgenstein (na obra *Investigações Filosóficas*) “parte da idéia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também *o aproxima* muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *a condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento.” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 168) (os grifos são do autor). De fato, com o advento do giro lingüístico, a linguagem passa a ser reconhecida como “momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano”. (OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**, p. 13)

¹³ Boaventura de Sousa Santos, de forma sintética, lembra-nos que paradigmas, na concepção originariamente proposta por Kuhn, são entendidos “(...) como concepções científicas universalmente reconhecidas e que, durante um certo período, proporcionam problemas-modelo e soluções-modelo para uma comunidade de cientistas.” (**A gramática do tempo**: para uma nova cultura política, v. 4, p. 403)

¹⁴ **La filosofía actual**: pensar sin certezas, p. 36. (Tradução nossa)

¹⁵ **A prova no direito tributário**, p. 4.

Por isso, a afirmação de que a linguagem é que constrói a realidade, estabelecendo os limites do mundo de cada um dos sujeitos cognoscentes. Sem linguagem que crie os fatos e as coisas, eles não possuem existência para nós, passando a pertencer ao nosso mundo (realidade) somente a partir do momento em que houver linguagem para sobre eles se falar; e, ao meu mundo, quando eu tomar conhecimento dessa linguagem. Daí, também, Martin Heidegger afirmar que “a linguagem é a casa do ser”¹⁶, Hans-Georg Gadamer concluir que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁷ e Vilém Flusser completar sustentando que “língua é realidade, ou: não há realidade além da língua”¹⁸.

Para uma melhor compreensão desse tema, temos que dar um passo adiante, adentrando a análise dos conceitos de “evento” e “fato”.

1.2 Evento, fato e linguagem

Se o fato e a coisa são criados pela linguagem via ato de interpretação, o que, na origem, está-se a interpretar, se a interpretação (metalinguagem) pressupõe algo a ser interpretado (linguagem objeto)? A explicação encontra-se no conceito de “evento”. É que, ao afirmarmos que a interpretação está na origem e que a linguagem é que cria a realidade, não estamos afirmando a inexistência de quaisquer objetos físicos quando não haja linguagem. Isso porque são esses objetos físicos e os eventos deles decorrentes, juntamente com o contexto em que ocorrem, que compõem o objeto original do ato de interpretar.

“Evento”, portanto, é tudo aquilo que se apresenta no mundo (fenomênico), mas que passará a pertencer à nossa realidade após ser interpretado e objetivado por linguagem competente que criará o fato. Já o “fato”, nessa perspectiva, é criado linguisticamente por meio de atividade interpretativa, ou seja, é o resultado do ato de interpretar e verter em linguagem o evento. A linguagem, assim, é que cria o fato por meio da interpretação e objetivação do evento.

A realidade nada mais é que do que aquilo que linguisticamente se diz que ela é. Nesse sentido, aliás, é que Lacan vem a afirmar: “nunca se sabe o que pode acontecer com uma realidade até o momento em que se a reduz definitivamente em

¹⁶ **Carta sobre o humanismo**, p. 33 e ss.

¹⁷ **Verdade e método**, p. 612.

¹⁸ **Língua e realidade**, p. 202.

linguagem”¹⁹. Aquilo que não é interpretado e vertido em linguagem, a propósito, sequer pode ser apreendido pelo sujeito cognoscente, não compondo sua realidade. Portanto, a realidade não é composta de coisas e fatos que se apresentam originalmente ao homem e são por ele nomeados, mas sim é a linguagem que os constitui. Eles não existem enquanto não vertidos em linguagem para que possamos deles falar, ou seja, enquanto não forem criados por linguagem competente, estando aqui, mais uma vez, a confirmação de que o objeto do conhecimento é a linguagem, e não a coisa em si. O que conhecemos é aquilo que falamos a respeito das coisas. Verdadeiro ou falso não é o fato ou a coisa, mas sim o enunciado que criou aquele fato ou aquela coisa.

O relato do evento, por sua vez, pode ocorrer por meio de linguagem natural ou técnica. Caso seja realizado por meio de linguagem natural, ela estará constituindo a realidade social. É assim que ocorre a construção da realidade social, ou seja, por meio do relato em linguagem natural dos eventos percebidos no mundo fenomênico pelo sujeito que os relata. Outrossim, quando o relato é feito por meio de linguagem técnica, ela estará construindo a realidade do campo específico do conhecimento técnico a que se refira. Assim, quando o relato se dá por linguagem técnica do direito, esta estará constituindo a realidade jurídica.

1.3 Conhecimento da realidade jurídica

Partindo da premissa de que a realidade é construída pela linguagem, temos, agora, que dar um passo adiante na análise da corrente filosófica que embasa o presente estudo jurídico. Isso porque, conforme verificado, existem inúmeras realidades, partindo da social – que é constituída pela linguagem natural – até aquelas relativas às diferentes áreas do conhecimento técnico humano, estando, entre estas, a realidade jurídica, que é constituída pela linguagem do direito²⁰.

¹⁹ **O Seminário - Livro 2**, p. 118.

²⁰ Conforme temos sustentado, a realidade é constituída por linguagem, sendo a realidade do direito, destarte, também constituída por linguagem. Nesse sentido, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, “dentre os muitos traços que lhe são peculiares, vimos salientando que o direito oferece a linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo), o que permite a ilação forte segundo a qual não podemos cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 61-62). Ernildo Stein, por sua vez, em prefácio à obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, de Lenio Streck – que utiliza intensamente das contribuições do ‘giro lingüístico’ –, ressalta que “somente quando

A realidade jurídica, portanto, é constituída a partir dos relatos realizados por meio de linguagem competente do direito. Ocorrido um determinado evento no mundo fenomênico e havendo seu relato somente em linguagem natural, este relato estará a constituir única e exclusivamente um fato social, que integra a realidade social. Contudo, havendo o relato daquele mesmo evento também em linguagem do direito, ele estará constituindo um fato jurídico, que integrará a realidade jurídica.

Entram em cena, aqui, os conceitos de sistema e pertinencialidade. Cada realidade forma um sistema, que é constituído por linguagem própria, de modo que, para pertencer a uma determinada realidade, a linguagem deve preencher os critérios de pertinencialidade do respectivo sistema. A respeito da importância do critério de pertinencialidade para verificação dos elementos que pertencem a um determinado sistema, Lourival Vilanova bem demonstra que:

De um só membro ou elemento, ou de vários membros ou elementos, um conjunto não se constitui sem critério-de-pertinência. O membro ou os membros têm de satisfazer esse critério, explícito ou implícito (...). Conotativamente, o critério é dado por um predicado *P*: os *x* tais que têm a *propriedade* indicada no *predicado P* (convencionando, os objetos têm propriedades que, *em nível sintático*, são representadas pelos predicados)²¹.

Sendo assim, temos que a realidade social – formadora do sistema social – é constituída por linguagem natural; e que a realidade jurídica – formadora do sistema jurídico – é constituída pela linguagem do direito, entendida como aquela que contém o critério de pertinencialidade (predicado) necessário para pertencer ao sistema jurídico. Passaremos então, a partir deste ponto, a tentar entender melhor esses dois sistemas, que chamaremos de macrosistema comunicacional social e sistema jurídico, respectivamente.

percebemos que tudo se funda na linguagem, que direito é linguagem, que seu funcionamento desliza sobre pressupostos lingüísticos, é que começamos a perceber os contornos da profunda inovação que traz para a ciência e a filosofia do direito e para a hermenêutica jurídica, essa obra surpreendente.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Prefácio).

²¹ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 267.

1.4 A sociedade como macrossistema comunicacional

Dos ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Junior, extraímos que a origem etimológica da palavra sistema é grega, provinda de *syn-istemi*, que significa “o composto”, “o construído”²². A respeito do tema, ele bem demonstra que:

Na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à idéia de uma totalidade construída, composta de várias partes. Conservando a conotação originária de *conglomerado*, a ela agregou-se o sentido específico de *ordem*, de *organização*. Aliada à idéia de *cosmos*, conceito fundamental da filosofia grega, ela aparece por exemplo entre os estóicos para descrever e esclarecer a idéia de “totalidade bem ordenada”²³.

O jusfilósofo Lourival Vilanova, a respeito, destaca que “sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos”²⁴. Com base nesses ensinamentos, concluímos que sistema pode ser definido como conjunto de elementos que formam uma totalidade ordenada. E, valendo-nos mais uma vez dos ensinamentos de Tercio Sampaio Ferraz Junior, temos que os elementos que compõem o sistema são denominados de repertório, e que esses se encontram em relação de coordenação entre si, tendo em vista que todo sistema também possui uma estrutura. Logo, temos sistema onde encontramos elementos (repertório) em relação (estrutura), formando um todo ordenado²⁵.

Distinguem-se normalmente os sistemas em reais e proposicionais, conforme lição de Fabiana Del Padre Tomé²⁶. Nos sistemas reais, o repertório pertence ao mundo da experiência e, nos sistemas proposicionais, o repertório é caracterizado por enunciados lingüísticos. A citada professora, contudo, bem demonstra que tal “dicotomia fica sem sentido diante da consideração de que a linguagem é constitutiva da realidade. Daí falarmos apenas em sistemas *proposicionais*, que denominamos *nomológicos* quando suas partes consistirem em entidades ideais, e *nomoempíricos* se as proposições, descritivas ou prescritivas, tiverem denotação existencial”²⁷.

²² **Conceito de sistema no direito**, p. 9.

²³ *Ibidem*, p. 9.

²⁴ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 162.

²⁵ **Introdução ao estudo do direito**, p. 177.

²⁶ **A prova no direito tributário**, p. 38.

²⁷ *Ibidem*, p. 38.

Com base nisso, e em especial na premissa de que a realidade social é constituída pela linguagem natural, sendo que as demais realidades reclamam linguagem técnica daquele mesmo evento constituído em fato social – pelo seu relato em linguagem natural –, podemos concluir que a sociedade (realidade social) aparece como um macrosistema subdividido em diversos outros sistemas, estando entre eles, por exemplo, os sistemas jurídico, econômico, político e religioso, cada qual composto por comunicações diferenciadas entre si e funções específicas.

Essas construções são explicadas pela Teoria dos Sistemas, que tem em Niklas Luhmann²⁸ seu maior referencial.

A respeito da obra de Luhmann, e para fins do presente trabalho – que não pretende esgotar a análise da Teoria dos Sistemas –, suficiente se faz, num primeiro contato, a citação de passagem do livro *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, de Celso Fernandes Campilongo, incansável estudioso da obra de Luhmann. De forma sintética, Campilongo elucida o tema com as seguintes palavras:

Luhmann entende a observação e o conhecimento como construções de quem observa. Assim, essas construções não guardam correspondência com a realidade externa. São baseadas em distinções. O ponto de partida é a distinção sistema/ambiente. Diversas outras distinções são construídas e conectadas à distinção inicial (por exemplo: operação/observação; real/possível; identidade/diferença). Um sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de auto-reprodução de seus elementos. A sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. A sociedade não é composta por homens ou relações individuais, mas sim por comunicações. Os homens, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais. São exemplos de sistemas parciais os sistemas econômico, jurídico e político. Cada sistema parcial possui seu próprio código (esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente²⁹.

De plano, verificamos mais uma vez a linguagem como constitutiva da realidade. A linguagem (enquanto comunicação) apresenta-se como constitutiva das

²⁸ A respeito, ver as seguintes obras de Niklas Luhmann: **El derecho de la sociedad** (*Das recht der gesellschaft*). Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara (no prelo), 2000; **Social Systems**. Tradução de Joim Bernarez Jr. Stanford: Stanford University Press, 1995; **Sociologia do direito**, I e II volumes. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.

²⁹ **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, p. 66.

realidades jurídica, política, econômica etc. – sistemas comunicacionais parciais –, que, em conjunto, compõem a realidade social – esta na posição de macrosistema comunicacional.

A sociedade, portanto, aparece como sistema mais abrangente, que engloba todas as formas de comunicação. Deveras, conforme demonstramos acima, a partir dos ensinamentos de Celso Fernandes Campilongo, a sociedade é um grande sistema que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação, sendo a própria sociedade, por sua vez, composta por comunicação, pois constituída a partir dos atos de comunicação que a determinam. Sem comunicação, ou seja, sem troca de informações entre os seres vivos, por meio da qual constituem a realidade social, não temos sociedade.

Nesse sentido, temos sustentado que o fato social, o qual compõe a realidade social, formando-a, somente é constituído por linguagem que relate os eventos do mundo fenomênico. Sem este relato lingüístico, constitutivo do fato social, o evento se esvai no tempo, deixando de integrar o macrosistema social. Daí a assertiva de que a sociedade é composta por linguagem, pois somente entra no macrosistema social o relato dos eventos, e não eles próprios. A coisa em si e o próprio sujeito não entram no macrosistema social, mas tão-somente a linguagem que cria referidas coisas e sujeitos.

Destarte, só há sociedade onde houver comunicação. Essa, por sua vez, depende de linguagem, que pode ser idiomática ou não. Em verdade, toda forma de comportamento apresenta-se carregada de significado, servindo à comunicação. Mesmo o “não agir” ou o “calar-se” apresentam-se como comportamento, e, como tal, servem à comunicação. Muitas vezes passamos a mensagem pretendida através de um simples olhar, que nos serve de linguagem não-idiomática para a comunicação. Outras vezes nos comunicamos por gestos e, não raro, inclusive por meio da inação, por um “não falar” ou um “não agir”, que podem vir cheios de significado.

Verifica-se com transparência, portanto, a inter-relação existente entre comunicação e linguagem. Não por outro motivo que Fabiana Del Padre Tomé, sobre o tema, afirma categoricamente:

Para que se tenha comunicação, uma das condições necessárias é a existência de linguagem, idiomática ou não. Tal é a indissociabilidade entre comunicação e linguagem que esta tem sido entendida não apenas como

código mediante o qual se realiza o ato comunicativo, mas também, em sentido *lato*, como a própria comunicação. A presença inarredável da linguagem no processo comunicativo e o fato de a comunicação ser elemento integrante do sistema social implicam a inexistência de sociedade sem linguagem, confirmando nossa assertiva de que o fato social é constituído por relato lingüístico, segundo as regras previstas pelo próprio sistema³⁰.

1.5 O direito como sistema comunicacional parcial

Formando o macrosistema social, como vimos, estão diversos sistemas comunicacionais parciais, todos eles dotados de linguagem (comunicação diferenciada) e funções próprias. O sistema jurídico apresenta-se justamente como um desses sistemas parciais, já que forma um sistema comunicacional diferenciado, com linguagem própria e função específica que o distingue dos demais sistemas imersos no macrosistema social. A respeito, Campilongo destaca que, “na rede de comunicações da sociedade, o direito se especializa na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamentos assentadas em normas jurídicas”³¹. Desde logo, portanto, verificamos que o sistema jurídico possui uma linguagem que lhe é peculiar – linguagem normativa –, que o constitui.

Nesse sentido, ainda com base na teoria de Niklas Luhmann, e assentados nos ensinamentos de Fabiana Del Padre Tomé, temos que o direito se apresenta como “um sistema comunicativo funcionalmente diferenciado e dotado de programas e códigos próprios, apresentando uma forma especial de abertura e fechamento com relação ao ambiente”³². O ambiente no qual se encontra imerso o sistema do direito é o macrosistema social. Com o ambiente, o sistema do direito encontra-se em relação de abertura cognocitiva, mas de fechamento operativo.

O direito está em relação de fechamento operativo com o ambiente, pois, por possuir uma linguagem própria, autonomamente define o que entra no seu sistema. O fato social, para que ingresse no sistema jurídico, precisa ser vertido em linguagem competente do direito, o que somente ocorre caso haja a subsunção de uma norma (programa operacional do sistema do direito) àquele fato, que o juridicize. Verifica-se claramente, portanto, a clausura operacional do sistema

³⁰ **A prova no direito tributário**, p. 39-40.

³¹ **O direito na sociedade complexa**, p. 162.

³² **A prova no direito tributário**, p. 41.

jurídico para com o ambiente. Gregorio Robles, a respeito, bem destaca que o próprio texto (norma/programa) “*cria* as ações que podem ser qualificadas como jurídicas, e o fato de regular a ação não significa que a ação jurídica exista antes do texto, mas sim que é o texto que a constitui”³³, e, mais adiante, apresenta um exemplo que bem demonstra como ocorre esse processo operacional: “por estranho que possa parecer, o homicídio como ação jurídica só existe depois que o texto jurídico prescreve o que é que se deve entender por homicídio. A ação física de matar alguém existe independentemente do texto, mas a ação jurídica definida como homicídio só é possível em razão da preexistência do texto jurídico”³⁴.

Por outro lado, o sistema jurídico recebe informações do ambiente para que possa acompanhar as evoluções nele verificadas. Daí falarmos também em abertura cognitiva. É por ela que se processam as informações recebidas do ambiente. Mas estas, para que entrem no sistema do direito, precisam, como dito, ser vertidas em linguagem do direito, o que impõe a observância das regras internas do sistema, que determinam a forma como aquelas informações – percebidas em virtude da abertura cognitiva do sistema jurídico – serão recepcionadas.

Essa necessidade de observância do programa operacional do sistema do direito para que as informações sejam recepcionadas, por sua vez, demonstra sua clausura operacional. A abertura cognitiva, por estar limitada pelo citado fechamento operativo, garante ao sistema sua autonomia. Com isso, não será o ambiente que determinará o sistema, mas o próprio sistema parcial é que determinará suas alterações, já que todas dependerão de sua estrutura operativa (programa), embora tais alterações sofram forte influência daquele ambiente.

Um sistema com essas características é denominado de autopoietico. Tratando do tema, Cristiano Carvalho lembra que “a autopoiese, teoria sistêmica primeiramente desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela, biólogos treinados em Cibernética, tomou como objeto o ser vivo enquanto sistema ao mesmo tempo fechado, em sua organização interna, e aberto para as informações

³³ **O direito como texto:** quatro estudos de teoria comunicacional do direito, p. 29.

³⁴ *Ibidem*, p. 29. Deveras, conforme ensinamentos de Pontes de Miranda, “a juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico). (...) Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é – normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.” (**Tratado de direito privado**, p. 6).

advindas do ambiente³⁵, lembrando, em seguida, que foi essa teoria que influenciou fortemente Niklas Luhmann, a ponto de levá-lo a aplicá-la no estudo dos sistemas sociais.

Cristiano Carvalho também demonstra que um sistema é considerado autopoietico quando:

1) É auto-regulável: significa que o sistema consegue manter o seu equilíbrio interno através da troca de informações com o ambiente. As respostas ('feedback') do ambiente às mensagens que envia o fazem ajustar a sua função futura. 2) É auto-gerativo: significa que o sistema produz seus próprios elementos. 3) É auto-referenciável: significa que o sistema tem em si mesmo as regras de sua auto-produção, *i.e.*, o sistema fala sobre si mesmo (função metalingüística)³⁶.

Temos, portanto, que “o ambiente não influi diretamente no sistema autopoietico; não é o ambiente que determina suas alterações, pois quaisquer mudanças decorrem da própria estrutura sistêmica que processa as informações vindas do ambiente³⁷. Deveras, conforme ensina Fabiana Del Padre Tomé:

A clausura organizacional, caracterizadora da autopoiese do sistema, decorre exatamente do fato de que a informação advinda do ambiente é processada no interior do sistema, só ingressando neste porque ele assim determina e na forma por ele estabelecida. A clausura não significa, portanto, que o sistema seja isolado do ambiente, mas que seja *autônomo*, que as mensagens enviadas pelo ambiente só ingressam no sistema quando processadas por ele, segundo seus critérios. Por isso, são abertos cognitivamente³⁸.

E é exatamente assim que funciona com o sistema do direito. Os fatos sociais (informações do ambiente) são processados no interior do sistema jurídico via operação de subsunção do fato à norma (momento em que o fato social é constituído em fato jurídico devido ao seu relato em linguagem competente do direito), só ingressando nesse sistema, portanto, porque ele assim determina e na forma como ele determina. Apesar de um navio, no macrosistema social, ser por todos relatado em linguagem natural como um bem móvel, ele adentrará o sistema

³⁵ **Sistema, competência e princípios**, p. 861.

³⁶ *Ibidem*, p. 862.

³⁷ **A prova no direito tributário**, p. 43.

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

parcial do direito brasileiro na forma como seu programa (normas) determina, ou seja, como bem imóvel.

Do mesmo modo, como demonstrado alhures a partir de exemplo apresentado por Gregorio Robles, “o homicídio como ação jurídica só existe depois que o texto jurídico prescreve o que é que se deve entender por homicídio. A ação física de matar alguém existe independentemente do texto, mas a ação jurídica definida como homicídio só é possível em razão da preexistência do texto jurídico”³⁹. O ato de matar alguém, portanto, somente entrará no sistema jurídico por meio da linguagem competente do direito, que constituirá aquele fato social (matar alguém) em um fato jurídico (homicídio), estabelecendo, portanto, sua forma de entrada no sistema jurídico. Aliás, caso o fato social “matar alguém” fosse irrelevante para o direito, ou seja, caso ele não estivesse previsto na hipótese de nenhuma de suas normas, ele sequer adentraria o sistema jurídico, pois faltaria linguagem competente do direito para vertê-lo em fato jurídico.

Todo esse estudo será de extrema importância para as conclusões que tomaremos a respeito da construção da norma jurídica tributária. É que, como veremos⁴⁰, essa construção se dá por meio da incursão no sistema comunicacional do direito, ora examinado, com atenção e obediência ao seu programa.

1.6 Sistemas jurídicos – direito positivo e Ciência do Direito

Até o presente momento tratamos o direito como realidade única, sem distinguir a realidade do direito positivo da realidade da Ciência do Direito. Contudo, conforme vamos aprofundando o estudo ora proposto, torna-se indispensável apresentar essa diferença, que decorre do fato de serem realidades formadas por diferentes corpos de linguagem.

Conforme temos verificado, as realidades diferenciam-se entre si de acordo com o extrato de linguagem que as compõem. Sendo assim, para constatarmos se o direito positivo e a Ciência do Direito formam uma única realidade ou duas realidades distintas, temos que especificar o extrato de linguagem que as compõem.

³⁹ **O direito como texto:** quatro estudos de teoria comunicacional do direito, p. 29.

⁴⁰ Ver, *infra*, itens 7 e 8.

O direito positivo, sabemos, é composto por linguagem prescritiva (prescreve comportamentos). Conforme ensina Paulo de Barros Carvalho:

O direito positivo está vertido numa linguagem, que é seu modo de expressão. E essa camada de linguagem, como construção do homem, se volta para a disciplina do comportamento humano, no quadro de suas relações de intersubjetividade. As regras do direito existem para organizar a conduta das pessoas umas com relação às outras. (...) o direito posto é uma linguagem *prescritiva*⁴¹.

A Ciência do Direito, por sua vez, é um extrato de linguagem de sobrenível em relação ao direito positivo. Enquanto este prescreve condutas, interferindo nas relações intersubjetivas, aquele tão-somente fala a respeito do direito positivo, descrevendo-o. Verifica-se, portanto, que, enquanto o direito positivo é composto por linguagem prescritiva, a Ciência do Direito é composta por linguagem descritiva (descreve o direito positivo).

São dois corpos de linguagem distintos (a Ciência do Direito é metalinguagem em relação ao direito positivo, que se apresenta como linguagem objeto daquela), compostos por organizações lógicas peculiares (a Ciência do Direito é regida pela lógica apofântica – lógica das ciências, alética –, enquanto o direito positivo é guiado pela lógica deôntica – lógica das normas, do dever-ser) e funções diversas (a Ciência do Direito tem função meramente descritiva de seu objeto, que é o direito positivo, que, por sua vez, tem função prescritiva de comportamentos, volta-se para a disciplina da conduta humana no quadro de suas relações intersubjetivas)⁴².

O direito positivo, assim, apresenta-se como o objeto de análise da Ciência do Direito, que, como ciência, será composto exclusivamente por linguagem descritiva daquele seu objeto. O produto da Ciência do Direito, portanto, possui natureza descritiva, mesmo porque ela impreterivelmente deve utilizar-se de uma linguagem apta a transmitir conhecimentos científicos, a comunicar informações, a analisar a camada de linguagem de caráter prescritivo (normas) que figura como seu

⁴¹ **Curso de direito tributário**, p. 2-3.

⁴² A esse respeito, tratando da diferença entre direito positivo e Ciência do Direito, José Souto Maior Borges, embasado na doutrina de Lourival Vilanova, destaca: “Essa é matéria explorada admiravelmente pelo Prof. Lourival Vilanova: em contraposição a esse campo [das proposições prescritivas de direito positivo, que é informado pelos valores válido/inválido], situam-se as proposições descritivas e explicativas do ordenamento jurídico positivo, o universo de eleição da doutrina jurídica, que formula meras opiniões; é o campo da *doxa*, desde os gregos, e não de normas, portanto, informado, esse campo opinativo, pelos valores de verdade e de falsidade.” (**Progressividade no IPTU e no imposto sobre doações**, p. 48)

objeto, apontando de que modo se relacionam, que tipo de estrutura constroem e, sobretudo, como regulam a conduta intersubjetiva.

E, como ensina Paulo de Barros Carvalho, reside exatamente nisso a diferença substancial entre o direito positivo e a Ciência do Direito: “o direito posto é uma linguagem *prescritiva* (prescreve comportamentos), enquanto a Ciência do Direito é um discurso *descritivo* (descreve normas jurídicas)”⁴³.

Outra distinção que deve ser destacada reside na peculiaridade de que a linguagem do legislador é de cunho técnico (“assenta-se no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas”⁴⁴)⁴⁵, enquanto a linguagem do jurista é de natureza científica. Deveras, enquanto o Congresso Nacional é composto de legisladores, muitas vezes leigos em relação ao conhecimento jurídico, por outro lado sobressai, com enorme intensidade, o labor do jurista, que surge nesse momento como única pessoa credenciada a construir o conteúdo, sentido e alcance da matéria legislada, com o objetivo de tentar afastar as contradições, lacunas e antinomias existentes no sistema de direito positivo.

Como decorrência desse labor científico, vai surgir, ainda, mais uma distinção entre direito positivo e Ciência do Direito. É que o sistema de direito positivo, justamente por ser constituído por linguagem de forma prescritiva e tipo técnico, dá origem a um sistema (sistema de direito positivo) com lacunas e antinomias entre as unidades do conjunto. Deveras, a par do sistema de direito positivo estabelecer critérios para afastar essas deficiências, tal se verifica somente no momento de aplicação do direito positivo ao caso concreto, permanecendo no sistema, contudo, a contradição e/ou a lacuna verificadas, que somente serão afastadas quando o órgão competente retirar do sistema a norma contraditória ou integrar a ele nova norma capaz de sanar a lacuna.

⁴³ **Curso de direito tributário**, p. 3.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁵ No que diz respeito ao tipo de linguagem utilizada no direito positivo, vale apresentar as peculiaridades das normas individuais e concretas. Isso porque estas, principalmente as exaradas pelo Poder Judiciário, costumam revestir-se de mais rigor, pois penetradas em maior intensidade por vocábulos próprios da Ciência do Direito. Isso, contudo, não lhes retira a natureza de linguagem técnica, pois a par de serem construídas por pessoas com suficiente conhecimento científico (os Magistrados), elas são prescritivas de condutas; e não descritivas, de modo que jamais poderiam adquirir foros de discurso científico, justamente por não serem descritivas de objetos; mas sim prescritivas de condutas.

Contudo, se isso ocorre nos diversos sistemas positivos, efetivamente não ocorre no sistema da Ciência do Direito. A respeito, Paulo de Barros Carvalho bem demonstra que:

Toda ciência requer a observância estrita da lei da lógica da não-contradição, de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios – *A é B* e *A é não-B* – destrói a consistência interna do conjunto, esfacelando o sistema. Logo, no plano científico, não devemos encontrar contradição entre as múltiplas proposições descritivas, a despeito de tais enunciados relatarem normas jurídicas algumas vezes antagônicas. O sistema da Ciência do Direito é isento de contradições⁴⁶.

Vale ressaltar, no entanto, que a Ciência do Direito, apesar de construir um sistema (o sistema da Ciência do Direito) livre de contradições, não é capaz de retirar as contradições do sistema de direito positivo, que somente podem ser sanadas por meio de ato de autoridade competente para emissão de linguagem prescritiva do direito. O jurista, como verificamos, somente expede linguagem descritiva, que, por pertencer a uma realidade distinta (Ciência do Direito), não possui força para modificar a realidade do sistema de direito positivo, que é constituído por outro extrato de linguagem, que é a linguagem prescritiva de comportamentos intersubjetivos.

Cristalina, portanto, a existência de dois sistemas distintos (o do direito positivo e o da Ciência do Direito), que são aglutinados pela locução *sistema jurídico*, freqüentemente referida para designar essas duas construções lingüísticas distintas⁴⁷.

⁴⁶ **Curso de direito tributário**, p. 11.

⁴⁷ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 12.

2. NORMA JURÍDICA

2.1 Norma jurídica e sua relação com as três dimensões sógnicas: suporte físico, significado e significação⁴⁸

Mantendo coerência lógica com a base teórico-filosófica apropriada para o desenvolvimento deste trabalho, entendemos a norma jurídica como sendo uma estrutura de linguagem. Deveras, temos sustentado que o direito oferece a linguagem como seu integrante constitutivo, motivo pelo qual a semiótica acompanhará nossa análise do tema⁴⁹. A respeito, Paulo de Barros Carvalho bem demonstra que “a linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo), o que permite a ilação forte segundo a qual não podemos cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão”⁵⁰. São as Teorias da Linguagem e Comunicacional permeando todo nosso trabalho.

No mesmo sentido, extraímos da obra de Fabiana Del Padre Tomé que “a concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é linguagem que constitui as normas jurídicas”⁵¹. É pressuposto para a

⁴⁸ Adotamos aqui as denominações de que se serve Edmund Husserl (suporte físico, significado e significação) para identificação dos três pontos da estrutura triádica ou trilateral que compõem o *signo*. Neste, um *suporte físico* se associa a um significado e a uma significação. Suporte físico é a palavra falada (ondas sonoras) ou escrita (porção de tinta no papel) que se refere a algo do mundo exterior (de existência concreta ou imaginária, atual ou passada), que é seu *significado*, e suscita em nossa mente uma noção, idéia ou conceito, que é a *significação*. Com relação ao termo *significação*, enfatiza Husserl: “O expressar da fala não está, pois, nas meras palavras, mas nos atos que a exprimem; eles estampam num material novo os atos correlatos que devem exprimir, eles criam para eles uma expressão ao nível do pensamento e é a essência genérica dessa última que constitui a significação da fala correspondente.” (**Investigações lógicas**: sexta investigação – elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento, p. 13-14)

⁴⁹ A respeito da influência da semiótica no direito, verificamos que se trata de fenômeno recente. De fato, conforme destaca Lenio Streck, “(...) pode-se dizer que foi somente na década de 40 deste século que a análise semiótica foi introduzida no campo jurídico, através da obra de Felix Oppenheim (*Outline of a Logical Analysis of Law*). As análises iniciais partiram dos seguintes pressupostos: a) o Direito é visto como uma linguagem, tanto de signo lingüístico – regras jurídicas, decisões, mandatos, etc., expressos em linguagem natural, como não-lingüístico, como as luzes que controlam o trânsito, a sirene da polícia, etc., os mesmos que podem traduzir-se em uma linguagem de palavras; b) o Direito positivo de uma comunidade, seu sistema jurídico, é a classe destes enunciados que constituem uma linguagem. O sistema jurídico está composto pelos enunciados jurídicos; c) a ciência do Direito consiste em proposições acerca dos enunciados jurídicos (...).” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 184) (Os grifos são do autor.)

⁵⁰ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 62.

⁵¹ **A prova no direito tributário**, p. 40.

construção da norma jurídica a existência de um texto de direito positivo (enunciado lingüístico)⁵², do qual extraímos noções e idéias que, organizadas pelo nosso intelecto, fazem surgir juízos. “A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito”⁵³.

Desde logo verificamos, portanto, que norma jurídica não é texto, entendendo-se por este termo a palavra escrita (suporte físico), como, por exemplo, o texto de uma lei ou decreto. O texto escrito, em verdade, é apenas a base de onde se parte para construção da norma jurídica⁵⁴.

⁵² Somente a construção das normas consuetudinárias não obedecem a essa regra, pois são construídas a partir dos fatos sociais, estes constituídos por linguagem.

⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 8.

⁵⁴ Parte da doutrina tem se manifestado em conformidade com essa distinção entre texto e norma. Nesse sentido (além de Paulo de Barros Carvalho e Fabiana Del Padre Tomé, aos quais já nos referimos no corpo do texto do nosso trabalho), podemos citar ainda, entre outros, Eros Grau, que sobre o tema assim se manifestou: “O que em verdade interpretamos são os textos jurídicos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se confundem. (...) Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova]” (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 23). O mesmo autor, em outra obra, afirma que essa distinção se dá porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de potencialidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa (**La doble desestructuración y la interpretación del derecho**, p. 67 e ss.). Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto, citando Geraldo Ataliba, por sua vez, apresentam a distinção entre texto e norma nos seguintes termos (ao tratarem da interpretação da expressão “finalidades essenciais”, constante do enunciado do art. 150, § 4º, da CF/88): “O equacionamento dessa questão só será alcançado mediante interpretação adequadamente desenvolvida, de acordo com as melhores indicações da hermenêutica. (...) É oportuna aqui a advertência de Geraldo Ataliba: ‘Embora o direito positivo se revele mediante palavras, traduzidas nas leis formais, ele consiste substancialmente em normas. O jurista busca normas que são reveladas pelas palavras, não pode ficar no plano das palavras, mas, deve penetrar mais fundo, na busca de normas que elas (palavras) devem revelar. A lei contém a norma, mas com ela não se confunde. A lei não é norma. Esta é obrigatória porque se contém na lei, mas com ela não se confunde. Para conhecer a norma o jurista a busca na lei, porque aquela está contida nesta. (Parecer inédito de Geraldo Ataliba e Aires Barreto)” (**Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**). Helenilson Cunha Pontes, também reconhecendo a distinção entre texto e norma, ressalta que “o intérprete do Direito exerce o papel de agente mediador entre os textos normativos e as normas jurídicas; o intérprete desempenha função ativa no processo de realização do fenômeno jurídico, ao participar da construção de sentido dos textos normativos, transformando-os efetivamente em normas jurídicas.” (**Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**, p. 104); Lenio Streck esclareceu seu entendimento sobre o tema, lançando afirmação no seguinte sentido: “A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside um *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos. (...) Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o

Para melhor entender o enunciado, é indispensável fazer uma pequena incursão no estudo dos signos. É que, tendo o signo o *status* lógico de uma relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado, podemos dizer, na esteira do que nos ensina Paulo de Barros Carvalho,

que toda linguagem, como conjunto sócnico que é, também oferece estes três ângulos de análise, isto é, compõe-se de um substrato material, de natureza física, que lhe sirva de suporte, uma dimensão ideal na representação que se forma na mente dos falantes (plano da significação) e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos e com os quais mantém ele relação semântica⁵⁵.

E a norma jurídica, neste contexto, aparece como *significação* construída a partir dos textos positivados – Constituição, leis, decretos etc. (*suporte físico*) –, que

resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto).* O texto só ex-surge na sua ‘normação’ (...) A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. *É ela que faz a diferença.* Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, onde a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa ‘normação’.” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 223-224) (os grifos são do autor). Robson Maia Lins também destacou que “(...) a expressão ‘texto de lei’ é usada para conotar apenas o suporte físico, sem significado. Quando adicionamos ao suporte físico um significado atômico, chegamos ao nível do enunciado prescritivo. (...) Um conjunto de enunciados prescritivos, desde que hábil a modalizar deonticamente uma conduta naquela estrutura hipotética-condicional, compõe o que chamamos de norma jurídica em sentido estrito.” (**Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 51). Renato Lopes Becho também é enfático sobre o tema: “Por norma jurídica podemos considerar o resultado da interpretação do Direito, atividade complexa, técnica, em que o operador extrai dos textos legais seu conteúdo” (**Tributação das cooperativas**, p. 21). Marco Antonio Lima Berberi, após longo exame da temática, conclui que, diferentemente do texto da lei, “a norma, por seu turno, é produto mental, sendo portanto derivada da interpretação que se faz do texto. Pode haver, por isso, tantas normas quantas forem as cabeças dissidentes, o que engendra a idéia de que de uma regra possam ser derivadas varais normas.” (**Os princípios na teoria do direito**, p. 82). Da doutrina estrangeira, por sua vez, colhemos da obra de Vezio Crisafulli – em trecho no qual elucida a distinção entre as normas e as disposições – que: “Le norme, invece, lungi dal configurarsi come un elemento dell’atto, ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte (dall’atto che le ha poste), con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più com l’andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poichè esso si determina in funzione dell’ordinamento complessivo, e su di esso perciò si riflettono altre norme a questo appartenenti.” (**Lezioni di diritto costituzionale**, v. II, p. 41.). Tullio Ascarelli, por sua vez, destaca que: “Oggetto dell’interpretazione non è una norma, ma un testo (*o un comportamento*); è in forza dell’interpretazione del testo (*o del comportamento*) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi passato, storico, che si formula la norma (come presente ed anzi proiettata nel futuro)” (**Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione. Problemi Giuridici**, t. I, p. 140). Franco Cordero, sobre o tema, é enfático: “Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’indentità testo-norma (...) Il testo è un fattografico. Le norme sono prodotti mentali.” (**Guida alla procedura penale**, p. 17-18). Por fim, podemos fazer referência a Gustavo Zagrebelsky, que também destaca a diferença entre norma e texto, enfatizando que interpretar o direito é transformar textos normativos em normas jurídicas (**Manuale di diritto costituzionale**, v. I - Il sistema delle fonti del diritto, p. 69).

⁵⁵ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 17.

se referem a algo do mundo exterior – o comportamento humano em suas relações intersubjetivas (que é o *significado*).

Daí o porquê de Paulo de Barros Carvalho sustentar com rigidez que a “norma jurídica é a significação que obtemos da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos”⁵⁶. Ou seja, norma jurídica, em última análise, está no ponto do triângulo básico que contém a significação, dependendo sua construção, contudo, dos outros pontos do triângulo, que são o suporte físico (base material) e o significado (plano do conteúdo), tudo conforme será melhor verificado adiante⁵⁷, quando tratarmos especificamente do labor construtivo da norma jurídica tributária.

Por enquanto continuaremos a analisar unicamente as noções que gravitam em torno e compõem a estrutura da norma jurídica, pois estas nos permitirão esmiuçar, na seqüência, a matéria referente às especificidades da construção da norma jurídica tributária.

2.2 Enunciados prescritivos e proposições jurídicas

Dando seqüência ao estudo dos termos que servirão de base ao aprofundamento da análise do tema que perseguimos, faz-se necessária a apresentação da distinção que será adotada em todo o presente trabalho entre “enunciado” e “proposição”.

Adotaremos o termo “enunciado” para nos referir ao texto resultante da atividade de enunciação, apresentando-se, assim, como o conjunto de fonemas ou de grafemas que, organizados sintaticamente, possibilitam a transmissão da mensagem no contexto da comunicação.

Já o termo “proposição”, por sua vez, será por nós entendido como o conteúdo significativo que é extraído do enunciado. É, portanto, a carga semântica do enunciado. Nesse sentido, um enunciado poderá conter duas ou mais proposições; e uma única proposição poderá decorrer de diversos enunciados.

⁵⁶ **Curso de direito tributário**, p. 8.

⁵⁷ Ver, *infra*, itens 7 e 8 do presente trabalho.

Essa é forma como Paulo de Barros Carvalho vê a temática, o que inclusive motivou uma crítica aos neopositivistas lógicos, conforme pode ser depreendido da passagem a seguir transcrita de sua obra *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, já algumas vezes por nós citada:

Os enunciados e suas significações (proposições) estão presentes ali onde houver fenômeno da comunicação, não se restringindo à linguagem empregada na função declarativa ou teórica, como pretendem os neopositivistas lógicos. Kelsen (Teoria geral das normas, p. 23-4), por exemplo, utilizou restritivamente a palavra 'proposição', para mencionar apenas o conteúdo dos enunciados descritivos da Ciência do Direito. Daí sua distinção entre 'norma' (direito positivo) e 'proposição' (domínio da Ciência). Muitos filósofos do direito, porém, acompanhando os progressos das modernas teorias lingüísticas, abandonaram essa dualidade para referirem-se a "proposições prescritivas" e "proposições descritivas"⁵⁸.

Portanto, enquanto estivermos falando de enunciados prescritivos, estaremos no plano da expressão. Já quando falarmos de proposições prescritivas, estaremos no plano do conteúdo significativo daquelas expressões.

Interessante notar que, partindo dessa premissa, não há que se falar em normas implícitas e explícitas, pois todas são implícitas. Elas, como significações construídas a partir dos enunciados prescritivos, estão sempre na implicitude dos textos de direito positivo, que lhes servem de base empírica.

Não seria logicamente correta, portanto, a distinção correntemente apresentada pela doutrina⁵⁹ entre normas explícitas – que seriam aquelas extraídas diretamente dos enunciados de direito positivo – e normas implícitas – que, por sua vez, resultariam da aglutinação de vários enunciados, deles sendo extraídas somente de forma indireta ou mediata. Podemos falar, portanto, somente em enunciados jurídicos explícitos e implícitos; mas não em normas (proposições) jurídicas explícitas e implícitas, pois estas estão sempre na implicitude dos textos.

Deveras, tomando como base a premissa por nós adotada de que a norma situa-se no plano imaterial das significações, e não no texto de direito positivo, os enunciados expressos do direito positivo conterão sempre de forma implícita a norma jurídica, cuja construção dependerá do labor do intérprete na sua tarefa de

⁵⁸ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 22.

⁵⁹ Entre outros, ver CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional**, p. 208 e VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**, p. 173-18.

busca do sentido deôntico completo. Este trabalho de construção da norma jurídica, no entanto, conforme já destacamos, será tema dos dois capítulos conclusivos deste estudo, motivo pelo qual não aprofundaremos sua análise neste momento.

2.3 Norma jurídica e sua estrutura lógica

Analisando a estrutura da norma jurídica, verificamos que ela se apresenta na forma de juízo hipotético-condicional, que, em simbolismo lógico, conforme doutrina de Robson Maia Lins, podemos assim representá-la: $H \rightarrow C$ (onde H = hipótese; $\rightarrow$ = dever-ser interproposicional; e C = conseqüente)⁶⁰.

Agregando mais alguns dados à estrutura apresentada pelo citado professor, e em processo de desformalização, chegamos à seguinte estrutura para a norma jurídica: *se ocorrer o fato x descrito na hipótese (H), então deve-ser ($\rightarrow$) a relação jurídica entre os sujeitos S' e S'' prescrita no conseqüente (C)*. Sendo assim, com essa ampliação de dados, e em novo processo de formalização – agora com novos símbolos para representar os referidos novos dados agregados à estrutura apresentada – chegamos ao seguinte esquema formal: $D [F \rightarrow (S' R S'')]$. Trata-se de esquema apresentado por Paulo de Barros Carvalho, que o interpreta da seguinte forma: “deve-ser que, dado o fato F , então se instale a relação jurídica R , entre S' e S'' ”⁶¹.

Temos, nessa estrutura, aquilo que o mesmo Paulo de Barros Carvalho chama de “unidade irredutível de manifestação do deôntico”⁶². A respeito, ele apresenta a seguinte elucidação:

É que os comandos jurídicos, para terem sentido e, portanto, serem devidamente compreendidos pelo destinatário, devem revestir um *quantum* de estrutura formal. Por certo que ninguém entenderia uma ordem, em todo o seu alcance, apenas com a indicação da conduta desejada: ‘pague a quantia de x reais’. Adviriam logo algumas perguntas, e, no segmento das respectivas respostas, chegaríamos à fórmula que nos dá o sentido completo. Supondo identificado o sujeito que deve cumprir o comando, perguntaria este: pagar quem? Quando? Por quê? Ao atender a tais indagações iríamos perfazendo aquele mínimo irredutível que possibilita a mensagem do direito⁶³.

⁶⁰ **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 55.

⁶¹ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 20.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 20.

Portanto, esse esquema formal mínimo, representado pela fórmula “D [F → (S' R S'')]", apresenta-se como indispensável para que a mensagem do direito possa ser recebida pelo destinatário com sentido deôntico completo. E, se assim é, podemos concluir desde logo que a construção da norma jurídica, entendida como “unidade irreduzível de manifestação do deôntico”, ocorrerá a partir da análise de diferentes textos jurídicos espalhados pelos diversos subsistemas do direito. E é da análise conjunta dos diversos textos – que, em separado, propiciam a produção de fragmentos de norma (norma em sentido lato) na mente do intérprete – que o intérprete/aplicador produzirá, ao final, expressões completas de sentido deôntico-jurídico (normas em sentido estrito). A respeito, Karl Engisch ensina que “só da combinação delas [fragmentos de norma] entre si resulta um sentido completo”⁶⁴.

No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, sobre o tema, destaca que “às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enunciá-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos do direito em vigor”⁶⁵. E, uma vez realizado esse labor construtivo da norma jurídica, poderemos então identificar a hipótese e o conseqüente da norma aplicável a cada caso concreto. Essa matéria, contudo, por também estar intrinsecamente ligada ao tema “construção da norma jurídica”, será melhor detalhada nos dois capítulos conclusivos deste estudo.

E, realizado esse primeiro contato com a estrutura da norma jurídica, passaremos, agora, a analisar cada um de seus componentes: hipótese, operador deôntico e conseqüente, uma vez que, conforme já destacamos, a norma jurídica é composta por uma hipótese e um conseqüente, ligados entre si por um operador deôntico.

2.4 A hipótese da norma jurídica

É por meio da hipótese (suposto, antecedente) normativa que se dá a subsunção do fato à norma, sendo de extrema importância sua compreensão para o correto entendimento do fenômeno da incidência (aplicação da norma ao caso concreto).

⁶⁴ **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 38.

⁶⁵ **Curso de direito tributário**, p. 9.

Deve o fato possuir os elementos necessários ao preenchimento dos critérios estabelecidos na classe delimitada pela hipótese que, assim, aparece como enunciado conotativo. Ou seja, a hipótese é uma estrutura aberta, à espera de preenchimento pelos fatos que possuam os elementos materiais e os dados da posição espaço-temporal que preencham seus critérios material, espacial e temporal. Uma vez ocorrendo essa identificação e a ação do homem promovendo a subsunção, o fato, que anteriormente era tão-somente um fato social, passa a ser um fato jurídico, integrando o sistema jurídico como norma jurídica, na maioria dos casos de natureza individual e concreta.

Daí a afirmação do jusfilósofo pernambucano Lourival Vilanova de que “o fato se torna fato jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese”⁶⁶.

Diante desse panorama, verificamos que a hipótese funcionará, sempre, como descritora de um fato de possível ocorrência no mundo da realidade social. Deveras, se a hipótese estabelecer um fato que seja de impossível ocorrência no mundo da experiência social, ela nunca poderá ser preenchida pelos elementos materiais e pelos dados da posição espaço-temporal que seus respectivos critérios material, espacial e temporal estabelecem como necessários à subsunção. Seria, destarte, uma norma desprovida de eficácia social e, assim, imprestável à regulação de condutas intersubjetivas. Apesar de, sintaticamente, conter todos os requisitos necessários, seria ela insubsistente semântica e pragmaticamente. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, tratar-se-ia de um “sem-sentido deôntico”⁶⁷.

Vale ressaltar que, apesar de ser descritora de fatos de possível ocorrência, não podemos afirmar que a hipótese estaria sujeita à lógica alética e, portanto, submetida ao critério de verificação empírica, assumindo os valores verdadeiro e falso. É que não se trata (a proposição-hipótese) de proposição cognoscente do real, mas tão-somente de proposição estabelecida de forma hipotética como condição para o sucesso da proposição tese, que fixa a prescrição.

Outro dado importante é que a hipótese, ao qualificar normativamente acontecimentos de possível ocorrência da realidade social, como os demais conceitos, ela opera como redutora de complexidade dos acontecimentos recolhidos

⁶⁶ Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, p. 89.

⁶⁷ Fundamentos jurídicos da incidência, p. 27.

valorativamente pelo legislador. Este, por meio de ato de vontade, seleciona os elementos que entende serem necessários para a composição do fato jurídico, formando a classe da hipótese normativa (enunciado conotativo) que, quando preenchida, dará nascimento à relação jurídica prevista no conseqüente da norma.

Vale destacar que essa seleção de elementos nunca captará o fato social em sua integridade, da mesma forma que o fato social nunca conseguirá representar o evento na sua integridade. Dessa forma, o legislador, ao formar o enunciado conotativo da hipótese normativa, seleciona apenas alguns elementos de um fato social de possível ocorrência (suporte fático, na doutrina de Pontes de Miranda⁶⁸) para configuração dos critérios necessários ao preenchimento daquela classe do enunciado conotativo, nunca podendo selecionar todos os elementos do fato, mesmo porque isso aparece como tarefa impossível de ser realizada.

Os conceitos de objeto imediato e objeto dinâmico da semiótica bem demonstram isso. O primeiro, conforme ensina Fabiana Del Padre Tomé, “é o objeto tal como representado no signo”; o segundo, “o objeto que está fora do signo, determinando-o”. E continua:

Tendo em vista que o objeto dinâmico é infinito e irrepitível, cada objeto imediato representa apenas alguns de seus caracteres, jamais havendo possibilidade de completa identificação entre ambos. Trazendo essas lições para o específico campo das especulações acerca da prova no direito, observamos que o fato alegado figura como objeto imediato do evento, o qual aparece na qualidade de objeto dinâmico, nunca sendo abrangido em sua completude. Do mesmo modo, fazendo um comparativo e considerando que a prova é signo do fato que se deseja provar, podemos dizer que o fato alegado figura como objeto dinâmico perante a prova, a qual funciona como seu objeto imediato, representando-o apenas parcialmente⁶⁹.

O fato jurídico, portanto, figura sempre como objeto imediato do fato social, o qual, por sua vez, aparece como objeto dinâmico, nunca sendo abrangido na sua completude. Ou seja, o fato jurídico somente consegue apreendê-lo parcialmente.

⁶⁸ A respeito desse tema, Souto Maior Borges, valendo-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda, elucida: “O suporte fático, dizia Pontes de Miranda, é a porção da realidade que a norma contempla ao incidir sobre essa realidade. Não é a realidade toda. Dizia Pontes de Miranda, diz Lourival Vilanova, a norma incide sobre a realidade, não coincide com a realidade. Da realidade toda a norma apenas apreende certos aspectos, certas características, com desconsideração das demais” (**Progressividade no IPTU e no imposto sobre doações**, p. 52). Deveras, Pontes de Miranda, ao tratar do conceito de regra jurídica, define *suporte fático* como sendo “o que é por ela [regra jurídica] previsto e sobre o qual ela incide (...)” (**Tratado de direito privado**, p. 3).

⁶⁹ **A prova no direito tributário**, p. 75-76.

Daí Paulo de Barros Carvalho, sobre a função do legislador, esclarecer que:

O autor da norma jurídica, ao elaborá-la, vai operar construindo enunciados conotativos que venham a abrigar tantas ocorrências quanto seja possível surpreendê-las em orações protocolares. De qualquer maneira, vai produzir conceitos: conceitos de classe de elementos tidos como hábeis para identificar a situação escolhida. Estará produzindo enunciados conotativos que funcionarão como modelos para orientar, em momentos ulteriores do processo de positivação, a construção de enunciados protocolares que constituirão os fatos concretos. Observa-se logo que os fatos jurídicos são constituídos por normas individuais e concretas, consoante o modelo dos enunciados conotativos das normas gerais e abstratas. Mas lembremo-nos de que *todo conceito definido é seletor de propriedades e o trabalho de seleção dos predicados que a ocorrência deve ter para fazer parte da descrição típica é de natureza axiológica*. O legislador vai privilegiar apenas alguns dos predicados do fato social que pretende utilizar na articulação jurídica da norma. E o recorte promovido no fato social, de que decorre o arquétipo do fato jurídico, vai ser o enunciado conotativo de que falamos. Essa elaboração de linguagem a que se dedica o legislador tem um objeto dinâmico, que é o fato social, isto é, aquele segmento lingüístico assim qualificado pela comunidade. O objeto imediato, para o direito, será o modelo do enunciado conotativo formado na norma geral e abstrata e todos os enunciados protocolares que puderem subsumir-se na amplitude do conceito legislado⁷⁰.

Verificamos, com isso, a forma de atuação do legislador para fixação da hipótese normativa (enunciado conotativo) e sua configuração como objeto imediato em relação ao fato social, que, sendo objeto dinâmico daquele, nunca é por ele apreendido em sua integridade constitutiva. Outrossim, essa distinção entre objeto imediato e objeto dinâmico, elaborada por Peirce⁷¹, possibilita-nos melhor compreender a dualidade existente entre o fato jurídico (objeto imediato em relação ao fato social) e o fato social (objeto dinâmico em relação ao fato jurídico e objeto imediato em relação ao evento), sendo aquele fato jurídico decorrente do ato de verter em linguagem competente os elementos do fato social e da sua subsunção à hipótese normativa.

⁷⁰ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 101.

⁷¹ Nesse sentido, elucida Charles S. Peirce: “Devemos distinguir entre o Objeto Imediato – i.e., o Objeto como representado no Signo – e o Objeto Real (não, porque talvez o Objeto seja ao mesmo tempo fictício; devo escolher um termo diferente), digamos antes Objeto Dinâmico que, pela natureza das coisas, o Signo *não pode* exprimir, que ele pode apenas indicar (...)”. E, por meio da explicitação de um exemplo, esclarece: “Suponhamos que eu responda (a uma pergunta formulada por uma mulher a respeito das condições meteorológicas): ‘Está um dia frio’. Aqui está um outro signo. Seu *Objeto Imediato* é a noção de tempo presente na medida que isto é comum à mente dela e à minha (...). O Objeto Dinâmico é a *identidade* das condições meteorológicas Reais ou concretas naquele momento”, que nunca é apreendida na sua totalidade pelo signo que a representa (no caso, pelo signo: “está um dia frio”) (*Semiótica*, p. 168).

2.5 O dever-ser interproposicional da norma jurídica

Além da hipótese, conforme tivemos oportunidade de verificar, a norma também é composta por um conseqüente e por um operador deôntico, tendo este a função de ligar a hipótese ao conseqüente da norma.

Será esse conectivo de natureza deôntica que proporcionará a implicação sempre que ocorrer a subsunção do fato à hipótese normativa. Ou seja, ocorrendo o fato descrito na hipótese e havendo seu relato em linguagem competente (subsunção), o conectivo condicional implicará o conseqüente.

Não se trata, contudo, da implicação existente nas leis da natureza, que é regida pela lógica apofântica ou alética (do “ser”): se A, então é B. A implicação inerente à realidade jurídica é outra, pois regida pela lógica deôntica (do “dever-ser”): se A, então *deve-ser* B. Nas duas causalidades, portanto, temos a implicação, mas que se apresenta de forma distinta em cada uma delas, sendo inerente à causalidade jurídica o conectivo “dever-ser” (operador deôntico). Conforme adverte Lourival Vilanova, “tanto a *lei natural* quanto a *lei jurídica* tomam corpo na forma de proposição implicacional, uma modalizável aleticamente, outra com modo deôntico, no modo indiferenciado do ‘dever-ser’, ou diferenciando-se em ‘obrigatório’, ‘proibido’ e ‘permitido’, *no interior* das estruturas proposicionais”⁷².

Mais que isso, verificamos também que a implicação jurídica, ao contrário do que ocorre nas leis da natureza, é posta por um ato de vontade. Conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, “não fora o ato de vontade da autoridade que legisla e a proposição-hipótese não estaria conectada à proposição-tese”⁷³. Ou seja, as proposições implicante e implicada, na estrutura da norma jurídica, são unidas por um ato de vontade do legislador, que se expressa por um “dever-ser” neutro. É este o operador deôntico que liga a hipótese ao conseqüente, sendo, portanto, um operador interproposicional.

Na proposição-tese, contudo, há um outro dever-ser. Este, ao contrário do anterior (que é neutro), triparte-se nos modais: obrigatório, permitido ou proibido, conforme, aliás, destacou Lourival Vilanova no trecho de sua obra *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, transcrito parágrafos acima. Deveras, conforme

⁷² **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 107-108.

⁷³ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 28.

ensina o citado jusfilósofo pernambucano, há um operador neutro ligando a hipótese ao conseqüente, e outro, modalizado, no interior da proposição tese. Daí ele concluir que “(...) tem-se functor deôntico com incidência sobre a relação-de-implicação entre hipótese e tese e mais outro functor deôntico no interior da estrutura proposicional da tese”⁷⁴.

Por outro lado, tendo em vista que o operador modalizado não está entre duas proposições, mas sim no interior da proposição-tese, este conectivo é denominado de operador intraproposicional. No interior do conseqüente, este operador deôntico, aproximando dois ou mais sujeitos em torno de uma previsão de conduta, estabelece que essa conduta deve ser cumprida por um e pode ser exigida pelo outro.

Essa peculiaridade do operador modalizado, de estar internalizado no conseqüente da norma jurídica, leva-nos à análise da proposição-tese, parte da norma que passaremos a estudar a partir deste momento em conjunto com o operador intraproposicional.

2.6 O conseqüente da norma jurídica

No conseqüente da norma jurídica, como já tivemos a oportunidade de observar, encontramos uma proposição que estabelece uma relação entre dois ou mais sujeitos, que pode assim ser representada simbolicamente: $S' R S''$, em que S' é uma pessoa qualquer e S'' também é uma pessoa qualquer, mas desde que não seja S' – isso porque, como veremos, a relação jurídica é sempre irreflexiva –, e R é o operador deôntico, aparecendo em um dos modais do dever-ser: obrigatório (O); permitido (P); proibido (V).

A relação jurídica que surge no conseqüente da norma, portanto, será guiada sempre por um operador modalizado numa das três formas deônticas possíveis⁷⁵ (O, P ou V). Sendo assim, uma vez havendo o relato do fato social em

⁷⁴ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 95 (os grifos são do original).

⁷⁵ Em conformidade com os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (**Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 31), somos da opinião de que a “faculdade” não se apresenta como quarto modal, ao lado dos modais “obrigatório”, “permitido” e “proibido”, e isso porque o operador “faculdade”, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “(...) desempenha o papel de permissão bilateral ($Fp \equiv Pp.P-p$), sendo redutível, portanto, a um dos três modais que mencionamos”, no caso, o modal permitido (P). Já os modais O, P, V são irredutíveis entre si, apesar de serem interdefiníveis. Com o auxílio do conectivo negador (-) é possível definir um pelo

linguagem competente do direito – com a subsunção daquele fato à hipótese normativa – e a implicação a partir do dever-ser interproposicional (operador deôntico neutro), surgirá no conseqüente da norma uma relação jurídica em torno de uma previsão de conduta, na qual determinado sujeito deve ser obrigado, permitido ou proibido (dever-ser intraproposicional) de realizar a conduta normativamente prevista em relação a outro sujeito, de forma que tal conduta deve ser cumprida por um e pode ser exigida pelo outro.

Por tratar-se a proposição-tese de uma relação, temos que seu exame, para que possamos melhor compreendê-la, deve ocorrer com o amparo na Teoria dos Predicados Poliádicos ou Teoria das Relações, que se dedica ao estudo das relações em geral. Amparados nessa Teoria dos Predicados Poliádicos, podemos afirmar que as relações são configuradas segundo uma das seguintes combinatórias: “um com um (uni-unívoca ou biunívoca), um com vários (uni-plurívoca), vários com um (pluriunívoca) ou vários com vários (pluriplurívoca)”⁷⁶. Daí Paulo de Barros Carvalho, sobre a matéria, afirmar categoricamente que – além das referidas combinações – “não há outras combinações possíveis, o que significa declarar que, ao elaborar os enunciados prescritivos do direito posto, o legislador será prisioneiro dessa angusta possibilidade combinatória”⁷⁷.

No campo das possibilidades lógicas, as relações podem apresentar-se na forma reflexiva ou irreflexiva, simétrica ou assimétrica e transitiva ou intransitiva, que são as três qualidades fundamentais das relações. Contudo, saindo do campo das possibilidades lógicas para adentrar a realidade do direito, temos que as relações existentes nesta área do conhecimento humano sofrem algumas restrições, pois devem ser compatíveis com as condutas intersubjetivas possíveis.

Nesse sentido, as relações jurídicas serão, invariavelmente, irreflexivas e assimétricas. São irreflexivas, pois, como o direito existe para regular os comportamentos inter-humanos no convívio social, ninguém pode entrar em relação jurídica consigo mesmo, de modo que não podemos falar em relações jurídicas reflexivas. Aliás, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho⁷⁸, não é por outro motivo

outro, como no seguinte exemplo: (Vp $\equiv$ -Pp). Interpretando, temos que: afirmar que uma conduta é proibida equivale a sustentar que não é permitido realizá-la.

⁷⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 31-32.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁸ *Idem*.

que temos, no direito, o termo “confusão”, que serve justamente para prescrever que o vínculo ficará extinto caso uma mesma pessoa ocupe as posições sintáticas de sujeito ativo e passivo na relação instaurada no conseqüente da norma jurídica.

O mesmo se dá no que concerne à simetria, pois nas relações jurídicas inexistente identidade entre a relação original e sua conversa, entendida esta como sendo a relação que se obtém pela inversão da ordem de sucessão dos seus membros. Deveras, numa relação de locação de determinado imóvel, por exemplo, verificamos que, se um determinado sujeito S' aparece como locatário em relação à S'', que se apresenta, por sua vez, como locador, essa relação originária será sempre distinta de sua conversa, na qual S'' aparece como locatário e S' como locador. Se S' é locatário em face de S'', então S'' será sempre locador em face de S', pois ser locatário é diferente de ser locador. Simbolicamente temos: $(S' \text{ Ro } S'') \neq (S'' \text{ Rc } S')$.

Já com relação à transitividade, a resposta é diferente. Com o escopo de demonstrar a possibilidade de existência de relações jurídicas transitivas, Paulo de Barros Carvalho⁷⁹ assim trata do tema: “Toda vez que o legislador entender por bem fazê-lo, poderá construir uma relação transitiva, do tipo $(x > y)$, ou decretá-la como tal, na conformidade do que acontece na sentença de falência, na concordata e no concurso de credores”. Deveras, se S' é credor de S'', e S'' é credor de S''', e o sistema jurídico prevê a possibilidade de S' apresentar-se como credor de S''' em função deste ser devedor de S'', resta configurada a transitividade da relação entre S', S'' e S'''. Isso ocorre porque a transitividade é uma das propriedades do operador condicional, de modo que $[(S' \supset S'') \cdot (S'' \supset S''')] \rightarrow (S' \supset S''')$.

Quanto à composição do conseqüente da norma jurídica, verificamos que, tanto quanto ocorre com a hipótese normativa, para a qual o legislador deve selecionar fatos de possível ocorrência no plano da realidade social, aqui também os comandos deônticos devem ter por base condutas de possível realização. Somente tem sentido prescrever condutas onde seja possível ao menos a escolha entre duas condutas diferentes. Caso seja impossível a realização da conduta prescrita, ou caso ela seja a única possível de ser realizada, não há sentido em obrigar, proibir ou permitir sua realização. Careceria de sentido deôntico, portanto, proibir alguém de fazer uma viagem espacial até o Sol (conduta impossível), ou, utilizando-se de

⁷⁹ *Idem.*

exemplo apresentado por Paulo de Barros Carvalho, “(...) obrigar alguém a ficar na sala de aula, proibido de sair, se a sala estivesse trancada, de modo que a saída fosse impossível” (única conduta possível). Deveras, continua o referido professor, somente “(...) onde houver duas ou mais condutas, existirá sentido em proibir, permitir ou obrigar certo comportamento perante outrem”⁸⁰, devendo o legislador operar dentro desse campo de possibilidades para prescrever condutas⁸¹.

2.7 Norma jurídica completa – primária (dispositiva ou sancionadora) e secundária (processual sancionadora)

Partindo da premissa de que inexistem normas jurídicas sem a correspondente sanção (norma sancionadora), podemos verificar que falta algo na estrutura da norma jurídica por nós trabalhada até o presente momento, pois trata somente da regulação das condutas sem prever as correspondentes sanções.

Passaremos, agora, a analisar a norma sancionadora (que chamaremos de secundária, em contraposição à que prescreve um dever, que chamaremos de primária).

Antes, contudo, temos que esclarecer que a sanção de que ora cogitamos é aquela aplicada coercitivamente pelo Estado-juiz por meio do processo judicial, distinguindo-se, portanto, das sanções de caráter administrativo (aplicadas pelo Estado-administração) e privado (aplicadas por particulares como consequência de descumprimento de contratos particulares, como a cláusula penal, por exemplo), pois estas (que chamaremos de normas primárias sancionadoras), ao contrário daquela (norma secundária sancionadora, ou apenas norma sancionadora), não possuem natureza coercitiva.

A respeito, Eurico Marcos Diniz de Santi bem esclarece que:

A norma primária sancionadora, como a norma secundária, tem por pressuposto o não-cumprimento de deveres ou obrigações; carece, entretanto, da eficácia coercitiva daquela. Nas normas primárias situam-se as relações jurídicas de direito material (substantivo), nas normas secundárias, as

⁸⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁸¹ Nesse sentido, destaca Souto Maior Borges: “No direito, não entram as condutas impossíveis – ‘ir a pé à lua’ –, nem a regulação das condutas necessárias – p. ex., ‘é obrigatório respirar’. No direito só entram as condutas *contingentes*, aquelas que podem ser cumpridas ou descumpridas (praticar operações de circulação de mercadorias, pagar ICMS) (...)” (**Progressividade no IPTU e no imposto sobre doações**, p. 53).

relações jurídicas de direito formal (adjetivo ou processual) em que o direito subjetivo é o de ação (em sentido processual)⁸².

Mais adiante, complementa:

Têm-se, portanto, normas primárias estabelecedoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de (i) ato fato lícito, e (ii) de ato ou fato ilícito. A que tem pressuposto antijurídico denominamos norma primária sancionadora, pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não-cumprimento de um dever jurídico – enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatório, convencionamos chamar norma primária dispositiva⁸³.

Com isso percebemos que não podemos confundir a norma primária dispositiva com a norma primária sancionadora e, muito menos, confundir essas com a norma secundária sancionadora, que, como já tivemos oportunidade de observar, é de natureza processual, de aplicação pelo Estado-jurisdição.

A norma secundária prescreve uma providência sancionadora, aplicada pelo Estado-juiz, no caso de descumprimento do dever-ser prescrito na norma primária, seja ela dispositiva, seja ela sancionadora. Ou seja, sempre que a conduta estabelecida na proposição-tese da norma primária não for cumprida pelo sujeito passivo, nasce para o sujeito ativo daquela relação o direito de exigir do Estado-juiz a aplicação de sanção contra aquele sujeito passivo. Simbolicamente temos: $D [(F \cdot -R') \rightarrow (S' R'' S''')]$, que pode ser traduzida da seguinte forma: deve-ser (D) que, dado a ocorrência do fato jurídico (F) e (.) o não-cumprimento da conduta prescrita na relação jurídica da norma primária dispositiva ou sancionadora (-R'), então ($\rightarrow$) se instale a relação jurídica processual sancionadora (R'') entre o sujeito ativo da norma primária (S') e o Estado-juiz (S'''), que coercitivamente aplicará a sanção.

Verificamos, assim, que a norma secundária possui a mesma estrutura sintática da norma primária, onde uma hipótese implica um conseqüente, havendo distinção somente em termos semânticos, já que a hipótese da norma secundária, como tivemos a oportunidade de observar, traz sempre como previsão a ocorrência do descumprimento da conduta prescrita pela norma primária.

⁸² **Lançamento Tributário**, p. 37.

⁸³ *Ibidem*, p. 38.

De posse desses conceitos, podemos montar, então, a estrutura completa da norma jurídica. Deveras, conforme ensina Robson Maia Lins, à estrutura da norma primária “(...) devemos acrescentar a norma processual, compondo, então, a completude da norma jurídica”⁸⁴, que representaremos, simbolicamente, a partir da seguinte fórmula lógica: $D \{ [F \rightarrow (S' R' S'')] \vee [(F \cdot -R') \rightarrow (S' R'' S''')] \}$ ⁸⁵.

Quanto a essa estrutura, merece destaque a utilização do “disjuntor includente” para ligar a norma primária à norma secundária. É que referido conectivo proporciona que tenhamos as duas normas como “simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma não exclui a da outra”⁸⁶. Com isso podemos ter em determinados casos, por exemplo, somente a aplicação da norma primária (que traz a orientação da conduta), e isso ocorrerá sempre que a conduta por ela prescrita na proposição-tese seja voluntariamente cumprida. Tal circunstância, contudo, não retirará a validade da norma secundária (que traz a providência coercitiva que o ordenamento prevê para o descumprimento da conduta prescrita pela norma primária), que permanecerá íntegra no sistema.

2.8 Norma jurídica *lato sensu* e *stricto sensu*

Nem sempre conseguimos extrair de um único texto de direito positivo aquela “unidade irreduzível de manifestação do deôntico” de que falamos acima⁸⁷, capaz de transmitir a orientação da conduta em sua integridade. Deveras, para que cumpra essa função, a norma tem que possuir uma estrutura formal mínima, que pode ser representada pela seguinte fórmula lógica: $D [F \rightarrow (S' R S'')]$.

Para tanto o aplicador da norma deve, não raro, buscar em diversos textos de direito positivo, até mesmo de outros ramos do direito⁸⁸, “fragmentos de

⁸⁴ **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 56.

⁸⁵ Apesar de já termos exposto neste trabalho a tradução dos símbolos utilizados nessa fórmula lógica, serão eles, para facilitar a leitura, novamente apresentados agora: “D” = dever-ser neutro; “F” = fato jurídico previsto pelo antecedente da norma primária; “→” = operador implicacional; “S’” = sujeito ativo da norma primária e da norma secundária; “R’” = relação jurídica formada no conseqüente da norma primária; “S’’” = sujeito passivo da norma primária; “v” = conectivo disjuntor includente; “.” = conectivo conjuntor; “-” = conectivo negador; “R’’” = relação jurídica formada no conseqüente da norma secundária; e “S’’’” = sujeito passivo da norma secundária (Estado-juiz).

⁸⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 35.

⁸⁷ A respeito, ver em especial o item 1.2.3, *supra*.

⁸⁸ Utilizamos a expressão “ramos do direito” com base na separação realizada pela Doutrina entre os diversos temas do direito (Constitucional, Tributário, Processual Civil e Penal, etc.) para fins didáticos. Isso, contudo, não implica em afastar nosso entendimento quanto ao caráter absoluto da unidade do sistema jurídico. Deveras, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, “(...) a

norma”⁸⁹ para compor aquela unidade irreduzível de manifestação do deontico. A esses fragmentos de norma atribuímos a natureza de norma jurídica em sentido lato e, àquela unidade irreduzível de manifestação do deontico, a natureza de norma jurídica em sentido estrito.

Não se trata de nenhuma inovação, sendo, em verdade, comum na doutrina⁹⁰ essa diferenciação, em especial entre os adeptos da utilização da Teoria da Linguagem como instrumento para aproximação e conhecimento do direito.

Nesse sentido, Robson Maia Lins, alertando para diferenciação que adota entre “texto de lei” (expressão por ele “usada para conotar apenas o suporte físico”), “lei” (“usada no sentido de norma jurídica”, mas norma em sentido *lato sensu*, decorrente da adição ao suporte físico de um “significado atômico”, como o que chega ao nível do “enunciado prescritivo”⁹¹, sem, contudo, adentrar o “campo das normas jurídicas em sentido estrito) e “norma jurídica em sentido estrito”, bem explica que:

Norma jurídica, tomada na sua acepção sintática, é uma estrutura bimembre constituída de um antecedente e de um conseqüente, capaz, minimamente, de regular condutas, e encontra-se um passo adiante dos enunciados prescritivos. Um conjunto de enunciados prescritivos, desde que hábil a modalizar deonticamente uma conduta naquela estrutura hipotética-condicional, compõe o que chamamos de norma jurídica em sentido estrito⁹²

Verificamos, assim, que, a partir de cada texto de direito positivo, isoladamente considerado, podemos construir proposições jurídicas que, apesar de serem normas jurídicas, são unicamente em sentido lato. Isso porque são incapazes de formar aquela unidade irreduzível de manifestação do deontico de que temos insistentemente falado e que compõe a norma jurídica em sentido estrito. Esta,

ordenação jurídica é uma e indecomponível. Seus elementos – as unidades normativas – se acham irremediavelmente entrelaçados pelos vínculos de hierarquia e pelas relações de coordenação, de tal modo que se tentar conhecer regras jurídicas isoladas, como se prescindissem da totalidade do conjunto, seria ignorá-lo, enquanto sistema de proposições prescritivas” (**Curso de direito tributário**, p. 14). A respeito, já tivemos oportunidade de tecer algumas considerações nos itens 1.5 e 1.6, *supra*.

⁸⁹ Cf. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 38.

⁹⁰ Podemos citar, exemplificativamente, os seguintes doutrinadores: CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**; e LINS, Robson Mais. **Controle de constitucionalidade da norma tributária**.

⁹¹ Alertamos que, neste trabalho, não temos utilizado a expressão “enunciado prescritivo” para fazer referência ao **conteúdo de significação** de textos de lei. Para tanto temos utilizado a expressão “proposição jurídica” (ou “proposição prescritiva”), reservando a expressão “enunciado prescritivo” para fazer referência somente ao texto (suporte físico), conforme elucidado no ponto 2.2, *supra*.

⁹² **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 51.

portanto, somente advirá da conjugação de diversas proposições jurídicas com significado atômico capazes de, juntas, expressar aquela “unidade irredutível de manifestação do deôntico”.

2.9 Norma de comportamento e norma de estrutura

Conforme temos verificado, o direito existe para regular os comportamentos inter-humanos no convívio social. Sendo assim, as normas jurídicas, por serem os elementos do sistema jurídico, possuem na regulação de condutas sua razão de ser.

Essa peculiaridade poderia nos levar ao entendimento de que é equivocada a distinção que os teóricos gerais do direito costumam fazer entre normas de conduta e normas de estrutura⁹³ (ou, como preferem outros, entre norma de direito e norma de sobredireito⁹⁴), uma vez que todas se voltam, em última análise, a prescrever condutas.

Contudo, conforme bem demonstra Paulo de Barros Carvalho:

(...) numa análise mais fina das estruturas normativas, vamos encontrar unidades que têm como objetivo final ferir de modo decisivo os comportamentos interpessoais, modalizando-os deonticamente como obrigatórios (O), proibidos (V) e permitidos (P), com o que exaurem seus propósitos regulativos. Essas regras, quando satisfeito o direito subjetivo do titular por elas indicado, são terminativas de cadeias de normas. Outras, paralelamente, dispõem também sobre condutas, tendo em vista, contudo, a produção de novas estruturas deôntico-jurídicas. São normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras, a despeito de veicularem comandos disciplinares que se vertem igualmente sobre os comportamentos intersubjetivos⁹⁵.

Nesse sentido, conforme esclarece Robson Maia Lins, quando o fim imediato da norma é regular condutas, “temos uma norma de comportamento;

⁹³ Essa distinção é creditada a Norberto Bobbio, que a expõe da seguinte forma: “Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de norma, que costumamos chamar de *normas de estrutura ou de competência*. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas. Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida que não determina uma conduta, mas fixa condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta.” (Os grifos são do original) (**Teoria do ordenamento jurídico**, p. 33-34)

⁹⁴ A respeito, ver: VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**, p. 171-172.

⁹⁵ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 38.

quando, de outra parte, o fim imediato é disciplinar a produção de outras normas, temos norma de estrutura”⁹⁶.

Dessa forma, adotamos como útil a distinção⁹⁷ entre normas de conduta e de estrutura, pois possibilita uma melhor compreensão do sistema jurídico e do seu funcionamento interno, em especial do seu processo autopoiético, uma vez que são as normas de estrutura que disciplinam a produção de novas normas e a revisão das normas já constantes do sistema, fixando os órgãos competentes e estabelecendo as formas e os mecanismos de tais procedimentos. Daí porque falamos, acima⁹⁸, que o sistema do direito encontra-se em relação de abertura cognoscitiva, mas de fechamento operativo com o ambiente social. Ele é que fixa, autonomamente, as regras internas do sistema que determinam a forma como as informações do ambiente – percebidas em virtude da sua abertura cognitiva – serão recepcionadas pelo sistema jurídico. Essa necessidade de observância do programa operacional do sistema jurídico para que as informações sejam por ele recepcionadas demonstra claramente seu fechamento operativo, que garante ao sistema sua autonomia.

2.10 Definição de norma jurídica nos campos sintático, semântico e pragmático

Temos examinado os aspectos da norma jurídica a partir de uma análise sintática⁹⁹, privilegiando, assim, sua estrutura lógica. Optamos por tal meio de aproximação do objeto do conhecimento que estamos a estudar para tentar atribuir o maior grau de cientificidade possível ao nosso trabalho jurídico.

⁹⁶ **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 57-58.

⁹⁷ Apesar de adotarmos tal classificação, que distingue a norma jurídica em normas de conduta e de estrutura, ressaltamos que, como toda classificação, ela serve somente para facilitar a aproximação do sujeito cognoscente frente ao objeto analisado, pois, à medida que aumentamos o rigor da análise, percebemos com nitidez sua vulnerabilidade, já que todas as normas, em última análise, disciplinam condutas. Nesse sentido, bem destaca Eurico Marcos Diniz de Santi, com base na doutrina do próprio Norberto Bobbio (a quem é creditada a classificação ora analisada), que “(...) as normas de estrutura também regulam, em sentido lato, um comportamento: a conduta de produzir normas jurídicas”. (**Lançamento Tributário**, p. 55)

⁹⁸ Ver, *supra*, item 1.5.

⁹⁹ Conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, “o plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos lingüísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados. Tratando-se da linguagem jurídica, é o modo de referência à realidade: qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos”. (**Curso de direito tributário**, p. 100)

É que a expressão “norma jurídica”, tanto quanto o termo “direito” e outros da Teoria Geral do Direito, encontra no uso jurídico os mais diversos significados. Conforme destaca Robson Maia Lins¹⁰⁰, “a vaguidade, a ambigüidade, e a carga emotiva acompanham a expressão norma jurídica desde os primórdios”.

Sendo assim, com o escopo de afastar esses vícios de linguagem que a expressão “norma jurídica” contém, capazes de contaminar nosso estudo, optamos pela aproximação sintática frente a este objeto do conhecimento, eliminando, com isso, aqueles vícios de linguagem de que falamos. Daí definirmos norma jurídica como sendo juízo hipotético-condicional, no qual uma hipótese implica um conseqüente por meio da imputação deôntica ou causalidade jurídica, e que representamos acima¹⁰¹ com a seguinte fórmula lógica: $D [F \rightarrow (S' R S'')]$.

Já uma definição de cunho semântico não privilegia a estrutura formal da norma, mas sim seu conteúdo. Partindo para esse caminho, Rudolf von Jhering¹⁰², por exemplo, define a norma como “(...) uma regra pela qual nos devemos pautar”, destacando, ainda, que “apenas aquelas normas erigidas pela sociedade que se respaldem na coação (...) somente as normas providas, pelo Estado, deste efeito, constituem normas de direito (...)”. Privilegia, portanto, o aspecto semântico (conteúdo) da norma, definindo-a como regra de caráter coercitivo dirigida ao agir humano.

Por fim, temos a definição em termos pragmáticos, que, ao contrário das duas anteriores, não privilegia nem a estrutura (relação dos signos entre si), nem o conteúdo (análise dos signos em relação aos objetos extralingüísticos) da expressão norma jurídica, mas sim seu uso pragmático (análise dos signos em relação aos seus intérpretes ou usuários: emissor e receptor). Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁰³, que privilegia a análise pragmática em suas obras, trata as normas

¹⁰⁰ **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 52.

¹⁰¹ Ver, *supra*, item 2.3.

¹⁰² **A finalidade do direito**, p. 219-225.

¹⁰³ Na obra *Teoria da norma jurídica*, Tercio Sampaio Ferraz Junior destaca que não segue propriamente uma pragmática nos termos que apresentada pela semiótica (teoria dos signos, do uso dos sinais), mas sim que privilegia um modelo de sentido meramente operacional, tendo em vista a investigação do discurso normativo. A respeito, destaca que este modelo enquadra-se “(...) numa espécie de lingüística do diálogo, mais do que numa teoria do uso dos sinais, mas sem atingir as dimensões transcendentais propostas por Habermas e Appel”, e conclui, mais adiante, afirmando que: “Podemos, assim, de modo geral, dizer que o modelo operacional que apresentamos se ocupa primordialmente dos aspectos comportamentais da relação discursiva, tendo como centro diretor da análise o chamado *princípio da integração*, ou, seja, pretende ocupar-se do ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor na medida em que é

jurídicas como sendo “(...) interações em que alguém dá a entender a outrem alguma coisa, estabelecendo-se, concomitantemente, que tipo de relação há entre quem fala e quem ouve”¹⁰⁴, assim definindo-as: “Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim”¹⁰⁵.

Com isso, percebemos que o estudo por nós realizado, com privilégio para o aspecto sintático, não exclui absolutamente outros modos de considerar o direito. Trata-se tão-somente de uma opção metodológica. Esclarecendo semelhante opção metodológica de aproximação e conhecimento do objeto ora analisado, Norberto Bobbio, que na sua obra *Teoria da norma jurídica* também se utiliza do aspecto sintático para o estudo da norma jurídica, apresenta o seguinte comentário para demonstrar a diferença que há entre optar por uma análise formal em detrimento das demais:

Se me proponho a conhecer não qual é a estrutura da norma jurídica, mas qual é a oportunidade ou a conveniência ou a justiça das normas jurídicas que compõem um determinado sistema, ou qual é a eficácia social que certas normas exercem em um determinado ambiente histórico, o objeto da minha investigação não será mais a forma ou a estrutura, ou seja, para usar uma metáfora, o invólucro, o recipiente, mas o conteúdo, o que o recipiente contém, isto é, os comportamentos regulados¹⁰⁶.

No mesmo sentido, Robson Maia Lins, também optando pelo enfoque sintático da norma jurídica, bem demonstra as virtudes dessa opção metodológica:

Sem extirpar as possibilidades de uso de definições semânticas e pragmáticas, por opção metodológica, damos ênfase ao enfoque estrutural, sintático, da norma jurídica. E nesse aspecto temos a garantia do limite sintático da norma, qual seja, o de que todas as normas têm o mesmo esquema estrutural: hipotético-condicional (...) Neste esquema, temos sempre um antecedente, descritor de fato da realidade social, implicando um conseqüente, em que estão os critérios de constituição da relação jurídica¹⁰⁷.

mediada por signos lingüísticos” (*Teoria da norma jurídica*, p. 4) (os grifos são do autor). De qualquer modo, verificamos claramente que ele se apóia em um exame da norma jurídica que se ocupa do ato de falar enquanto uma *relação entre emissor e receptor*, na medida em que é mediada por *signos lingüísticos*, demonstrando, assim, que privilegia uma análise a partir do uso pragmático dos signos, conforme destacamos na parte do nosso texto ora comentada.

¹⁰⁴ *Teoria da norma jurídica*, p. 141.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰⁷ *Controle de constitucionalidade da norma tributária*, p. 53-54.

No próximo ponto deste trabalho, passaremos então a estudar a estrutura da norma jurídica tributária, privilegiando, do mesmo modo, o aspecto sintático. Somente após fixarmos a compreensão da estrutura lógica das normas jurídicas, que é uniforme, é que passaremos a preenchê-las de significação e a analisá-las em termos pragmáticos, partindo, assim, da “homogeneidade sintática das normas, para a heterogeneidade semântica, em que o direito regula efetivamente as condutas intersubjetivas”¹⁰⁸. É que, conforme destaca Tácio Lacerda Gama, “o princípio da uniformidade sintática das normas jurídicas convive com o da heterogeneidade semântica (...)”¹⁰⁹, não podendo o estudioso do direito, assim, ignorar tal peculiaridade da linguagem normativa, bem como sua dimensão pragmática.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 54.

¹⁰⁹ **Contribuições de intervenção no domínio econômico**, p. 45.

3. NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

3.1 Regra-matriz de incidência tributária

Dando continuidade ao estudo por nós aqui desenvolvido, após termos analisado a estrutura da norma jurídica em geral, passaremos, agora, a examinar a estrutura da norma jurídica tributária, ou, melhor dizendo, da regra-matriz de incidência tributária (RMIT), que é a estrutura lógico-semântica necessária ao entendimento de toda e qualquer norma de conduta dispositiva em sentido estrito que estipule a incidência do tributo¹¹⁰.

Para tanto, faremos uso mais uma vez da doutrina de Paulo de Barros Carvalho¹¹¹, que brindou toda a comunidade jurídica com a criação da denominada RMIT.

Trata-se, como vimos, da estrutura lógico-semântica de uma norma de comportamento que, conforme demonstra Eurico Marcos Diniz de Santi¹¹², “(...) em sua estrutura implicacional associa a um ato ou fato lícito de possível ocorrência (hipótese tributária), uma relação jurídica que obriga um determinado sujeito passivo a recolher quantia certa aos cofres públicos (conseqüente tributário)”.

Portanto, mantendo coerência com a estrutura da norma jurídica por nós adotada para desenvolvimento do presente estudo, verificamos que também a RMIT trata-se de um juízo hipotético-condicional, no qual uma hipótese implica um conseqüente por meio da imputação deôntica ou causalidade jurídica.

¹¹⁰ Ao lado dessas normas (RMIT) que disciplinam a incidência do tributo e que chamamos de normas tributárias em sentido estrito, temos, também: as normas que estabelecem princípios e que serão por nós estudadas adiante (ver *infra*, item 2.2); e as normas que fixam outras providências administrativas para operatividade do tributo, tais como as de lançamento, recolhimento, configuração de deveres instrumentais, e as relativas à fiscalização, ambas por nós designadas de normas tributárias em sentido amplo. Vale ainda ressaltar que estas normas, que fixam outras providências administrativas para operatividade do tributo (ao contrário daquelas, que estabelecem princípios), não serão objeto de análise do presente trabalho, pois nosso enfoque centra-se na análise da construção – a partir das normas que estabelecem princípios – da norma jurídica que fixa a incidência do tributo. A respeito dessa classificação das normas tributárias, que as discrimina consoante o grupo institucional a que pertencem, ver as seguintes obras de Paulo de Barros Carvalho: **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 86-87; e **Curso de direito tributário**, p. 250-252.

¹¹¹ Sobre o tema, dentre outras, ver as seguintes obras de Paulo de Barros Carvalho: **Curso de direito tributário**, p. 255-366; **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 87-224; **Teoria da norma tributária**, p. 116-178.

¹¹² **Lançamento Tributário**, p. 110.

Vale destacar, no entanto, que ela representa tão-somente a norma primária. Ou seja, tomando como referência a norma em sua bimetridade constitutiva (norma primária mais norma secundária), a RMIT identifica-se apenas com a norma primária. Mais que isso, identifica-se somente com a norma primária dispositiva, que tem como hipótese a descrição de um fato lícito; e não com a norma primária sancionadora, pois esta tem como suposto a descrição de um fato ilícito¹¹³. Deveras, a RMIT abarca na sua hipótese somente fatos lícitos¹¹⁴, juridicizando-os, ou seja, tornando-os fatos jurídicos tributários, e fazendo nascer, com isso, a respectiva relação jurídica tributária no seu conseqüente.

De posse desse instrumental teórico, cumpre-nos, agora, descer a detalhes em relação aos critérios que a RMIT apresenta para, minimamente, cumprir o desiderato de regular condutas de natureza jurídico-tributária. Na hipótese, a RMIT é composta pelos seguintes critérios: (i) material, (ii) espacial e (iii) temporal. Já no conseqüente encontramos os critérios: (i) subjetivo e (ii) quantitativo.

3.2 Hipótese da Regra-matriz de incidência tributária e seus critérios

A hipótese, como enunciado conotativo que é, apresenta-se na forma de uma classe com critérios definidos para enquadramento de infinitos fatos sociais. Sendo assim, para que haja a subsunção do fato social à hipótese da norma jurídica, faz-se necessário que aquele fato contenha os elementos que preencham os critérios da classe fixada pelo enunciado conotativo da hipótese normativa. Somente assim será constituído o fato jurídico que, por meio da implicação – em uma relação de causalidade jurídica ou imputação deontica entre hipótese e tese –, dará nascimento à relação jurídica prescrita no conseqüente.

Trazendo esse instrumental teórico para o campo do direito tributário, temos que, para que o fato social se torne fato jurídico tributário, fazendo nascer a relação jurídica tributária, aquele fato deve conter os elementos capazes de preencher os critérios fixados minimamente pela hipótese da RMIT, que são os critérios material, espacial e temporal.

¹¹³ A respeito da distinção entre a norma primária dispositiva e a sancionadora, ver item 1.2.7 *supra*.

¹¹⁴ Isso até mesmo para guardar coerência com o artigo 3º do Código Tributário Nacional, cujo enunciado traz o seguinte texto: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que na se constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No critério material temos o núcleo do fato jurídico tributário, sendo formado por um verbo pessoal e com predicação incompleta, o que significa requerer sempre complemento, direto, indireto ou predicativo. Consiste, em última análise, no comportamento de uma pessoa.

Esse comportamento de uma pessoa, representado por um verbo e seu complemento, há, contudo, de estar delimitado por condições espaciais e temporais. Daí falarmos em um critério espacial e em um temporal, que, conforme ensina Robson Maia Lins, “interligam, respectivamente, o lugar e o tempo nos quais o fato jurídico tributário pode ocorrer”¹¹⁵.

3.3 Conseqüente da Regra-matriz de incidência tributária e seus critérios

Enquanto na hipótese (enunciado conotativo) da RMIT nós encontramos os critérios que definem os elementos que o fato social deve conter para que haja sua subsunção à norma, constituindo-se o fato jurídico tributário (enunciado denotativo), no conseqüente encontraremos os critérios necessários ao nascimento da relação jurídica tributária.

Nesse sentido, esclarece Paulo de Barros Carvalho que, no plano das normas gerais, temos “(...) a indicação de classes com as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico (no antecedente), implicando a indicação de classes com as notas que uma relação tem de ter para ser considerada como relação jurídica (no conseqüente). Um enunciado conotativo implicando outro enunciado conotativo”¹¹⁶. Cumpre-nos, então, apresentar quais são os critérios mínimos fixados no conseqüente (enunciado conotativo) da RMIT para verificação do nascimento da relação jurídica tributária.

São eles os critérios subjetivo e quantitativo. Enquanto o critério pessoal fixa o conjunto de elementos que nos aponta quem são os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária, o critério quantitativo da RMIT indica o objeto da prestação, ou seja, faz referência às grandezas mediante as quais o legislador pretendeu dimensionar o fato jurídico tributário para apuração do *quantum* pertinente ao tributo, sendo seus componentes a alíquota e a base de cálculo.

¹¹⁵ **Controle de constitucionalidade da norma tributária**, p. 87.

¹¹⁶ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 137.

Todos esses dados – da hipótese e do conseqüente –, quando conjugados, nos oferecem a possibilidade de exhibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da RMIT. Permitem-nos, portanto, chegar àquela “unidade irreduzível de manifestação do deôntico” de que temos falado, capaz de indicar aos destinatários da norma jurídica dispositiva tributária¹¹⁷ o comportamento que devem adotar.

¹¹⁷ Com base nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (**Curso de Direito Tributário**, p. 358-359), podemos representar a norma jurídica dispositiva tributária (RMIT) por meio da seguinte fórmula:

$$\text{DSn} \{ \text{Ht} [\text{Cm} (\text{v} \cdot \text{c}) \cdot \text{Ce} \cdot \text{Ct}] \longrightarrow \text{Cst} [\text{Cp} (\text{Sa} \cdot \text{Sp}) \cdot \text{Cq} (\text{Bc} \cdot \text{Al})] \}$$

$\longleftrightarrow$
 DSm

Tradução dos símbolos: “DSn” = dever-ser neutro ou operador deôntico interproposicional, que é representado pelo sinal da implicação “ $\longrightarrow$ ” e que significa que, ocorrida a hipótese, deve-ser a conseqüência; “Ht” = hipótese, antecedente, suposto ou descritor da norma tributária; “Cm” = critério material; “v” = verbo, sempre pessoal e de predicação incompleta; “c” = complemento do verbo; “.” = conectivo conjuntor; “Ce” = critério espacial; “Ct” = critério temporal; “Cst” = conseqüente, tese, ou prescritor da norma tributária; “Cp” = critério pessoal; “Sa” = sujeito ativo; “Sp” = sujeito passivo; “Cq” = critério quantitativo; “Bc” = base de cálculo; “Al” = alíquota; e “DSm” = dever-ser modalizado ou operador deôntico intraproposicional, que é representado por dois vetores “ $\longleftrightarrow$ ” e que significa a obrigação do devedor de cumprir a prestação e, ao mesmo tempo, o direito subjetivo de que é titular o sujeito pretensor.

4. PRINCÍPIOS JURÍDICOS – SUA ESTRUTURA E FORÇA NORMATIVA

4.1 Análise etimológica do termo “princípio” e enquadramento histórico de seu significado

Etimologicamente, o termo “princípio” (do latim *principium, principii*) encerra a idéia de começo, origem, base. Conforme elucida Sérgio Sérulo da Cunha, “*principium*, tal como ‘príncipe’ (*princeps*) e ‘principal’ (*principalis-e*), provém de *primum* (primeiro) + *capere* (‘tomar’, ‘pegar’, ‘apreender’, ‘capturar’). *Primum capere* significa ‘colocar em primeiro lugar’. Assim, ao nascer, o termo ‘princípio’ não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar”¹¹⁸.

A peculiaridade apontada é importante, pois, como podemos ver, coloca à base do termo uma distinção de caráter axiológico. Princípio, assim, não é o que fisicamente está em primeiro – primeiro lugar em termos de posição física –, mas sim o que axiologicamente está neste posto – primeiro em importância, despertando a idéia, na ordem do consenso, do que é fundamental.

Em linguagem usual é, de fato, o “ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer”¹¹⁹. Já Roque Antonio Carrazza, buscando o sentido filosófico do termo, destaca que a palavra princípio, introduzida na Filosofia por Anaximandro, “(...) foi utilizada por Platão, no sentido de fundamento do raciocínio (*Teeteto*, 155 d), e por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração (*Metafísica*, V. 1, 1.012 b 32 – 1.013 a 19). Nesta mesma linha, Kant deixou consignado que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (*Crítica da Razão Pura, Dialética*, II. A)”¹²⁰.

Mais adiante, Roque Carrazza complementa, afirmando que “(...) em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nessa medida, é, ainda, *pedra angular* de qualquer

¹¹⁸ **O que é um princípio**, p. 261 (os grifos são do original).

¹¹⁹ Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, p. 792.

¹²⁰ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 36 (os grifos são do original).

sistema”¹²¹. Inquestionável, portanto, a importância dos princípios para a realidade jurídica, pois, como as normas jurídicas (gênero que traz os princípios como espécie, na forma de norma jurídica em sentido lato, conforme verificaremos adiante¹²²) formam um grande sistema (que é o sistema jurídico), os referidos princípios, na posição de mandamentos nucleares dele, são essenciais para sua satisfatória estruturação e funcionamento.

Não por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos juristas nacionais que mais se dedicou ao tema referente aos princípios no direito brasileiro, em especial os vinculados ao direito público, definiu a expressão “princípio jurídico” como sendo “(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹²³. E arremata precitado autor: “É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”¹²⁴.

Após esta breve passagem pela análise etimológica do termo “princípio” e dos aspectos gerais da expressão “princípio jurídico”, iniciaremos um sintético exame da sua evolução histórica dentro dos diferentes sistemas jurídicos. Isso para que possamos assimilar da melhor forma possível como os princípios jurídicos, desde sua origem mais remota, foram afirmando-se como enunciados dotados de força normativa, até apresentarem a feição com que foram consagrados nos ordenamentos jurídicos dos atuais Estados Democráticos de Direito, como o brasileiro.

Tendo surgido como uma exigência da vida em sociedade, como lembra Limongi França, o direito, “(...) desde suas origens, sempre colimou, ainda que, de início, rudimentarmente, e, com o seu evoluir, não raro, defeituosamente, a realização da Justiça (...)”¹²⁵. O conhecimento que possuímos a respeito das origens do direito, especialmente através das contribuições da Sociologia Jurídica, como

¹²¹ *Ibidem*, p. 37 (os grifos são do original).

¹²² Ver, *infra*, itens 4.3 e 4.6.

¹²³ **Curso de direito administrativo**, p. 926-927.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 927.

¹²⁵ **Teoria e prática dos princípios gerais do direito**, p. 21-22.

demonstra citado autor, “(...) mostra bem como a idéia de Justiça, embora imanente à natureza humana, surgiu, de início, de maneira rudimentar, experimentando as mais diversas distorções e modificações à face da realidade fática, e, gradativamente, passando pelo cerne de várias culturas, veio afirmando e aprimorando a respectiva noção”¹²⁶. Diante desse panorama, Limongi França vai então concluir que

(...) parece ter sido do contato dessa noção [de Justiça] com as imposições das necessidades sociais que foi surgindo o Direito Privado, do mesmo modo que terá sido da experiência obtida com a aplicação do Direito Positivo a aquelas necessidades que se foi aclarando a idéia de que, acima das leis, existem princípios naturais que as devem reger, sem o que, ou elas se tornam inaplicáveis, ou, aplicadas, levam a sociedade ao descabro¹²⁷.

No Direito Romano, ainda conforme esclarece Limongi França, o que se verifica é uma semelhança muito forte com o que foi detalhado acima. Isso porque, desde os remotos tempos, os *jurisperitos* se preocuparam em reduzir a termo citados princípios, de modo a organizar uma série de coleções deles, então denominadas *regulae juris*¹²⁸. Terá sido assim, na opinião de Limongi França – amparado na literatura histórica a respeito do tema – que, pela primeira vez, pelo menos no que concerne ao Direito Ocidental, “(...) os princípios gerais que informam o Direito Positivo, por assim dizer, vieram à tona, tomaram uma feição definida e escrita, de modo a servirem, não só como coadjuvante à compreensão da lei e dos costumes, mas ainda como elemento complementar a estes na integração do Sistema Jurídico”¹²⁹.

Já na Idade Média, verificamos a prevalência do *Jusnaturalismo*. Sem realizar, por deslocado, o exame crítico dessa orientação filosófico-jurídica, concentraremos nossa atenção na circunstância de como semelhante modo de pensar influenciou na maior ou menor importância atribuída, na prática jurídica, aos princípios de direito. Nesse sentido, conforme destaca Ruy Samuel Espíndola, o que verificamos é que “a fase jusnaturalista posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica. Reconhece-os como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito. Assim, a normatividade

¹²⁶ **Teoria e prática dos princípios gerais do direito**, p. 22-23.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 23-27.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 24.

dos princípios, se não fora encarada como nula, ao menos era de duvidosa propriedade praxiológica¹³⁰. É nesse sentido, aliás, que leciona Paulo Bonavides:

Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés (Joaquín Arces y Flórez-Valdés, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madri, 1990, p. 38), em forma de 'axiomas jurídicos' ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem-estar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, 'um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana'.

O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito. Todavia, a 'formulação axiomática' de tais princípios, conforme observa Enterría (García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madri, 1984, p. 59 e 60) os arrastou ao descrédito¹³¹.

Ao *Jusnaturalismo*, na evolução do pensamento jurídico universal, sucedeu a chamada Escola Histórica, encabeçada por Savigny, cujos ensinamentos constituem uma forte reação contra a atitude essencialmente cerebrina dos *jusnaturalistas*, e um grande esforço no sentido de tomar consciência da realidade dos fatos, na pesquisa científica. Por outro lado, sem ter relação direta com essa nova orientação da Ciência Jurídica (o Historicismo colocou-se em posição contrária às codificações), começaram a surgir os Códigos modernos, uma grande parte deles sob a égide do Código de Napoleão, nos quais os princípios foram inseridos como fonte normativa subsidiária com o intuito de se obter a completude dos ordenamentos. Com isso, chegamos à fase juspositivista dos princípios.

Nesta fase, conforme destaca Ruy Samuel Espíndola, os princípios “não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. (...) Isso não obstante, torna precaríssima a normatividade dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca – são fontes de integração do direito, *quando ocorrem vazios legais*”¹³². Paulo Bonavides, por sua vez, destacando o ingresso desses princípios nas Constituições e a forma como os juspositivistas trataram dessa temática, lançou o seguinte comentário crítico: “Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas

¹³⁰ **Conceito de princípio constitucional**, p. 63.

¹³¹ **Curso de direito constitucional**, p. 261-262.

¹³² **Conceito de princípio constitucional**, p. 63.

programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”¹³³.

Contemporaneamente, numa fase que podemos denominar de pós-positivismo e que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, as novas Constituições acentuaram a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, convertendo-os em pedestais sobre os quais se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Deveras, com o aumento da complexidade das relações sociais, os princípios, que na fase *juspositivista* tinham como função maior apenas a conformação de *lacunas*, servindo de instrumento para a completude do ordenamento, vêm, contemporaneamente, encampando posição de disposição fundamental do sistema jurídico. Daí a necessidade de uma demorada análise de sua força normativa e relevância jurídica nos dias atuais, o que será por nós realizado a partir deste ponto.

4.2 Compreensão principiológica do sistema jurídico brasileiro

Partindo das concepções do positivismo estrito, os princípios não eram tratados como institutos de fundamental relevância do ordenamento jurídico. Pelo contrário, consideravam-nos, não raro, como meras exortações, diretrizes de caráter moral ou político, sem qualquer valor normativo, a não ser para o fim de suprir lacunas. No Estado moderno os princípios eram vistos, portanto, como preceitos demasiadamente abstratos, com natureza transcendente e conteúdo vago. Em sua maioria não se encontravam expressamente previstos em lei, o que, com fulcro no mais rigoroso positivismo, por si só, descaracterizaria seu caráter normativo. Ainda quando presentes na Constituição, impulsionavam uma divergente compreensão da própria Carta Magna, que tinha relativizada sua essência jurídica, por ser detentora de um conjunto de diretrizes sociais (políticas e morais) ao lado dos preceitos estritamente jurídicos.

Foi com a consagração dos Estados Democráticos e de Direito (e não somente de Direito), e a conseqüente sedimentação da figura da Constituição como a lei maior do sistema jurídico, com seus preceitos principiológicos, que os princípios

¹³³ **Curso de direito constitucional**, p. 263.

jurídicos passaram a ter efetiva força normativa. Deveras, com a evolução do pensamento jurídico, acompanhando o desenvolvimento da máquina social, a ordem do positivismo estrito foi cedendo espaço para a ordem social-democrática. E esta, por sua vez, voltou-se não mais apenas para a imposição formal da aplicação da lei, em sentido estrito, mas sim à interpretação dela segundo os valores fundamentais consagrados no seio social, estes positivados por meio dos princípios¹³⁴. Compreendeu-se finalmente que o direito foi criado para o homem falível, em sua condição humana, e que o intérprete deve ter a sensibilidade de adequar a construção e a aplicação da norma aos valores fundamentais da sociedade em que o indivíduo está inserido.

E o meio que melhor assegura a aplicação necessária e constante desses valores sociais superiores na prática jurídica é a transformação deles em preceitos normativos pelo direito. Desse modo, de acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha, “dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios”¹³⁵.

Ou seja, através da reestruturação do pensamento jurídico social, com o advento da interpretação substantiva em superação à mera aplicação mecânica das leis, compreendeu-se que as diretrizes pautadas nos valores primordiais da sociedade detinham importância que extravasava os limites de meras premissas ideológicas. Acima disso, os princípios deveriam, por sua extrema relevância, ser os limites para interpretação e aplicação das regras positivadas no ordenamento, vindo eles mesmos, num segundo momento, a ser reconhecidos como capazes de aplicação imediata a casos concretos, participando, como normas jurídicas em sentido lato, da construção das normas jurídicas em sentido estrito aplicáveis aos referidos casos.

¹³⁴ Daí Lenio Streck defender que com a referida superação do positivismo estrito “a plenitude da lei – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Ou seja, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre ‘um instrumento de mudança social.’” (**A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**, p. 161) (os grifos são do autor).

¹³⁵ **Princípios constitucionais da administração pública**, p. 25.

Por essa razão, os princípios foram consagrados como verdadeiras normas constitucionais. Aliás, quanto à natureza de norma jurídica dos princípios, é esclarecedora a lição de Norberto Bobbio:

Os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra 'princípios' leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os argumentos são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?¹³⁶

Com essa consagração dos princípios como verdadeiras normas¹³⁷ constitucionais, a importância deles, então, foi afinal devidamente reconhecida, pois não é concebível um sistema de direito completo, funcional e dinâmico¹³⁸ sem um conjunto principiológico devidamente coeso e entrelaçado, alicerçando todo seu ordenamento correspondente.

¹³⁶ **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 158-159.

¹³⁷ A respeito, vale novamente apresentar a seguinte síntese, elaborada por Paulo Bonavides, sobre a atual força normativa dos princípios e sua importância: "Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo, com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo dos seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios." (**Curso de Direito Constitucional**, p. 294). De fato, conforme ressaltou Ruy Samuel Espindola em recente trabalho a respeito do tema dos princípios constitucionais, no pós-positivista "(...) os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito". (**Conceito de princípios constitucionais**, p. 64)

¹³⁸ Destacamos a característica da dinamicidade tendo em vista que o sistema jurídico precisa ser capaz de acompanhar a evolução das expectativas da sociedade moderna globalizada, sociedade esta em constante e veloz movimento. A respeito, aliás, vale citar o seguinte trecho do prefácio assinado por Luiz Gonzaga Belluzzo à obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, de Eros Roberto Grau: "O direito, Eros insiste, é um dinamismo. Nunca foram, de fato, tão dinâmicas as relações entre a sociedade e o direito." (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, Prefácio, p. 3)

Daí a razão de Elizabeth Nazar Carrazza afirmar que os princípios são “(...) verdadeiros vetores do edifício jurídico”, vetores estes que lhe conferem “(...) unidade e lógica”¹³⁹. E a analogia (utilizada pela citada Professora) com as estruturas de um edifício tem origem na doutrina de Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, que é sintetizada por Roque Carrazza nos seguintes termos:

Usando, por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará parede sobre parede. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’ e estas ‘vigas mestras’ são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção^{140/141}.

São os princípios, portanto, que estruturam o sistema. Enquanto as regras podem contradizer-se entre si, ou omitir-se sobre determinada conduta, os princípios, por sua vez, estão sempre perfeitamente conjugados, cabendo a eles solucionar qualquer conflito normativo, inclusive limitando qualquer possibilidade de desmandos por parte do aplicador e, o que é mais importante, por serem os valores maiores da sociedade, permeiam todo o sistema jurídico, determinando-o¹⁴².

¹³⁹ **Progressividade e IPTU**, p. 20.

¹⁴⁰ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 38.

¹⁴¹ Miguel Reale, fazendo uso de semelhante comparação, enfatiza: “Podemos, aqui, fazer uma comparação que, até certo ponto, esclarecerá o problema. Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de *princípios*, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano” (**Introdução à filosofia**, p. 53).

¹⁴² A respeito, pondera Cármen Lúcia Antunes Rocha que “Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e

Com isso não queremos dizer que valores e princípios sejam uma única coisa. Deveras há semelhanças entre a teoria dos valores e a dos princípios. Contudo, como ensina Walter Claudius Rothenburg¹⁴³, enquanto aqueles pertencem ao âmbito axiológico – cujo conceito fundamental é o bem –, estes pertencem ao deontológico – cujo conceito fundamental é o dever-ser. Nesse sentido é a doutrina de Alex: “O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor, no modelo dos princípios, é *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, pois, os princípios e os valores se diferenciam apenas em virtude do seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente”¹⁴⁴.

4.3 “Princípio” enquanto norma jurídica *lato sensu*

Conforme já destacamos no presente trabalho¹⁴⁵, as normas jurídicas podem ser divididas em normas *lato sensu* e *stricto sensu*. Mais que isso, já adiantamos que os princípios compõem a classe daquelas normas em sentido amplo¹⁴⁶.

Enquanto as normas em sentido estrito apresentam a mensagem deontica de forma completa, orientando a conduta em todos os seus aspectos, a norma em sentido amplo, por sua vez, não se apresenta capaz de transmitir essa “unidade irredutível de manifestação do deontico” e, assim, orientar a conduta em sua integralidade, uma vez que, ao contrário daquela, esta se trata de proposição prescritiva constituída por um significado atômico.

Somente a partir da junção de proposições prescritivas dessa ordem (norma jurídica em sentido amplo), capazes de, conjuntamente, transmitir a mensagem deontica em sua integridade, que poderemos chegar à norma jurídica em sentido estrito com sua estrutura hipotético-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente mediante a causalidade jurídica ou imputação deontica.

Verificamos, portanto, que os princípios apresentam-se na forma de enunciados prescritivos, dos quais extraímos proposições prescritivas com

melhores condições de ter efetividade jurídica e social”. (**Princípios constitucionais da administração pública**, p. 24)

¹⁴³ **Princípios constitucionais**, p. 17.

¹⁴⁴ **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 147.

¹⁴⁵ Ver, *supra*, item 2.8.

¹⁴⁶ Ver, *supra*, item 3.1 (notas de rodapé).

significado atômico (normas jurídicas em sentido amplo) que, para transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade, necessitam ser colhidas em conjunto com outras proposições prescritivas.

Nesse sentido, ensina Eurico Marcos Diniz de Santi que:

Os princípios jurídicos não são normas jurídicas naquele estrito sentido apresentado: proposições prescritivas que apresentam a forma implicacional hipótese-tese. Trata-se sim, de fragmentos normativos que integram o arcabouço de normas jurídicas, vale dizer, alteram, constituem (positiva e negativamente) e delineiam os elementos da estrutura das normas, seja pelo antecedente, seja pelo conseqüente normativo¹⁴⁷.

A estrutura de um princípio, portanto, como norma *lato sensu* que é, será a de uma proposição prescritiva atômica¹⁴⁸, onde: “(NI¹ . NI² . NI³ NIⁿ) → Ns”. Nessa representação simbólica NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são normas jurídicas *lato sensu* (princípios e regras isoladamente considerados) que implicam Ns, ou seja, a norma jurídica *stricto sensu* (no caso, um conjunto de proposições prescritivas capaz de transmitir a mensagem deôntica em sua integridade e que tem sido por nós assim representado: “D [F → (S' R S'')]”).

4.4 Definição de princípio

Tecidas essas considerações acerca da atuação e importância dos princípios no interior do sistema jurídico, e partindo de sua concepção como norma jurídica *lato sensu*, cumpre-nos agora aprofundar a reflexão sobre sua definição.

E, para tanto, tomaremos como base a definição oferecida por Celso Antonio Bandeira de Mello, no seu *Curso de Direito Administrativo*, por possuir sensível relação com o trabalho ora desenvolvido. Para esse professor, conforme já destacamos, princípio jurídico é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

¹⁴⁷ **Lançamento tributário**, p. 83.

¹⁴⁸ A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência, p. 73-74.

no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁴⁹. Mais adiante, precitado autor conclui seu pensamento enfatizando:

É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada¹⁵⁰.

Nesse sentido, a atuação do princípio dentro do sistema jurídico se dá especialmente na esfera interpretativa. É ele que confere harmonia e racionalidade ao sistema e, em razão disso, serve como limitador e orientador da atividade de construção e aplicação das normas jurídicas. O direito posto adquire contornos de direito propriamente dito (normas em sentido estrito) através dos princípios. Daí a afirmação de Plauto Faraco de Azevedo no sentido de que “os princípios jurídicos, enquanto princípios constitucionais inseridos na Constituição de 1988, são corretamente vistos como orientadores da elaboração e da aplicação do direito”¹⁵¹. São os princípios constitucionais que coordenam a atividade do intérprete/aplicador do direito.

Os princípios, assim, compõem a essência do sistema jurídico. São pautados nos valores superiores que inspiraram sua criação. Deveras, o direito, como objeto cultural que é, apresenta-se impregnado de valor, estando nos princípios aqueles valores maiores que a sociedade (por meio do legislador) quer ver concretizados.

Nessa linha é a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, que, sobre o tema, ensina:

Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel

¹⁴⁹ **Curso de direito administrativo**, p. 926-927.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 927.

¹⁵¹ **Os princípios na teoria do direito**, Prefácio.

sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em direito, utiliza-se o termo ‘princípio’ para denotar as regras de que falamos (...) ¹⁵².

Ainda dentro deste tópico do nosso trabalho, cumpre-nos destacar que, apesar dessa sua elevada razão de existir, os princípios albergam-se no próprio interior do sistema jurídico. Não se situam, como pretendia o *jusnaturalismo*, em uma ordem jurídica transcendente, além dos limites do ordenamento. Pelo contrário, encontram-se presentes no seio deste, devendo ser constituídos a partir dos textos que os contemplam. Não se situam em uma idéia de direito ideal, natural, utópico, além da realidade; mas sim estão dispostos, dentro do ordenamento jurídico, na forma de enunciados prescritivos explícitos ou implícitos ¹⁵³.

4.5 Princípios que fixam valores densamente indeterminados e princípios que fixam limites “objetivos”

Conforme temos verificado, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas, são produzidos por linguagem, que é típica realização do espírito humano e, como tal, objeto cultural ¹⁵⁴. Portanto, sendo objeto do mundo da cultura, estão sempre impregnados de valor.

Mas esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função de seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes proporções do ordenamento, informando o sentido que devem seguir ¹⁵⁵. Para denotar as mensagens legislativas cunhadas dessa alta carga axiológica, utiliza-se, em direito, do termo “princípio”.

¹⁵² Nesse sentido, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 61-63; e FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**, p. 17-18.

¹⁵³ Destacamos que, a partir das premissas que adotamos para desenvolvimento deste estudo, não podemos falar em normas jurídicas implícitas e explícitas – pois estas sempre se encontram na implicitude dos textos de direito positivo, sendo, a partir destes, construídas pelo intérprete –, mas tão-somente em enunciados prescritivos explícitos e implícitos. Sendo assim, enquanto enunciados prescritivos, podemos dizer que os princípios podem aparecer de forma implícita ou explícita no texto de direito positivo. Contudo, enquanto normas (proposições prescritivas), aparecerão sempre de forma implícita.

¹⁵⁴ **Curso de direito tributário**, p. 150-152.

¹⁵⁵ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 150-155.

Seguindo um passo adiante, na esteira de Paulo de Barros Carvalho, percebemos que há princípios que são postos em termos vagos e excessivamente genéricos, ao lado de outros com enunciados tão precisos que passam a ser escassas as dissensões a respeito de seus conteúdos, o que permite a classificação dos princípios tomando como critério de pertinencialidade o grau de objetividade no momento de sua efetiva aplicação¹⁵⁶, ou seja, no momento da construção de seu sentido. Podemos, assim, de um lado colocar os princípios com conteúdo densamente indeterminado e, de outro, aqueles cujos enunciados deixam pouco espaço para divergência de opiniões no momento da construção de seu sentido.

Trata-se, portanto, de classificação que em muito contribui para os propósitos do presente trabalho, tendo em vista que o escopo deste estudo é precisamente analisar a influência dos princípios na atividade do intérprete de construção da norma jurídica tributária.

A respeito dessa classificação, destacamos, primeiramente, que não estaremos utilizando as expressões “princípio como valor” e “princípio como limite objetivo”¹⁵⁷. Isso porque, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho em recente artigo sobre o tema, “apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm, nem podem ter”. E continua: “A natureza eminentemente subjetiva desses núcleos significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora um mero fato cosmológico insularmente levado à análise. Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos a impossibilidade de fixar diretrizes objetivas, e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores”¹⁵⁸. Atentos a mais essa lição do citado professor, faremos uso dessa classificação com a ressalva por ele fixada, chamando os enunciados com maior nível de indeterminação pelo nome de *princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação* e, os outros, pelo nome de *princípios que fixam limites “objetivos”*, lembrando sempre que em ambos encontramos um valor¹⁵⁹,

¹⁵⁶ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Tributo e segurança jurídica**, p. 353-354.

¹⁵⁷ Expressões estas comumente utilizadas para indicar as duas espécies de princípios da classificação ora analisada. A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 150-156.

¹⁵⁸ **Tributo e segurança jurídica**, p. 354.

¹⁵⁹ A respeito, destaca Paulo de Barros Carvalho: “O que distrai nossa atenção entre as duas classes de princípios é que o legislador injeta valores (sempre subjetivos) em situações diferentes: incertas; indecisas, indeterminadas, as primeiras; limitadas e rigidamente delineadas, as últimas.” (**Tributo e segurança jurídica**, p. 354)

variando tão-somente o grau de sua indeterminação, o qual é pequeno no caso dos limites “objetivos”, fato que nos legitima a chamá-los dessa forma¹⁶⁰.

Essa presença de um valor em um enunciado prescritivo, por sua vez, invariavelmente leva o intérprete ao campo da Axiologia ou da Teoria dos Valores para estudá-lo segundo as características próprias das estimativas, onde a subjetividade¹⁶¹ será o traço marcante da atividade do intérprete de produção de sentido do texto prescritivo, ou seja, de produção da norma jurídica. De fato – conforme lembra Paulo de Barros Carvalho¹⁶² –, Miguel Reale, ao desvincular os valores dos objetos ideais¹⁶³, confere *status* autônomo à Axiologia ou Teoria dos Valores. Sendo assim, o intérprete, forçosamente, para legitimamente produzir sentidos a partir de enunciados prescritivos que contenham um valor, deverá ingressar no campo da Axiologia ou da Teoria dos Valores. E, para um melhor entendimento do tema, vale aqui destacar as características dos valores apontadas por Miguel Reale a partir de seus estudos sobre a Axiologia:

O valor é sempre bipolar (...) porque a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. (...)

(...) O Direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, que se declaram negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o Direito existe porque há a possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência.

Se os valores são polares, cabe observar que eles também se *implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais. (...)

(...) *Polaridade e implicação* são qualidades dos valores, que refletem ou traduzem a natureza mesma da condicionalidade humana, do espírito que só toma consciência de si mesmo e se realiza enquanto se inclina ou se objetiva a “ser como dever ser”, o que nos leva a considerar a terceira característica do valor, que é a sua *necessidade de sentido* ou *referibilidade*.

¹⁶⁰ Esclarecemos que colocamos entre aspas a palavra “objetivo”, pois, conforme demonstrado, não é possível atingir uma objetividade pura diante de enunciados que contêm valores. Com a utilização das aspas, portanto, nosso escopo é indicar que relativizamos o sentido do termo “objetivo”, por nós utilizado na expressão: *limite “objetivo”*.

¹⁶¹ A respeito, destaca Paulo de Barros Carvalho: “Uma norma comum já é difícil, pode suscitar desentendimentos, um princípio muito mais, cada um vê o princípio segundo seus valores, suas pautas de valores” (V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO – “debate”. **Revista de Direito Tributário** - n. 56, p. 143).

¹⁶² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 151.

¹⁶³ A respeito, Miguel Reale elucida dizendo que geralmente se defende a inclusão dos valores no campo dos objetos ideais, corrente do pensamento com a qual ele não se filia, já que defende a autonomia dos valores e, portanto, da Axiologia e da Teoria dos Valores (**Introdução à filosofia**, p. 158-160).

Além da polaridade, o valor implica sempre uma tomada de posição do homem e, por conseguinte, a existência de um sentido, de uma referibilidade. Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no *sentido de algo e para alguém*. (...)

O valor envolve, pois, uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a *preferibilidade*. É por essa razão que para nós toda teoria do valor tem como consequência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins. Daí dizermos que *fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta*.

Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra característica do valor: – sua *possibilidade de ordenação ou graduação preferencial* ou hierárquica, embora seja, como já foi exposto, incomensurável.

Polaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade e graduação hierárquica são, como se vê, algumas das notas que distinguem o mundo dos valores, a que se devem acrescentar as de *objetividade, historicidade e inexauribilidade* (...) ¹⁶⁴.

Mais adiante, quanto à *objetividade*, ressalta Miguel Reale que essa característica decorre do fato de que o valor é “(...) insuscetível de revelar-se sem algo em que se apóie e sem uma ou mais consciências às quais se refira”¹⁶⁵. Daí Paulo de Barros Carvalho, comentando o citado texto de Miguel Reale, completar afirmando que os valores “requerem sempre objetos da experiência para neles assumir *objetividade*”. E, sobre as características da historicidade e da inexauribilidade, conclui este autor:

Ainda sobre a composição lógica dos valores, é preciso dizer que eles vão sendo construídos na evolução do processo histórico e social, o que lhe dá o timbre da *historicidade* (*h*). Com efeito, os valores não caem do céu, trajetória existencial dos homens, nem aparecem do nada, de um momento para o outro, mas são frutos do traço lógico que integra a estrutura de todo e qualquer valor. Outro elemento, porém, é a *inexauribilidade* (*i*), exibindo, a cada passo, que os valores sempre excedem os bens em que se objetivam. Mesmo que o belo seja insistentemente atribuído a uma obra de arte, sobrarão esse valor estético para muitos outros objetos do mundo. Tal transcendência é própria às estimativas, de modo que o objeto em que o valor se manifesta não consegue contê-lo, aprisioná-lo, evitando sua expansão para múltiplos setores da vida social ¹⁶⁶.

Em função disso é que podemos legitimamente afirmar que o intérprete, ao deparar-se com valores na sua atividade de produção de sentido, invariavelmente sofrerá a influência de sua subjetividade, pois o simples deparar-se com um valor,

¹⁶⁴ **Introdução à filosofia**, p. 160-161.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 162.

¹⁶⁶ **Curso de direito tributário**, p. 152-153.

ressalta Paulo de Barros Carvalho, leva o intérprete necessariamente a esse mundo de subjetividades inerente aos valores¹⁶⁷.

Em muitos casos, contudo, conforme já adiantamos parágrafos acima, aquilo que denominamos de “princípio” não traz essa ampla possibilidade de subjetividade na atividade de interpretação, com o que fica ela restringida. Deveras, na aplicação prática do direito, a construção de sentido dos princípios que fixam limites “objetivos” é mais simples, não reclamando maiores labores exegéticos. Paulo de Barros Carvalho, que sempre preza pela didática e pelo rigor científico, costuma fazer uso de exemplos para aclarar seus ensinamentos, e não foi diferente ao tratar desta matéria, momento em que apresentou o seguinte exemplo:

A diretriz da anterioridade, com toda a força de sua presença na sistemática impositiva brasileira, é um ‘limite objetivo’. Sua comprovação em linguagem competente (a linguagem das provas admitidas em direito brasileiro) é de uma simplicidade franciscana: basta exhibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público, e podemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. E, por igual, a legalidade. Se o tributo foi introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado¹⁶⁸.

Contudo, se na prática jurídica é fácil construir os sentidos dos enunciados que fixam limites “objetivos”, o mesmo não ocorre com os princípios que fixam valores densamente indeterminados, como é o caso do princípio que impõe o primado da justiça, por exemplo. Nele, a própria palavra “justiça” já carrega em si valor com alto grau de indeterminação, o que justifica a classificação por nós aqui utilizada.

Mas há ainda uma outra peculiaridade quanto à classificação ora analisada que não podemos deixar de apresentar. É que, em algumas situações concretas de aplicação do direito, verificamos que um mesmo princípio poderá, frente a determinados casos, ter seu sentido produzido com facilidade e, frente a outros casos, exigir enorme esforço por parte do intérprete. Veja-se, por exemplo, o caso do princípio da estrita legalidade tributária (artigo 150, I, da Constituição Federal). Nenhum intérprete teria maiores dificuldades de, frente a um imposto criado por uma

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 151.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 154-155.

“instrução normativa”, produzir o sentido do princípio da estrita legalidade para aplicá-lo ao referido caso concreto. Já diante de um caso de imposto criado por uma “medida provisória”, especialmente antes da publicação da Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 11.09.2001, a situação é bastante diferente. Aqui a produção de sentido do princípio da estrita legalidade tributária, por exemplo, levou a doutrina, a jurisprudência e o Poder Executivo a travarem fortes embates, sendo evidentes as divergências resultantes de sua interpretação¹⁶⁹. Aliás, mesmo após o advento da citada EC nº 32/2001, há autores do mais alto nível intelectual (destacando-se, entre eles, Roque Carrazza) que sustentam, fortes no princípio da estrita legalidade tributária e embasados em outros relevantes argumentos, a impossibilidade de criação de tributos por meio de medida provisória¹⁷⁰. Verificamos, portanto, que mesmo um princípio que classificamos entre os limites “objetivos”¹⁷¹ pode apresentar

¹⁶⁹ Deveras, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, o princípio da estrita legalidade, ao exigir que os tributos sejam criados ou majorados por lei, põe, de imediato, um problema: “lei no sentido estrito – isto é, lei ordinária –, ou lei na sua acepção larga – vale dizer, todos os diplomas credenciados a introduzir normas inaugurais no ordenamento?” E completa: “Como outro elemento complicador, não se pode esquecer que o sistema conecta este princípio com um valor extremamente caro para o setor: a tipicidade – isto é, ao conceber o legislador o ente tributário, estará jungido a fixar, em sua plenitude, o desenho integral da figura típica do gravame. Vê-se, aqui, uma conjunção de valores impregnando as proporções semânticas do princípio da estrita legalidade.” (**Tributo e segurança jurídica**, p. 356)

¹⁷⁰ Nesse sentido é a doutrina de Roque Carrazza que, sobre o tema, é enfático: “Inicialmente, queremos deixar marcado que medidas provisórias não são leis. São, sim, atos administrativos *lato sensu*, dotados de alguns atributos de lei, que o Presidente da República pode expedir em casos de *relevância* e *urgência*. (...) O que se nota, *prima facie*, é que o *constituente derivado* (ao editar a EC n. 32/2001) investiu-se das prerrogativas de *constituente originário* e, sem a menor cerimônia, ‘reconstruiu’, a seu talante, a figura de *medida provisória*. (...) tal Emenda Constitucional, na parte atinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade tributária e, por via de consequência, a autonomia e independência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do art. 60, § 4º, III, da CF, que estabelece que nenhuma emenda constitucional poderá sequer tender a abolir a separação dos Poderes. Como se isto não bastasse, a mesma EC n. 32/2001 – sempre no que concerne às medidas provisórias – atropela o direito fundamental dos contribuintes de só serem compelidos a pagar tributos que tenham sido adequadamente ‘consentidos’ por seus representantes imediatos: os legisladores. Intocável, portanto, na espécie, também a *cláusula pétrea* do art. 60, § 4º, IV, da CF, que veda o amesquinamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu*.” (**Curso de direito constitucional tributário**, p. 272 e 275-277 – os grifos são do autor)

¹⁷¹ A respeito, ver, *infra*, item 5.3, onde incluímos o princípio da estrita legalidade entre os *limites “objetivos”*. Vale aqui, no entanto, fazer um breve esclarecimento, pois, ao afirmarmos que “um princípio que classificamos entre os limites ‘objetivos’ pode apresentar foros de indeterminação”, estaremos, em tese, fragilizando o critério de pertinencialidade (grau de objetividade/determinação dos princípios) por nós mesmos adotado para classificar os princípios. Daí a importância dessa ressalva para advertir que utilizamos o grau de indeterminação a partir de uma análise geral do princípio, e não frente a um ou outro caso concreto analisado separadamente. E, tendo em vista que o princípio da estrita legalidade traz dúvidas somente em casos extremos, como os de utilização de medidas provisórias como veículo introdutor de norma impositiva tributária, é que os classificamos entre os limites ‘objetivos’. Já o princípio da justiça, por sua vez, tendo em vista que em geral (na generalidade dos casos de sua aplicação) proporciona a construção de vários sentidos (por certo que em alguns casos a injustiça fica evidente e deve ser reconhecida como

foros de indeterminação tendo em vista o caso concreto a ele correlato¹⁷², já que este exerce forte influência no momento da produção de sentido dos enunciados prescritivos que fixam valores (sejam valores com alto grau de indeterminação, sejam valores cujo sentido é mais facilmente determinável, como ocorre com os limites objetivos).

Importante ressaltar, aqui, que essa indeterminação decorre não só da contextualização do enunciado prescritivo com o caso concreto, mas, também, e em especial, da própria vaguidade, ambigüidade e alta carga axiológica (sempre subjetiva) da linguagem que constitui os princípios jurídicos. Deveras, conforme destaca Alf Ross, a maior parte das palavras são ambíguas e todas são vagas, ou seja, seu campo de referência é indefinido: consiste em um núcleo ou zona central e um nebuloso círculo exterior de incerteza¹⁷³. E é esta nebulosidade que se acentua nos enunciados que temos chamado de “princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação”.

Não por outro motivo que Regina Helena Costa, ao tratar do princípio da capacidade contributiva (que classificamos entre os princípios que fixam valor densamente indeterminado¹⁷⁴), enfatiza: “As dificuldades encontradas para gizar-se o conceito sob análise repousam, cremos, no fato de que a expressão ‘capacidade

tal), enquadramo-lo entre os princípios que fixam valores de densa indeterminação. De fato, basta verificarmos que: i) cada advogado, quando apresenta uma petição inicial para iniciar um processo judicial, formula um pedido em nome da “justiça”; ii) já o advogado do réu contesta os argumentos do autor em nome da “justiça”; iii) o juiz, por sua vez, na sentença, acolhe uma das argumentações também em nome da “justiça”; iv) e os Tribunais, não raro, reformam tais sentenças, em nome da mesma “justiça”, para, assim, tomarmos conta da dificuldade de precisar o conteúdo do princípio da justiça em cada caso concreto, o que justifica plenamente enquadrar este princípio entre os que fixam valores com alta carga de indeterminação.

¹⁷² A respeito do tema, Paulo de Barros Carvalho, tomando como base o “princípio da igualdade”, ensina-nos: “Ao projetar-se num dado acontecimento do mundo, essa diretriz experimenta curiosas configurações. Sabemos quanto difícil seria sustentar a discriminação entre homens e mulheres no processo de seleção para ingresso na carreira do Ministério Público. A singela invocação do art. 5º, I, da Carta Constitucional vigente seria o bastante para tolher qualquer entendimento discriminatório. Ao mesmo tempo, em matéria publicada na *Folha de S. Paulo* em janeiro/1992, Flávia Piovesan discutiu a interessante tese de benefícios pleiteados por pessoas do mesmo sexo vivendo ‘maritalmente’. Tudo sobre o fundamento daquela norma que, sobranceira, estaria impregnando o sentido das demais regras do ordenamento. Num caso, o primeiro, a mera alusão ao primado da igualdade tem a força suficiente para decidir o problema. No segundo, em que a complexidade do desenho típico se vê agravada pela presença de outros valores, numa combinatória que suscita considerações mais profundas, o mesmo princípio perde seu aparente conteúdo de objetividade, não se prestando mais para, sem outros torneios retóricos, encaminhar a solução exegética.” (**Tributo e segurança jurídica**, p. 354-355 – os grifos são do autor)

¹⁷³ **Direito e justiça**, p. 142-143 e 164.

¹⁷⁴ A respeito, ver, *infra*, item 5.2.

contributiva' apresenta alto grau de generalidade e vaguidade (...)"¹⁷⁵. Contudo, mais adiante, defendendo-se daqueles que tentam esvaziar o sentido e a força normativa desses princípios, dada sua grande generalidade e vaguidade, complementa:

Temos para nós não possa o cientista do Direito esquivar-se de enfrentar problema que lhe é posto à apreciação, com a escusa de que determinados termos são carentes de significação. A Ciência Jurídica tem por tarefa "explicitar o sistema lógico-normativo insito no conjunto d legislação, convertendo assim esse conjunto de leis num todo unitário e inteligível" (Irineu Strenger, *Da dogmática jurídica; contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro*, p. 23); não pode, pois furtar-se a examinar certas questões, sob pena de comprometer a sua própria condição de ciência.

Assim, ainda que não se possa oferecer soluções unívocas a determinadas indagações, o cientista do Direito tem a obrigação de buscar o delineamento dos conceitos jurídicos, independentemente do grau de indeterminação que eles possam conter"¹⁷⁶.

Ademais, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho, o fato de não podermos escapar dessa porção movediça que se aloja nos termos e nos enunciados proposicionais dos princípios jurídicos, "(...) longe de trazer insegurança que desde logo imaginamos, significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discurso persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa"¹⁷⁷.

Essas peculiaridades dos princípios jurídicos, no entanto, serão melhor examinadas no item 5, *infra*, quando da análise dos princípios tributários que fixam valores com densa indeterminação e daqueles que fixam limites "objetivos", bem como no item 8 (item conclusivo do nosso trabalho).

4.6 Normas, princípios e regras jurídicas

Conforme temos enunciado, o gênero norma jurídica subdivide-se em princípios e regras. Ambos são normas jurídicas, contudo com conteúdos e características distintos entre si, conforme melhor verificaremos neste item.

A localização de ampla gama de princípios no texto constitucional brasileiro, bem como o abrigo dos princípios gerais de direito na essência de alguns de seus

¹⁷⁵ **Princípio da capacidade contributiva**, p. 23.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ **Tributo e segurança jurídica**, p. 355.

dispositivos, evidencia a importância que os princípios detêm dentro do sistema jurídico pátrio. Nesse sentido, afirma Eros Roberto Grau que, “(...) da inserção deles (os princípios) no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso, no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios”¹⁷⁸. Veja-se, portanto, que não só a interpretação das regras infraconstitucionais deve ser determinada pelos princípios constitucionais, como também a interpretação das próprias regras contidas na Constituição.

A respeito, ensina-nos Geraldo Ataliba que “o sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes”, sendo ainda enfático ao afirmar que “mesmo no nível constitucional há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios”¹⁷⁹.

Nesse sentido também Juarez Freitas concorda que os princípios ocupam lugar de destaque no sistema jurídico, situando-se, ao mesmo tempo, na base e no ápice do sistema, isto é, como fundamento e cúpula dele¹⁸⁰, com o que conclui que as regras “(...) nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das normas estritas [regras, para o autor] implica, em todos os casos, uma *simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento*”¹⁸¹. Ou seja, enfatiza que a interpretação de toda e qualquer regra jurídica deve se dar mediante aplicação simultânea dos princípios.

¹⁷⁸ **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 80.

¹⁷⁹ **República e Constituição**, p. 33. A respeito da superioridade dos princípios constitucionais e da sua influência na atividade interpretativa (inclusive das regras constitucionais), vale também destacar o entendimento de José Delgado: “(...) os postulados e os princípios fundamentais inseridos explícita ou implicitamente na Carta Magna ostentam dogmas que têm por destinação específica o fortalecimento da cidadania e da valorização da dignidade da pessoa humana, aspectos que atuam como inspiração para a interpretação de qualquer tipo de norma positivada em um regime democrático, quer ela seja de ordem constitucional, quer seja de nível infraconstitucional, independentemente, ainda, do ramo do direito a que pertença.” (**Os postulados e os princípios na Constituição de 1988**, p. 622). Carlos Ari Sundfeld, nessa linha, enfatiza que “é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios” (**Fundamentos de direito público**, p. 148).

¹⁸⁰ Cf. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**, p. 222.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 292 (os grifos são do autor).

Portanto, ainda que eventualmente possamos construir a norma jurídica em sentido estrito tão-somente a partir de princípios – o que ocorrerá sempre que tivermos diante de casos concretos que reclamam solução jurídica e para os quais inexistente previsão por meio de regras –, essa construção da norma *stricto sensu* nunca deve prescindir da participação dos princípios¹⁸². E isso porque, conforme temos verificado, os princípios (que são normas jurídicas em sentido lato), como mandamentos nucleares e fundamento do sistema jurídico, devem sempre aparecer determinando o sentido das regras jurídicas (que também são normas jurídicas em sentido lato) no percurso de construção da norma jurídica em sentido estrito. Simbolicamente, temos: “(NI¹.NI².NI³....NIⁿ) → Ns” – nessa representação NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são normas *lato sensu* (princípios e regras) que, sistematizadas, implicam Ns (norma jurídica *stricto sensu*). Por meio da exposição dessa fórmula lógica, portanto, desde já verificamos como ocorre a interação dos princípios e regras no “processo de construção da norma jurídica *stricto sensu*” de que estaremos tratando nos itens conclusivos do presente trabalho.

Verificamos, assim, que os princípios, com seu caráter de mandamento nuclear e fundamento do sistema jurídico, norteiam toda a atividade de construção de sentido normativo, conferindo coesão, unidade e harmonia ao sistema. Por essa razão, não é demais afirmar que infringir um princípio constitucional é mais condenável do que deixar de atender a uma regra jurídica qualquer, pois com tal conduta se está indo contra o fundamento do sistema jurídico, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸³.

Daí resulta a primeira distinção existente entre princípios e regras jurídicas, ou seja, encontram-se eles em grau de hierarquia distinto, sendo os princípios, na posição de mandamentos nucleares do sistema, superiores às regras, no que

¹⁸² Juarez Freitas, aliás, chega a afirmar que os princípios aparecem “(...) como reveladores do ponto de partida e do ponto de chegada de todo raciocínio jurídico, ainda que, às vezes, quase imperceptivelmente” (**Interpretação sistemática do direito**, p. 287). De fato, muitas vezes sequer nos damos conta, ao interpretar/construir uma norma jurídica, que estamos aplicando, conjuntamente, princípios. Veja-se, por exemplo, que para a construção da RMIT sempre verificamos se as regras que fixam seus critérios obedecem aos princípios da igualdade, legalidade, anterioridade, capacidade contributiva etc, ainda que não nos demos conta disso. Ou seja, é da somatória dos “princípios aplicáveis ao direito tributário” com “as regras que compõem os critérios de determinada RMIT” que chegamos à RMIT aplicável a um determinado caso concreto (real ou fictício), e isso, repetimos, ainda que o intérprete/aplicador não se dê conta desse fato.

¹⁸³ **Curso de direito administrativo**, p. 926-927.

determinam seu sentido¹⁸⁴. Não por outro motivo que Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior concluem que “podemos falar na existência de uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior (...)”¹⁸⁵.

Contudo, no que tange à íntima ligação dos princípios com as regras jurídicas e suas diferenças, necessário a realização de mais algumas considerações, pois a relação hierárquica não é suficiente para diferenciar os princípios das regras.

Na prática, a diferenciação entre princípios e regras, como temos insistido, não é mais do que a distinção entre dois tipos de normas. É posição praticamente

¹⁸⁴ Conforme desta Leni Streck, afirmar que uma lei que estabelece uma regra deve prevalecer em relação a um princípio é desconhecer que “(...) por trás de cada regra há um princípio (...)”. Daí porque concluí que “(...) a lei ordinária, ao ser concretizada, deve ser feita à luz da Constituição” e que “(...) uma regra não pode prevalecer em face de um princípio (...) A prevalência de regra em face de um princípio significa um retorno ao positivismo, além de independizar a regra de qualquer princípio, como se fosse um objeto dado (posto), que é exatamente o primado da concepção positivista do direito, em que não há espaço para os princípios.” (**Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursiva, p. 102-103 e nota 05) (os grifos são do autor). Para demonstrar a correção dessa tese – que já vem sendo reconhecida pelos Tribunais brasileiros, ainda que timidamente –, Leni Streck vale-se de um julgado em matéria de direito penal, onde, sabemos, a interpretação de natureza construtivista baseada em princípios constitucionais ainda encontra forte resistência: “A Quinta Câmara Criminal [Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul] (...) respondeu afirmativamente a minha indagação, deixando assentado que havia, efetivamente, uma flagrante violação ao princípio da proporcionalidade representada pela duplicidade da pena na hipótese de concurso de pessoas no crime de furto. (...) O que propus, na ocasião, foi uma (re)leitura constitucionai do tipo penal do furto qualificado (por concurso de pessoas) à luz do princípio da proporcionalidade, que é ínsito e imanente à Constituição. Para tanto, mediante uma interpretação conforme à Constituição, e levando em conta o princípio da isonomia constitucional, propus a redefinição da norma do art. 155, § 4º, inc. IV, do Código Penal. A tese – ao contrário de algumas críticas que a ela são dirigidas – não representa ativismo judicial. Tratou-se de uma correção de flagrante violação de direitos fundamentais. Fez-se, no caso, uma interpretação construtiva, a exemplo do Tribunal Constitucional alemão (...) Desnecessário referir que uma norma jurídica tem dois âmbitos: vigência e validade (Ferrajoli). Ela pode ser vigente e não válida. No caso em discussão, que estabelece a duplicação da pena, é vigente; entretanto, sua validade deve ser aferida na confrontação com o princípio da proporcionalidade e o da isonomia.” (*Ibidem*, p. 108-111). Referida decisão, contudo, não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, que a reformou com fundamento no princípio da legalidade, esquecendo-se que, antes de ser legal, a norma, para ter validade, tem que ser constitucional, ou seja, não pode desproporcionalmente violar princípios constitucionais que fixam direitos fundamentais. Da mesma forma, não há que se falar em violação à separação de poderes/funções, pois ao Judiciário cumpre a função zelar pela Constituição, de modo que atos legislativos que violem a Carta de Outubro não só podem, como devem ser afastados pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, destaca o mesmo Lenio Streck: “De minha parte, fico com Ingo Sarlet, que ressalta a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais.” (*Ibidem*, p. 135).

¹⁸⁵ **Curso de Direito Constitucional**, p. 67. Vale esclarecer, no entanto, que essa relação de hierarquia entre princípios e regras é válida (ao menos no nosso entendimento) somente para os casos em que as normas – princípios e regras – analisadas estiverem contidas ou forem extraídas do mesmo texto legal, ou de textos de igual hierarquia, ou, ainda, quando o de mais elevada hierarquia conter o princípio e, o de menor hierarquia, a regra.

pacífica na doutrina que os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica¹⁸⁶. Afinal, ambos prescrevem condutas de dever-ser, com suas respectivas peculiaridades.

Deveras, em relação aos princípios, embora possuam elevado grau de generalidade, abarcam pressupostos fáticos capazes de lhes conferir perfeitamente caráter de norma. Apenas se prestam a enunciar um número indeterminado de espécies de fatos.

Essa generalidade, apesar de se encontrar presente tanto na natureza dos princípios quanto na das regras, ela se manifesta, em cada um deles, de forma distinta. Para melhor elucidar tal afirmação, faremos uso da doutrina de Boulanger, para quem a generalidade da regra jurídica é, inegavelmente, diversa da generalidade dos princípios jurídicos: “a regra é geral, porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que não regula senão tais atos ou fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”¹⁸⁷.

Isso se dá em razão da vagueza dos princípios (em especial daqueles que classificamos como *princípios que fixam valores densamente indeterminados*), pois se prestam a estabelecer diretrizes para todo o ordenamento jurídico, com base nos valores primordiais encontrados e expressos por determinada realidade sociojurídica. Ao contrário das regras, que se dedicam a regulamentar certas situações específicas, embora eventualmente possam deter grande alcance genérico, os princípios alicerçam todo o sistema jurídico, devendo, portanto, ter mobilidade para incidir sobre vários tipos de situações.

Da justificativa apresentada, que traz consigo mais uma diferenciação entre princípios e regras, percebemos que esta distinção concentra-se no âmbito de abrangência deles, ou seja, no número de situações fáticas em que cada um poderá ser utilizado.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Paulo Bonavides, ao sustentar que “os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios”, ressalta: “(...) de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras” (**Curso de direito constitucional**, p. 271).

¹⁸⁷ **Principes généraux du droit positif et droit positif. Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle (Études offertes a Georges Ripert)**, p. 55-56.

Dando continuidade ao estudo pertinente a este capítulo, vamos encontrar mais uma distinção, que se refere ao elevado grau de abstração dos princípios em relação às regras. Deveras, conforme elucida Fábio de Oliveira, enquanto os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, as regras, de modo diverso, possuem uma abstração relativamente reduzida¹⁸⁸.

O elevado grau de generalidade e abstração dos princípios, contudo, não significa sua absoluta imprecisão. Pelo contrário, tais atributos caminham juntos, no sentido de manter a estrutura valorativa dos axiomas e sua versatilidade para adequar-se às variadas situações fáticas que se apresentem. O que se impõe, conseqüentemente, é apenas a necessidade de coesão com os demais preceitos positivados, ou então com outros institutos de produção legal, para sua concreção.

Outrossim, com Eros Roberto Grau, não podemos deixar de reconhecer que a aplicabilidade das regras é, por sua vez, condicionada pelos princípios¹⁸⁹:

¹⁸⁸ **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade, p. 44.

¹⁸⁹ Por tais razões, não temos como deixar de relativizar a afirmação de Dworkin, no sentido de que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*)” (**Levando os direitos a sério**, p. 39), e que, portanto, a contradição entre duas ou mais regras aplicáveis a um mesmo caso pressupõe a regulação integral por apenas uma delas com a invalidade da(s) restante(s), reservando apenas para os casos de contradição entre dois princípios a possibilidade de manutenção de ambos como válidos dentro do sistema, já que devem ser aplicados segundo uma dimensão de peso ou importância, ou seja, quando se inter cruzam, deve-se levar em conta a força relativa de cada um, sem que um anule o outro (**Levando os direitos a sério**, p. 42). Ocorre que, partindo das premissas que temos adotado, não podemos confundir o texto de direito positivo com as normas jurídicas, sendo as normas sempre o resultado da construção de sentido a partir dos textos que enunciam regras e princípios. Destarte, como a norma não é construída exclusivamente a partir de textos que estabelecem regras, mas da conjugação destes com os textos que enunciam princípios (conforme veremos adiante – item 8 –, os textos que enunciam princípios influenciam e determinam (ou deveriam determinar) a produção de sentido de todo e qualquer texto que fixa regras), e que, portanto, a aplicação das regras é sempre ponderada pelos princípios, é que relativizamos a afirmação de Dworkin acima mencionada, de que a regra é aplicada no esquema tudo ou nada. Ademais, conforme verificaremos adiante (ver, *infra*, itens 6.6 e 8), a construção da norma envolve inúmeros outros fatores, como a pré-compreensão do intérprete e, em especial, o contexto do caso concreto a ser solucionado, peculiaridades que corroboram a necessidade de relativização da referida doutrina. Alexy, por sua vez, autor alemão que aprofundou a distinção normativa aqui tratada, inicialmente empreendida por Dworkin, distingue o caráter *prima facie* dos princípios e das regras, afirmando que enquanto aqueles expressam mandatos *prima facie*, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas, as regras contêm mandatos definitivos, exigindo que se faça precisamente o que elas determinam. O distinto caráter *prima facie* de regras e princípios, todavia, não implica admitir, segundo o autor, que todos os princípios gozam do mesmo caráter *prima facie* e todas as regras o mesmo cunho definitivo. Admitir que as regras contenham sempre o mesmo caráter de mandato definitivo, como o faz Dworkin em seu modelo de *tudo* ou *nada*, significa ignorar, sustenta Alexy, que se pode introduzir uma cláusula de exceção às regras, o que acarreta a perda do seu caráter definitivo. Em suma, o que Alexy pretende destacar é que as regras também podem ser portadoras de um caráter *prima facie*, no caso da inserção de uma cláusula de exceção. Em outras palavras, seria necessário averiguar, diante do caso concreto, se ocorre a aplicação da regra ou se incide uma cláusula de exceção, o que atestaria a possibilidade do caráter *prima facie* das regras. (Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**,

as regras são aplicações dos princípios. Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que tome na devida conta os princípios – em especial quando se trate de *princípios positivos do direito* – sobre os quais se apóiam, isto é, aos quais conferem concreção¹⁹⁰.

Isso ocorre porque, conforme já tivemos a oportunidade de verificar, os princípios aparecem no sistema jurídico como mandamentos nucleares, personificando os valores fundamentais encontrados no ordenamento jurídico. São eles que orientam a formulação das regras, fornecendo-lhes ainda base para interpretação e a conseqüente aplicação delas. Daí porque, no início deste tópico do nosso trabalho, sustentamos que se encontram em grau hierárquico superior em relação às regras jurídicas. Paulo Bonavides, a respeito, explica como se deu a inversão de forças (entre regras e princípios) no seio dos ordenamentos jurídicos, tomando como base a constitucionalização dos princípios:

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei: dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância¹⁹¹.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer, trata-se de preceitos normativos voltados para o mesmo fim geral: prescrição de condutas de acordo com o direito. Nesse sentido, interessante transcrever posicionamento de Eros Roberto Grau, que assevera:

convém considerarmos que a aplicação do direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de uma regra ou princípio: o que se aplica é o *direito* e não normas jurídicas, isoladamente. Insisto em que ainda quando o Poder Judiciário – a fim de que um direito com aplicação imediata

p. 98-100) (sobre o tema, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, p. 35-42 e 70-72). Não obstante, a tese de Alexy, embora pareça se afastar da de Dworkin quanto a esse aspecto, leva em conta, para a construção da norma jurídica aplicável a determinado caso concreto, apenas a verificação da existência de uma cláusula de exceção à regra em questão, desconsiderando, entretanto, outras circunstâncias jurídicas – normas construídas a partir dos textos de regras e princípios – e fáticas – o contexto do caso concreto, a pré-compreensão do intérprete, entre outras –, todas, enfim, fundamentais para o processo de construção da norma jurídica, conforme será melhor evidenciado adiante (ver, *infra*, itens 6.6 e 8).

¹⁹⁰ **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 120.

¹⁹¹ **Curso de Direito Constitucional**, p. 292.

constitucionalmente assegurada possa ser exeqüível – deva produzir certa norma, caso por caso, o que produz, em cada questão que tomar, é *direito* e não norma isolada¹⁹².

Ou seja, a perfeita conjugação dos princípios e das regras é a mais efetiva forma de garantir a aplicação do direito ao caso concreto. Nessa linha que Canotilho vem a definir os modernos sistemas jurídicos como “sistemas normativos abertos de regras e princípios”¹⁹³ e que Luís Roberto Barroso traz a idéia de que “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”^{194/195}.

¹⁹² **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 120.

¹⁹³ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1.145. Essa afirmação, contudo, não pode ser levada ao extremo, pois, conforme ensina Souto Maior Borges, “(...) a segurança é, também ela, um instrumento de justiça.” (**O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**, p. 03). Em sentido convergente, ressalta Paulo de Barros Carvalho: “Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor *justiça*, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos.” (**Curso de direito tributário**, p. 158). Essa aparente contradição entre a tese de Luís Roberto Barroso (citada no corpo do nosso trabalho) e as afirmações de Souto Maior Borges e Paulo de Barros Carvalho (apresentadas nesta nota) tem origem no fato de que a segurança jurídica também é um princípio e, portanto, também serve de instrumento para que o direito (sistema jurídico) alcance o ideal de justiça.

¹⁹⁴ **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Brasil**, p. 307. Destacando a incapacidade de o legislador infraconstitucional prever todos os casos possíveis e discipliná-los de forma a não cometer arbítrios, bem como a função da Constituição e do seu conjunto principiológico nesse contexto, destaca Renato Lopes Becho que, “na fase moderna, o direito natural cede espaço para o direito positivo. Entretanto, este ainda deixa a desejar ao espírito de muitos juristas, talvez pelo fato de o legislador cometer tantas arbitrariedades, fazendo leis que ferem o senso comum do homem normal. Acreditamos, até, que o reconhecimento de princípios jurídicos, notadamente os implícitos, é prova cabal de que o direito positivo não atende plenamente aos conceitos de Justiça.” (**Sujeição passiva e responsabilidade tributária**, p. 22). E, mais adiante, sustentando a supremacia da Constituição, complementa: “Entendemos que é um imperativo lógico a supremacia constitucional. Se a Constituição é a fonte, não pode emanar produto diferente dela mesma. De uma mina de água não pode sair petróleo, de uma macieira não brotam pêssegos [MIRANDA, Pontes. **Democracia, liberdade e igualdade**, p. 4]. No Direito, o decreto se restringe à lei; a lei se restringe à Constituição. A Constituição *aceita* que o legislador *colha* as leis que ela *jorra*, implicitamente”. (*Ibidem*, p. 33)

¹⁹⁵ Vale aqui destacar que Humberto Ávila, ao tratar desse tema, acabou optando por um caminho metodológico diverso, propondo a superação do modelo dicotômico de separação das normas jurídicas em regras e princípios, pela criação de uma terceira categoria normativa, por ele denominada de *postulados normativos aplicativos*, que define como sendo “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras” (**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 90). Nesse sentido, apresenta as seguintes espécies de postulados: 1) *postulados inespecíficos*: ponderação; concordância prática; e proibição de excesso; e *postulados específicos*: igualdade; razoabilidade; e proporcionalidade. (*Ibidem*, p. 87-127). Em alguma medida, tal categoria se aproxima daquilo que Luís Roberto Barroso denomina de *princípios instrumentais de interpretação constitucional*. Este autor, distinguindo os princípios constitucionais em duas espécies: *princípios instrumentais de interpretação constitucional* e *princípios constitucionais materiais*, sustenta que a natureza daqueles prende-se à sua proeminência e à sua

Isso tudo decorre da necessidade de aplicação do direito humano, voltado à realidade social, atento aos anseios e necessidades dos cidadãos. É imperioso que abandonemos a visão *juspositivista* do mero aplicador das regras, sem qualquer adequação com o contexto social e o caso concreto analisado, e sobrevalorizemos a figura do intérprete, que tenha como norte fundamental a incidência dos princípios ao caso concreto, em contextualização com as regras. E a realização dessa aplicabilidade do próprio direito está na Constituição Federal, Lei Maior do Estado, que busca regulamentar todos os aspectos do funcionamento estatal, tanto sociais quanto estritamente jurídicos, refletindo os anseios sociais de determinado momento histórico. Por essa razão, os mais relevantes princípios gerais do Estado Democrático de Direito foram incorporados pela Carta de 1988, passando ao patamar de princípios constitucionais, para que, assim, adquirindo a força de valores supremos transformados em dever-ser, tivessem sua concreção garantida, inclusive com preferência sobre as regras contidas na própria Constituição, as quais, nessa nova perspectiva, devem ter seus respectivos sentidos determinados pelos princípios constitucionais quando da interpretação/aplicação do direito¹⁹⁶.

precedência como mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura, ou à sua aplicação mediante ponderação, como ocorre com os por ele denominados princípios constitucionais materiais. A respeito, afirma que “os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (**Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 370 – os grifos são do autor). E conclui apontando para a existência dos seguintes princípios instrumentais de interpretação constitucional: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; c) princípio da interpretação conforme à Constituição; d) princípio da unidade da Constituição; e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; f) princípio da efetividade. (*Idem*, p. 369-377). Vale aqui destacar que os *postulados normativos aplicativos* de Humberto Ávila e os *princípios instrumentais de interpretação constitucional* de Luís Roberto Barroso também possuem cunho normativo, pois a observância deles quando da aplicação do direito é cogente, bem como por possuírem força para macular de inconstitucionalidade todos os atos praticados em contradição com o que postulam.

¹⁹⁶ Aliás, é nesse contexto, de superação do *juspositivismo* pelo (neo)constitucionalismo, que Zagrebelski enfatiza que, “(...) si el positivismo jurídico subsiste en el Estado Constitucional Democrático, es de forma inconsciente, ya que se debe al despiste o a la inercia de los juristas!” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia, p. 10).

5. PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

5.1 Princípios constitucionais gerais

Encontramos os princípios em todos os escalões do sistema jurídico. Deveras, há princípios constitucionais, legais e infralegais. E, conforme temos verificado, os princípios constitucionais são os que, dentre eles, possuem maior importância, já que se encontram cravados no texto de maior hierarquia do sistema, sobrepairando, assim, aos demais princípios (legais e infralegais) e, também, às regras (inclusive às constitucionais).

Destarte, e tendo em vista seu caráter normativo, os princípios constitucionais demandam estrita observância, mesmo porque, tendo importância superior, seu descumprimento acarreta consequências muito mais graves que o descumprimento de quaisquer regras (ainda que constitucionais) e princípios infraconstitucionais.

Outrossim, tendo em vista que a Constituição é a norma superior, que se apresenta como fundamento último de validade de todas as demais normas do sistema jurídico, temos que os princípios constitucionais, na posição de mandamentos nucleares do sistema, dirigem a atuação de todas as normas jurídicas, interferindo, por conseguinte, de forma determinante no exercício das competências tributárias, bem como na construção de sentido das normas jurídicas tributárias aplicáveis a cada caso concreto.

Imprescindível, portanto, o estudo pormenorizado de cada um dos princípios constitucionais. Neste ponto, contudo, estaremos examinando somente os princípios constitucionais gerais, entendidos como os que valem para a plenitude do sistema; diferenciando-se, portanto, dos princípios constitucionais que se relacionam somente com algum dos subsistemas do direito, como são, por exemplo, os princípios constitucionais tributários, que serão objeto de estudo dos dois próximos itens do presente trabalho.

Previamente à análise dos princípios constitucionais gerais, entretanto, vale a ressalva de que não estaremos seguindo a diferenciação corrente na doutrina entre princípios implícitos e explícitos, e isso porque, a par de ser verdadeira a afirmação de que os princípios algumas vezes constam de enunciados expressos (princípios explícitos) e, noutras, ficam subjacentes a esses enunciados prescritivos

(princípios implícitos), entre estes e aqueles não há que se falar em supremacia, motivo pelo qual nos apresenta sem sentido tal diferenciação, ao menos para os fins do presente estudo. Aliás, a respeito dessa equivalência de força normativa, vale destacar a doutrina de Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto: “Rui Barbosa, secundado por Victor Nunes, já demonstrara que o implícito, na Constituição, não é menos eficaz que o explícito”¹⁹⁷. No mesmo sentido, elucida Roque Antonio Carrazza:

Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, as identifica e as hierarquiza¹⁹⁸.

Ademais, partindo das premissas que temos adotado no presente trabalho, no sentido de que todas as normas encontram-se na implicitude dos textos legislados, temos, nisso, mais um motivo para não levar adiante aquela diferenciação entre princípios explícitos e implícitos.

Feitas essas advertências, iniciaremos, agora, o estudo dos princípios gerais de direito constitucional em espécie, destacando, um a um, aqueles que Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza selecionaram da totalidade do conjunto principiológico constitucional e que, como já deixamos claro, influenciam decisivamente na construção de toda e qualquer norma jurídica, dentre elas as tributárias.

Paulo de Barros Carvalho enumera e analisa os referidos princípios constitucionais gerais na sua obra *Curso de direito tributário*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**, p. 31.

¹⁹⁸ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 39. Vale ainda destacar o posicionamento de Souto Maior Borges sobre o tema: “O princípio implícito não difere senão formalmente do expresse. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há uma positividade ‘forte’ (a expressa) e outra ‘fraca’ (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio expresse.” (**O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do direito**, p. 2-3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-JOSE-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2007) (os grifos são do autor).

¹⁹⁹ **Curso de direito tributário**, p. 156-166.

O primeiro por ele examinado é o “*princípio da justiça*”, apresentado como sendo uma diretriz suprema que, na sua implicitude, penetra de tal modo as unidades normativas do sistema jurídico que todas o proclamam. Enfatiza que se realiza o primado da justiça quando implementamos outros princípios, o que equivale a elegê-lo como sobreprincípio. Mais que isso, afirma que na plataforma dos sobreprincípios ele ocupa o lugar de preeminência, e que, em função disso, alguns doutrinadores chegam a atribuir a esse valor a natureza de sobreprincípio fundamental, construído pela conjunção eficaz dos demais sobreprincípios.

Em seguida, analisa o “*princípio da certeza do direito*”, apresentando-o também como um sobreprincípio implícito no texto constitucional e valor imprescindível do ordenamento, cuja presença é assegurada no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja. Isso porque, a certeza do direito é inerente ao deôntico (ao dever-ser), sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica. Deveras, seria um absurdo um juiz, ao proferir uma sentença, lançar um juízo de probabilidade. Pelo contrário, deve ele decidir com o imperativo da certeza jurídica (dever-ser). Dada a imperiosa necessidade de garantia da segurança do indivíduo, o sistema jurídico elege a certeza como postulado indispensável à convivência social organizada. Vale ressaltar, no entanto, que Paulo de Barros Carvalho trabalha com o caráter sintático dessa acepção, preferindo quadrar o significado de certeza como “previsibilidade da conduta” no âmbito do princípio da segurança jurídica.

O “*princípio da segurança jurídica*”, por sua vez, aparece como sendo uma decorrência de fatores sistêmicos, que utilizam a *certeza do direito* de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, que é o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar na sociedade a previsibilidade²⁰⁰ quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Isso permite ao cidadão planejar suas ações futuras em conformidade com o modo pelo qual confia que as normas sejam aplicadas, bem como ter certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa

²⁰⁰ A respeito da necessidade de se garantir a segurança jurídica como previsibilidade da conduta em matéria tributária e da importância da constitucionalização do tributo para tal fim, destaca César García Novoa: “La idea de ‘previsibilidad’ es un elemento fundamental del sistema tributario, principal consecuencia de la constitucionalización del tributo, pues sólo la seguridad de un ordenamiento de consecuencias previsibles garantiza el contraste de las normas tributarias y la interdicción de la arbitrariedad de los aplicadores del Derecho.” (**Seguridad jurídica y derecho tributario**, p. 71)

julgada²⁰¹. Essa bidirecionalidade passado/futuro, bem destaca Paulo de Barros Carvalho, é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo pelo qual defende que esse princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige um único postulado, que é o da irretroatividade. Com relação ao futuro, contudo, ressalta que muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do princípio da segurança jurídica. Por fim, lembra que esse princípio é indissociável do valor *justiça*, pois não

²⁰¹ Ao sustentar a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos às decisões do Supremo Tribunal Federal que, após mais de sete anos de posicionamento favorável ao contribuinte, passaram a reconhecer a inexistência do direito de crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu interessante voto, no qual faz expressa referência ao princípio da segurança jurídica como fundamento da sua razão de decidir para que, com a mudança de posicionamento do Tribunal, não sobreviessem consequências negativas nos planos econômico e social: “Recorde-se, ademais, que o STF, ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores a princípios abrigados na própria Constituição. (...) o Ministro Gilmar Mendes, em erudito voto-vista [RE 197.917/SP] assentou não haver dúvida de que *‘a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental’*, sobretudo quando, à luz *‘de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante’*. (...) Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante. Isso sobretudo em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem por escopo *‘evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados’*, bem como *‘minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso’* [Curso de direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 75-76]” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 353.657/PR, Recorrente: União Federal; Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda., Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.06.2007 (ainda não publicado no DJ), órgão julgador: Tribunal Pleno. Voto do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RE353657.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2007). Citado voto, contudo, não foi o que prevaleceu no julgamento em análise, mas pode ser absorvido como um avanço no percurso que vem sendo travado por aqueles (como nós) que entendem pela necessidade de concretização do princípio da segurança jurídica sempre que alterações inesperadas no sistema jurídico – e as normas produzidas por meio de atividade interpretativa pelo Judiciário compõem esse sistema, criando linguisticamente a realidade jurídica – causem danos aos administrados. A respeito, aliás, após destacar que “a moderna dogmática jurídica (...) reconhece ao Poder Judiciário o papel de co-criador do direito” e que “(...) quanto mais complexo for o sistema jurídico (...), valendo de expressões polissêmicas, princípios ou cláusulas gerais, maior será o espaço reservado à interpretação judicial e, conseqüentemente, mais próxima a atividade jurisdicional estará da própria criação do direito”, Luís Roberto Barroso sustenta que: “Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o *direito*, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o *direito* vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale, em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislativo. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes.” (Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, p. 272-273)

podemos sustentar uma segurança em contraposição ao que o ordenamento aponta como sendo justo.

Na seqüência, trata do “*princípio da igualdade*”, que está contido expressamente no enunciado do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e que, apesar de refletir uma tendência axiológica de extraordinária importância²⁰², apresenta um conceito de difícil determinação. Ilustres autores tentaram demarcá-lo, encontrando, no entanto, severas dificuldades, pois, como valor que é, não pode ser objetivado, dada sua grande plasticidade. Deveras, essa sua característica, ao mesmo tempo que permite que se amolde diferentemente aos múltiplos campos de incidência material das regras jurídicas, torna penosa a indicação precisa de seu conteúdo²⁰³.

O “*princípio da legalidade*”, também explícito no enunciado do artigo 5º, II, da Constituição Federal, aparece como máxima que assume papel de absoluta preponderância, influenciando todo o sistema jurídico brasileiro ao assegurar que não é possível o surgimento de direitos subjetivos e deveres correlatos sem que a lei os estipule. E, como o objetivo primordial do direito é normar a conduta, incontestável apresenta-se a importância desse princípio, pois estipula a forma como a conduta poderá ser imposta normativamente de forma inaugural no sistema²⁰⁴. Ao

²⁰² Souto Maior Borges, aliás, chega a apontá-lo como o mais importante dos princípios. São deles as seguintes palavras a respeito do princípio da isonomia, partindo das lições de Francisco Campos: “(...) qual foi o texto de Francisco Campos, escrito ainda sob a vigência da Constituição de 1946, que instigou minhas reflexões [sobre o princípio da isonomia]? O seguinte: a isonomia constitucional não era um princípio constitucional qualquer, porém o mais eminente dos princípios constitucionais. Por mais eminentes que sejam o *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo, que estavam contemplados na Constituição de 1946, sem a isonomia eles não teriam efetividade. A partir daí verifiquei que este era um texto fundamental, era o princípio dos princípios, o mais originário de todos, não na ordem cronológica, mas na ordem valorativa e epistemológica, a condicionar os nossos estudos e a aplicação constitucional. A isonomia é, na Constituição Federal, o protoprincípio – o mais originário na ordem do conhecimento, o outro nome da *Justiça*. Uma *Justiça* imanente – não transcendente portanto – ao ordenamento constitucional positivo. Direito Constitucional e *Justiça Constitucional*, o mesmo”. (**A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988**, p. 11) (os grifos são do autor). E mais adiante, no mesmo artigo, conclui: “É que a isonomia *não está no texto constitucional* apenas; a isonomia, em certo sentido, é a *Constituição Federal de 1988*. Tudo é um. Todos os princípios e normas se reconduzem ao princípio mais originário, o que está nos fundos dos fundamentos da Constituição.” (*Ibidem*, p. 14)

²⁰³ Valorosas, no entanto, foram as contribuições de Celso Antônio Bandeira de Mello para superação dos obstáculos existentes no caminho de geração de sentido do princípio da igualdade, ao elencar três aspectos essenciais a serem relacionados para verificação da observância ou não do princípio em análise, a saber: i - o elemento que é adotado como fator de desigualação; ii - a correlação lógica entre o fator de distinção e a desigualação procedida; e, por fim, iii - a conformidade da discriminação com interesses tutelados pela Constituição. (**O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 21-22)

²⁰⁴ O Supremo Tribunal Federal, contudo, não raro tem mitigado a aplicação do princípio da legalidade, em afronta direta ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de

1988. Nesse sentido, por exemplo, fixou entendimento de que o Ministério da Fazenda, por meio de simples “portaria”, teria competência para, de forma inaugural no sistema, impor obrigações aos administrados em matéria de comércio exterior, sob o fundamento de que o artigo 237 da Constituição Federal lhe atribuiria citada competência, sendo que citado dispositivo constitucional tão-somente atribui ao Ministério da Fazenda o poder exercer a “fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais”, e não competência de natureza legislativa. A respeito, tem-se: **“Ementa: recurso extraordinário. Importação de bens de consumo usados.** A vedação à importação de bens de consumo usados – materializada na Portaria 8/91 do DECEX – decorre de regra de competência assegurada ao Ministério da Fazenda pelo artigo 237 da Carta, não havendo como situar, na espécie, a alegada afronta aos princípios da isonomia e da legalidade. Precedente. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 199.092/CE, Recorrente: União Federal; Recorrida: Carlos Alberto Schier de Moraes e outros, Relator: Ministro Francisco Rezek, unânime, julgado em 03.12.96, DJ de 07.03.1997, p. 5.423, Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em 04 ago. 2007). Para tentar demonstrar o equívoco do referido julgado, faremos nossas as palavras de Geraldo Ataliba, em parecer inédito a respeito desse tema (art. 237 da Constituição Federal): “Interpretado no contexto do sistema constitucional brasileiro, dominado pelos princípios da separação dos poderes e da legalidade, esse preceito está dizendo: ‘Quando a lei dispuser sobre comércio exterior, dará as atribuições de fiscalização e controle ao Ministério da Fazenda’. (...) É claro que a lei pode estabelecer critérios básicos gerais e deferir discricção ao administrador. Mas, no caso, nenhuma lei há; órgãos do Executivo arvoram-se em legisladores, pretendendo cercear a liberdade, a propriedade e o comércio, como se não tivéssemos Constituição. De um simples preceito isolado do Texto Máximo, querem extrair competências à margem da legalidade, ignorando o magno princípio da separação de poderes. (...) Ignoram que as normas nele contidas devem ser interpretadas e aplicadas em harmonia com o sistema como um todo e que tais normas tem seu alcance e eficácia subordinados aos princípios maiores do próprio sistema. (...) Daí o despropósito da pretensão de inferir que tal dicção (‘fiscalizar e controlar’) implica dar ao Ministério da Fazenda, órgão do Executivo, o que nem ao Chefe do Poder Executivo foi dado: legislar. (...) Só por ignorância ou má-fé é possível não se perceber que a função regulamentar, no Brasil, à luz da Constituição de 1988, não só é subordinada à lei, como é condicionada à própria existência de lei. (...) Portaria é determinação que a autoridade, localizada num prédio, dá ao seu porteiro, para boa ordem e correto funcionamento dos órgãos nele sitos. (...) Disso tudo decorre o cunho duplamente ridículo da ‘portaria’ interministerial de 12.09.95 [que sucedeu à 08/91, com semelhante teor]: é instrução, no rigor da terminologia constitucional, e seu conteúdo é nulo, por ser inaugural, característica que a Constituição reserva à lei. (...) Mas, o mal apelidado ato ministerial em exame (‘portaria’ de 12.09.95) baseia-se em outro equivocadamente pressuposto. É a confusão entre interesse público (de toda a comunidade brasileira) com interesse fazendário, referido pelo artigo 237 da Constituição. Este é bem menor, menos importante, menos intenso que aquele. (...) o mero interesse arrecadatório, como interesse secundário, não pode sobrepor-se à isonomia e a direitos individuais. Daí que nem a lei poderia proibir importações, sem demonstradas e inequívocas razões. O que o interesse fazendário autoriza é só o aumento de tributos. Jamais a proibição de exercício da atividade tributada. (...) Aliás, o interesse fazendário jamais será proibir a realização de fatos tributários. (...) A interpretação que os tecnocratas estão fazendo do artigo 237 é escandalosamente abusiva; a ‘portaria’ que expressa essa interpretação é escancarada e gritantemente afrontosa, no fundo e na forma, à inteligência da cidadania. (...) f) de toda sorte, o teor expresso do artigo 237 da Constituição, ao falar em ‘fiscalização e controle’, sequer sugere possibilidade de conflito ou contradição com o sistema encimado pela legalidade; é que fiscalização e controle não supõem atividade inaugural (novidade normativa), consistindo em função tipicamente administrativa de verificação de adequação de condutas a padrões (por lei) previamente estabelecidos; (...) h) a interpretação e aplicação do artigo 237 é que se pretende fazer de modo conflitante com o sistema de direito positivo constitucional, sacando regra de competência (i) que não existe na sua (do artigo 237) própria literalidade e (ii) que não poderia mesmo existir no direito positivo brasileiro, no qual é inadmissível – assim por exigência expressa (legalidade etc.), como por exigência sistêmica (harmonia dos elementos, com prevalência dos princípios sobre as regras) – sobrepor o artigo 237 (simples regra) à separação dos poderes, legalidade, etc. (verdadeiros princípios). Daí a convicção, que a consideração desses argumentos robustece no jurista. De que o Judiciário declarará inexistente, por vício de competência, o ato ministerial aqui referido.” **(Parecer inédito sobre a interpretação do preceito do artigo 237 da**

contrário dos anteriores, entretanto, esse princípio não fixa um *valor com densa indeterminação*, mas sim um *limite “objetivo”*.

O “*princípio da irretroatividade das leis*”, da mesma forma, vem expressamente enunciado na Constituição Federal (artigo 5º, XXXVI) e fixa um limite “objetivo”. Seu vetor imediato é a realização do primado da segurança jurídica. De fato, qualquer agressão à vedação da retroatividade representará, ao mesmo tempo, um ataque à estabilidade das relações jurídicas.

O “*princípio da universalidade da jurisdição*”, por sua vez, consta expressamente do enunciado do artigo 5º, XXXV, da Constituição, e estabelece que todos aqueles que se sentirem lesados em seus respectivos direitos poderão dirigir-se ao Poder Judiciário, que decidirá a lide com foros de definitividade. Deveras, a par da idoneidade para dizer o direito aplicável ser também dos outros Poderes e estar aberta a quem quiser fazê-lo, só o Poder Judiciário o faz por meio de decisões definitivas, formando coisa julgada.

Quanto ao “*princípio que consagra o direito de defesa e ao devido processo legal*”, verificamos que ele estabelece a garantia da ampla liberdade às partes para exibirem o teor de juridicidade e o fundamento de justiça das pretensões articuladas em Juízo e em processos administrativos, inclusive (e em especial) nos de natureza tributária, servindo, assim, de instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias. É com base nessa orientação que Paulo de Barros Carvalho destaca que não se concebe, nos dias atuais, alguém ser apenado sem que lhe seja dado oferecer as razões que justifiquem ou expliquem seu comportamento, conforme consta expressamente do enunciado do artigo 5º, LV, da Constituição. Da mesma forma, o inciso LIV do citado dispositivo constitucional enuncia expressamente que ninguém será privado de suas liberdade e de seus bens sem o *devido processo legal*.

O “*princípio da isonomia das pessoas constitucionais*” é outro princípio constitucional geral destacado por Paulo de Barros Carvalho que tem grande aplicação no campo da tributação, pois dele decorre a autonomia tributária de cada uma das pessoas constitucionais que, assim, legislarão em matéria tributária dentro de suas respectivas competências e em pé de igualdade, ou seja, sem que se fale em subordinação da legislação tributária municipal à estadual, e dessas em relação

Constituição Federal, apresentado à Associação Brasileira de Importadores de Pneus). Sobre os limites da atividade normativa do Poder Executivo no Brasil, ver também: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**.

à federal ou entre si²⁰⁵. Vale ainda destacar que, muito embora esse princípio apareça na implicitude dos enunciados prescritivos da Constituição Federal, ele é identificado com facilidade, uma vez que deflui naturalmente de duas máximas constitucionais: a Federação (artigo 1º) e a autonomia dos Municípios (artigos 18, 29 e 30).

Em seguida, Paulo de Barros Carvalho trata do “*princípio que afirma o direito de propriedade*”, que está inscrito no artigo 5º, XXII e XXIV da Constituição e possui íntima relação com a tributação, na medida em que tributar significa atingir parcialmente aquele direito de propriedade. Deveras, trata-se a tributação de ato de ingerência do Estado na esfera de liberdade e propriedade do cidadão para obter recursos que permitam a concretização de seus fins e, em última análise, a proteção do próprio direito de propriedade pelo Estado²⁰⁶. Reside nisso, inclusive, uma das causas da especial importância da proteção do direito de propriedade pela Constituição.

O “*princípio da liberdade de trabalho*”, por sua vez, é destacado por Paulo de Barros Carvalho para afirmar que as leis sobre tributação não podem tolher o livre exercício do trabalho, que se apresenta como direito de todo cidadão por força do disposto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

Já o “*princípio que prestigia o direito de petição*” aparece como uma das mais importantes prerrogativas de um Estado Democrático de Direito, podendo ser exercido por qualquer cidadão para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, XXXIV, “a”) e para requerer certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situação pessoal (artigo 5º, XXXIV, “b”) e, assim, para

²⁰⁵ Não podemos deixar de registrar, aqui, conforme lembra Paulo de Barros Carvalho, a circunstância de que o Distrito Federal, por ter sido dotado de representação própria pela Constituição Federal de 1988, tanto na Câmara como no Senado da República, adquiriu foros de autonomia política, ingressando no patamar de isonomia de que desfrutam a União, os Estados e os Municípios.

²⁰⁶ A respeito, destacamos-se a seguinte passagem de Héctor B. Villegas: “Dice Rodolfo Spisso que la protección constitucional a la propiedad constituye el mejor instrumento de una política tendiente al engrandecimiento de la Nación, pero se ve atenuada sensiblemente por la existencia de los tributos que impone el Estado, mediante los cuales se apropia de la riqueza privada. Se apresura, sin embargo, el publicista a aclarar que no se trata de una antinomia entre derecho de propiedad y tributos, ya que este constituye el precio que hay que pagar para vivir en sociedad, lo que exige sofragar los gastos del gobierno encargado de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Lo anterior significa la necesaria compatibilización entre las instituciones de la propiedad privada y de la tributación. La primera quedaría solo en teoría si el Estado no la garantizara. Y el Estado no podría cumplir esta función sin recursos.” (**El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria**, p. 226-227).

exigir que o Estado assuma sua função de agente de transformação social, viabilizando a concretização dos valores maiores cravados na Constituição.

O “*princípio da supremacia do interesse público ao do particular*” vem implícito no texto constitucional, com forte penetração em todas as regras de direito público e, dentre elas, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, nas de direito tributário, prescrevendo a superioridade dos interesses coletivos sobre os particulares, servindo, assim, como valioso instrumento para coordenar as atividades sociais, num ambiente, contudo, de ordem e respeito aos direitos de seus integrantes.

Por fim, Paulo de Barros Carvalho trata do “*princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*”, advertindo que, como o anterior, não se apresenta expresso nos enunciados do texto constitucional. Ressalta também que ele forma, com o anterior, as duas grandes colunas do *direito administrativo*, e que seu conteúdo aponta ao entendimento de que o titular do órgão administrativo incumbido de representar os interesses públicos não tem poder de disposição sobre eles, havendo de geri-los na estreita conformidade do que preceitua a lei. No campo do Direito Tributário, ele impõe a observância absoluta da legislação em toda circunstância em que ao administrador cabe reemitir débitos, transigir, efetuar compensações ou lidar, de algum modo, com a titularidade de bens ou de interesses do Estado.

Com isso concluímos a análise dos princípios constitucionais gerais de maior expressividade e influência no *direito tributário* segundo as lições de Paulo de Barros Carvalho²⁰⁷. A seguir, passaremos a analisar os princípios constitucionais com maior impacto no subsistema tributário destacados por Roque Carrazza²⁰⁸, enfatizando alguma peculiaridade que possa enriquecer o estudo até aqui realizado.

Nesse sentido, extraímos da obra *Curso de direito constitucional tributário*, de Roque Antonio Carrazza, já no seu capítulo I, um profícuo estudo do tema “princípios constitucionais” e, no capítulo II, a análise específica do “*princípio republicano*” e sua relação com a tributação. Referido princípio é extraído do texto do artigo 1º da Constituição, que enuncia que o Brasil é uma República, destacando Roque Carrazza que “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter

²⁰⁷ **Curso de direito tributário**, p. 148-158.

²⁰⁸ Para tanto, basear-nos-emos na obra “*Curso de direito constitucional tributário*” de Roque Antonio Carrazza, que trata do tema dos princípios constitucionais no seu Título I (p. 33-476).

relativo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade”²⁰⁹. Numa república, portanto, o Estado não aparece como senhor dos cidadãos, que convivem em isonomia, mas sim como protetor de seus interesses e liberdades, exercendo o poder em nome deles (via representantes por eles eleitos), pois aqui o povo é que aparece como verdadeiro detentor do poder político.

Destaca-se do conceito de República, portanto, o “*princípio da igualdade*”, pois um Estado republicano não tolera distinções entre nobres e plebeus, entre grandes e pequenos, entre poderosos e humildes. Juridicamente, nas Repúblicas, não existem classes dominante e classes dominadas, sendo todos iguais perante a lei, proibindo-se, assim, vantagens tributárias fundadas em privilégios de pessoas ou categorias de pessoas.

Intimamente ligado ao princípio da igualdade (e ao republicano, em última análise), temos, por sua vez, o “*princípio da capacidade contributiva*”, que aparece enunciado no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal para os impostos. A respeito, destaca Roque Carrazza:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. (...) Noutras palavras, deve contribuir mais para manutenção da coisa pública. (...)

Os impostos, quando ajustados à capacidade contributiva, permitem que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social. Os que pagam esse tipo de exação devem contribuir para as despesas públicas não em razão daquilo que recebem do Estado, mas de suas potencialidades econômicas. Com isso, ajudam a remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos menos afortunados²¹⁰.

Destarte, de modo indissociável do conceito de república aparece, para nós, o “*princípio da igualdade*” e, no campo da tributação, intimamente ligado a este princípio aparece, por sua vez, o “*princípio da capacidade contributiva*”, que viabiliza que se atinja a igualdade material, ou seja, que se trate aos iguais de forma igual e aos desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades. Conseqüentemente, no nosso sistema tributário, todos os impostos, via de regra,

²⁰⁹ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 87.

²¹⁰ *Idem*.

devem ser progressivos. Esse tema, bem como as demais peculiaridades do princípio da capacidade contributiva, no entanto, serão examinados de forma mais detalhada nos dois próximos itens deste trabalho, que tratarão especificamente dos princípios constitucionais tributários.

Mas, indo um pouco além na análise da cadeia de princípios que decorre do princípio republicano, Roque Carrazza destaca, ainda, o “*princípio do não-confisco*”, afirmando que “(...) o *princípio da não-confiscatoriedade*, contido no artigo 150, IV, da CF (pelo qual é vedado ‘utilizar tributo com efeito de confisco’), deriva do *princípio da capacidade contributiva*”²¹¹, uma vez que as leis que criam impostos, para não lesionarem a capacidade econômica dos contribuintes, devem abster-se de impor obrigações tributárias superiores às suas possibilidades. Deveras, sendo confiscatório o imposto que esgota a riqueza tributável, estará ele indo de encontro aos valores protegidos pelo princípio da capacidade contributiva. O princípio do não-confisco, contudo, por também se tratar de um princípio constitucional tributário, será melhor analisado nos próximos itens deste trabalho.

Geraldo Ataliba, por sua vez, apontou ainda o “*princípio da legalidade*” como sendo uma premissa do regime republicano no direito constitucional brasileiro. A respeito, sustenta:

Se o povo é o titular da *res publica* e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei. O Judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes.

O evoluir das instituições publicísticas que informam a nossa civilização culmina com a consagração do princípio segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II) (...)”²¹².

Mais adiante, Geraldo Ataliba²¹³ conclui seu pensamento dizendo que a legalidade aparece como uma imediata e necessária decorrência das exigências mais fundamentais do princípio republicano, tal como por nós adotado. Deveras,

²¹¹ *Ibidem*, p. 100 (os grifos são do autor).

²¹² **República e Constituição**, p. 122.

²¹³ *Ibidem*, p. 126.

como a república implica o governo do povo, e como este, por meio de seus representantes, expõe sua vontade via edição de leis, temos que o governo do povo (exercido de forma representativa) deve atuar somente quando a lei expressamente o autorizar, pois ela é a vontade do povo que autoriza o governo a agir. Daí Seabra Fagundes sustentar que “a função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. *Legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício) e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se complementam e a esgotam em extensão”²¹⁴.

Com isso concluímos a análise do princípio republicano e sua grande influência²¹⁵ sobre a tributação²¹⁶, de modo que passaremos, de imediato, à análise do princípio federativo, que é o segundo princípio constitucional examinado por Roque Carrazza – na obra *Curso de direito constitucional tributário* – com grande influência sobre a tributação brasileira.

²¹⁴ **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 3 (os grifos são do autor).

²¹⁵ Paulo Ayres Barreto (em artigo no qual examina a relação entre o princípio republicano e o princípio da motivação dos atos administrativos em matéria tributária, bem como a imprescindibilidade da motivação dos atos dessa natureza para concretização de diversos princípios constitucionais, dentre eles, os princípios: da legalidade, da isonomia, da razoabilidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade, do “due process of law” e da ampla defesa, além do princípio republicano, que estaria a permear todos os demais), embasado na doutrina de Geraldo Ataliba, ressalta enfaticamente a influência que o princípio republicano exerce sobre todo o sistema jurídico: “O princípio (republicano) irradia seus peculiares efeitos por todo o sistema normativo. Sua diretriz genérica é, a todo instante, corroborada por prescrições específicas que a confirmam. Diz Geraldo Ataliba: ‘Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros. Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. *A fortiori*, todas as leis devem ter sua exegese conformada às suas exigências’.” (**Princípio republicano e motivação dos atos administrativos em matéria tributária**, p. 108-109). Não é outra a doutrina de Ricardo Lewandowski: “(...) o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima, afastando nesse processo [de ponderação] todos os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários.” (**Reflexões em torno do princípio republicano**, p. 384)

²¹⁶ A respeito da importância do princípio republicano na aplicação das normas tributárias, por sua vez, destaca José Eduardo Soares de Melo: “As diretrizes contidas no *princípio republicano* constituem fecundas raízes para a edição e aplicação das normas tributação, especialmente porque contempla os postulados da *isonomia*, que veda a concessão de privilégios de categorias pessoais; e da *legalidade*, mediante a plena obediência por parte de todos os destinatários (Fisco, contribuinte e terceiros envolvidos na relação jurídico-tributária) às regras ditadas pelos representantes do povo.” (**Princípios constitucionais fundamentais no âmbito da tributação**, p. 649) (os grifos são do autor)

No âmbito do presente trabalho, entretanto, estaremos analisando, em conjunto com o princípio federativo, a matéria referente à autonomia municipal, que na obra de Roque Carrazza é tratada em capítulo distinto²¹⁷.

Analisaremos os dois em conjunto, pois o princípio federativo e a autonomia dos municípios aparecem no subsistema tributário com função análoga, que é a de delimitar a competência tributária de cada uma das pessoas políticas de direito público (União, Estados e Municípios), competência esta que por eles é exercida de forma autônoma²¹⁸ e isonômica²¹⁹, justamente em função da vigência do princípio federativo e da autonomia dos municípios no texto constitucional brasileiro.

Deveras, por exigência do “*princípio federativo*”, a União fica impedida de invadir a competência tributária dos Estados-membros (que é delimitada de forma expressa pela Constituição: artigo 155), e estes, por sua vez, não podem invadir a competência da União (artigos 153 e 154). Da mesma forma, por força da autonomia dos Municípios, tanto a União quanto os Estados-membros estão impedidos de invadir a competência legislativa tributária municipal (artigo 156 da Constituição Federal), como também os Municípios estão impedidos de invadir a competência da União e dos Estados.

Temos, portanto, que o princípio federativo, em conjunto com a autonomia dos Municípios, estabelece uma divisão rígida das competências tributárias, que deve ser observada pela União, Estados e Municípios sob pena de usurpação de

²¹⁷ A doutrina diverge bastante quanto à inclusão ou não dos Municípios entre os entes da federação brasileira. No presente trabalho, contudo, não adentraremos nessa discussão. Limitar-nos-emos a apontar os Municípios como pessoas políticas dotadas de autonomia e isonomia, tanto quanto ocorre com a União Federal e os Estados-membros, estes pacificamente considerados entes federativos do Estado brasileiro pela doutrina.

²¹⁸ “Sendo autônomo, cada Estado deve, sem interferência (da União, de outros Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, de autarquias, de grupos econômicos etc.), prover as necessidades de seu governo e administração. Para isto, a Constituição da República conferiu a cada um o direito de regular suas despesas e, consequentemente, de instituir e arrecadar, em caráter privativo e exclusivo, os tributos que a atenderão.” (CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, p. 158). O mesmo ocorre com a União, com os Municípios e com o Distrito Federal.

²¹⁹ Conforme ensina Roque Carrazza, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal ocupam o mesmo plano hierárquico. Nesse sentido, elucida: “Esta igualdade jurídica – como bem demonstrou Souto Maior Borges (*Eficácia e hierarquia da lei complementar*, RDP 25/94) – absolutamente não significa que a União e os Estados se confundem, mas, apenas, que suas atribuições, conquanto diversas, correspondem a feixes de competências postos em atuação mediante princípios e normas estatuídas na *Lex Major*. As diferenças entre eles não estão, repetimos, nos níveis hierárquicos que ocupam; estão, sim, nas competências distintas que receberam da própria Constituição.” (**Curso de direito constitucional tributário**, p. 141)

competência tributária, lesão das mais graves à Constituição brasileira e que macula de inconstitucionalidade o ato de criação legislativa do tributo.

Após analisar esses princípios, Roque Carrazza, na seqüência, passa a examinar o princípio da anterioridade e sua relação com a tributação. Esse princípio, contudo, por tratar-se de um princípio constitucional tributário, será analisado nos próximos itens deste trabalho. Já os princípios da legalidade e da segurança jurídica, que são os dois últimos princípios constitucionais gerais examinados por Roque Carrazza na sua obra *Curso de direito constitucional tributário*, por já terem sido examinados *supra* – quando da análise dos princípios constitucionais gerais apresentados por Paulo de Barros Carvalho na obra *Curso de direito tributário* –, não há a necessidade de serem aqui novamente analisados.

Por fim, cumpre-nos ainda examinar, neste item do nosso trabalho, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, pela relação de fungibilidade que apresentam, serão por nós tratados como sinônimos, salvo quando assinalarmos o contrário²²⁰. É que, apesar de não terem sido analisados de forma específica por

²²⁰ Conforme destaca Luís Roberto Barroso, o princípio da *proporcionalidade* trata-se de um “(...) conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” (**Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 224). Sendo assim, como o escopo do nosso trabalho não é descer a minúcias no estudo da razoabilidade e da proporcionalidade, mas tão-somente entender a influência que podem desempenhar na construção da norma jurídica tributária, estaremos utilizando esses termos de forma indistinta, salvo quando assinalarmos o contrário. Em sentido convergente (aproximando as definições dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade), ver também: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 87; BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**, p. 181; OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**, p. 91-98; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 60 e 74; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**, p. 137; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, p. 42, este refletindo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ricardo Lobo Torres, apesar de não tratar de forma indistinta os dois princípios, assevera que “o princípio da ponderação, cultivado sobretudo na Alemanha, aproxima-se do princípio da razoabilidade, desenvolvido nos Estados Unidos, que apresenta o mesmo itinerário teórico” (**A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade**, p. 421). Já Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade” (**Curso de direito administrativo**, p. 107). Em sentido divergente (afastando-se da equiparação desses princípios), ver: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, p. 23-50; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 183-186; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**, p. 183-192. Willis Santiago Guerra Filho, apesar de destacar “(...) a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (Latim *ratio*) e ‘proporção’ (Latim *proportio*)” (**Sobre o princípio da proporcionalidade**, p. 245), defende que no campo do direito não é possível sustentar a mesma sinonímia, em especial porque, segundo entende, o “princípio da proporcionalidade tem um conteúdo, não sendo como aquele dito da razoabilidade um princípio negativo” (**Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 69 - nota n. 60). Humberto Ávila, por sua vez, sustenta a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade forte no argumento de

Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza nas obras que utilizamos como base para apresentação dos princípios constitucionais gerais com grande impacto sobre o direito tributário, tratam-se de princípios constitucionais gerais de importância singular para a atividade de construção da norma jurídica tributária, motivo pelo qual não podemos deixar de examiná-los.

Eros Roberto Grau, a respeito deles, sustenta que razoabilidade e proporcionalidade não passam de novos nomes dados à equidade. Nesse sentido, ressalta que, após a equidade ter sido “(...) tragada pelo direito moderno, avesso a

que a razoabilidade “(...) não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, tal como o faz o postulado da proporcionalidade. (...) A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a *dimensiona*. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. Tanto é assim que não se pode afirmar – nos casos analisados – que o custo do serviço promove a taxa, ou que a culpa leva à pena. Não há, nessas hipóteses, qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, como é o caso da aplicação do postulado da proporcionalidade. Há – isto, sim – uma relação de correspondência entre duas *grandezas*.” (**Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 110-111) (os grifos são do autor). Em especial a tese defendida por Humberto Ávila apresenta-se plenamente coerente com as premissas por ele adotadas. Ficamos, no entanto, com a doutrina de Fábio de Oliveira, que bem demonstra porque é possível afirmar (como temos sustentado, com base nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso) que há uma certa relação de fungibilidade entre os termos “razoabilidade” e “proporcionalidade” no direito brasileiro, o que nos permite, no âmbito do presente trabalho (que não pretende descer a minúcias com relação à diferença desses princípios), tratá-los dessa forma. A respeito, destaca Fábio de Oliveira: “O enfoque é, principalmente, o direito brasileiro. No sistema normativo pátrio, não parece cabível afirmar que o juízo da razoabilidade é negativo e o juízo da proporcionalidade é positivo. Não é este o tratamento dado pela majoritária doutrina e pela jurisprudência. Na verdade, o problema se atém ao âmbito da incidência da norma. A questão se deve à gênese do princípio, pois que criado para conter as atuações abusivas do Estado. Contudo, o instituto se expandiu para englobar aspectos das relações privadas. Por outro lado, não apenas limita as condutas estatais, mas evoluiu para servir de pauta de condicionamento. Todavia, em um Estado Democrático e Social de Direito, como é o brasileiro, não tem guardiã entender que a razoabilidade só possui uma feição negativa. Ela tem um conteúdo material positivo, atua na ponderação de interesses, fixa atitudes em consonância com o sistema constitucional. Por outro lado, não é possível sustentar a existência exclusiva dos subprincípios em favor da proporcionalidade. Não se pode asseverar que na análise da razoabilidade estejam ausentes exames a respeito da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade*. (...) O que parece haver é um maior cuidado classificatório das propriedades dogmáticas do princípio nas fontes alemãs. Vale notar que a doutrina e a jurisprudência dos Estados Unidos e da *civil law* mencionam, por vezes, alternadamente, proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos. De toda sorte, é importante que se diga que os subprincípios discriminados expressamente na originária realização germânica podem ser encontrados implicitamente nas fundamentações das decisões estadunidenses. Ora, os subprincípios são da mesma matéria do princípio, detalhamentos seus. Alguns exemplos (...) Não obstante se possa divergir com valia *razoabilidade* e *proporcionalidade* nos termos propostos pelo professor Humberto Ávila, a norma da razoabilidade, conforme aqui se adota, assume também um conteúdo afinado à relação *motivo-meio-fim*, assim como à atribuição de sentido e ao modo de aplicação das outras normas. Emprego o termo razoabilidade, portanto, em um sentido mais largo do que aquele segundo o qual muitas vezes se utiliza a palavra proporcionalidade para fazer referência à tríade *motivo-meio-fim*, ou seja, é o uso do termo razoabilidade de maneira a englobar o significado de proporcionalidade, o que de resto é ajustado à gramática das duas palavras.” (**Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade, p. 95-97)

qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei pelo Juiz (...), quando a sua concepção é retomada – e isso desejo sustentar – embora assumindo a mesma forma e conteúdo, ela toma outros nomes. Inicialmente, o de *razoabilidade*; mais recentemente, o de *proporcionalidade*²²¹. Semelhantemente, enfatiza Luís Roberto Barroso: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”²²².

Portanto, decorrendo da idéia de justiça, o princípio ora em análise estará viabilizando ao intérprete/aplicador do direito, no momento da construção da norma jurídica, a atuar de modo a fazer justiça no caso concreto, concretizando os valores maiores da Constituição²²³. Nesse sentido, conforme ressalta Luís Roberto Barroso, “trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma [texto] deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”²²⁴.

Com isso, desde logo percebemos, também, que essa vinculação com o princípio da justiça remete o princípio da razoabilidade (e o da proporcionalidade) a uma dimensão excessivamente subjetivista, o que dificulta sua concretização no momento da aplicação do direito. E, para impedir que esse princípio se esvazie, é que foram desenvolvidos mecanismos para sua aplicação, aderindo-lhe elementos mais objetivos, no caso, os parâmetros da: “adequação”; “necessidade” ou

²²¹ **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 188.

²²² **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 224. Em outra passagem da mesma obra, enfatiza: “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na idéia de devido processo legal substantivo e na de justiça.” (p. 372-373). Não podemos deixar de citar, também, Elizabeth Nazar Carrazza e Renato Lopes Becho que, em sentido convergente, ensinam-nos: “A teoria da proporcionalidade pugna-se pela proibição da excessividade, valorizando a moderação, a medida justa, enfim, o Direito justo.” (Prefácio do livro **O princípio do não-confisco**, de Herbert Cornélio Pieter de Bruyn Júnior, Prefácio, p. v).

²²³ Enfatizamos que usamos o termo “justiça” neste trabalho não com referência à idéia de justiça que resgatamos puramente da moral, que é ontologicamente apreendida, mas sim da justiça deontológica, ou seja, a justiça que emana das normas jurídicas, com destaque, aqui, para o papel desempenhado pelos princípios constitucionais nesse intento, ou seja, de apresentar os valores maiores de justiça de uma determinada sociedade, em determinado tempo e lugar. Ou seja, a justiça da qual falamos é a justiça constitucional, entendida como a que é construída a partir do conjunto principiológico da Constituição. A respeito, ver, *supra*, item 5.1, o conteúdo que oferecemos ao princípio da justiça com base na doutrina de Paulo de Barros Carvalho.

²²⁴ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 373.

“exigibilidade”; e “proporcionalidade em sentido estrito”. A respeito deles, elucida Luís Roberto Barroso por meio de satisfatória síntese:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade (ou da proporcionalidade) permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha²²⁵ (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto²²⁶.

No campo do direito tributário, em que a vinculabilidade da ação administrativa é a regra (ao menos para aquelas atividades de maior relevo²²⁷), não há grande espaço para a aplicação do princípio da razoabilidade. Mas sempre que a autoridade fazendária, seja no momento dos atos preparatórios (onde a discricionariedade é traço marcante), seja no momento do lançamento do tributo ou da penalidade (onde a vinculabilidade é a regra), atuar em contradição com esse princípio, o contribuinte poderá questionar judicialmente referida atuação, devendo o Judiciário, sempre que restar comprovada a violação, construir uma norma – para o caso concreto – sob a influência do princípio da razoabilidade, de modo a invalidar ou adequar (se possível) o ato administrativo ao princípio ora em análise.

Já no que diz respeito à atividade legislativa em matéria tributária, apresenta-se, da mesma forma, plenamente realizável seu controle por meio da aplicação do princípio da razoabilidade (e da proporcionalidade). Nesse sentido, destaca Gilmar Ferreira Mendes que “(...) em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade

²²⁵ Cuida-se aqui (proporcionalidade em sentido estrito), conforme lembra o próprio Luís Roberto Barroso, “(...) de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se ‘de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim’ (*Direito Constitucional*, p. 387-388).” (**Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 228)

²²⁶ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 373.

²²⁷ A respeito, ver, *infra*, item 5.3, onde tratamos do princípio da vinculabilidade da tributação.

constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*²²⁸.

Vale ainda ressaltar que se trata de princípio jurídico que possui grande receptividade junto ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, segue julgado do seu Tribunal Pleno:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Taxa de expediente do Estado de Minas Gerais – DPVAT. (...) inobservância, na espécie, da relação de razoável equivalência que necessariamente deve haver entre o valor da taxa e o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte. Ofensa aos princípios constitucionais da não-confiscatoriedade (CF, art. 150, IV) e da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV) (...)

– O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. – O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. – A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado²²⁹.

²²⁸ **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:** novas leituras, p. 367.

²²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2551/DF, Requerente: Confederação Nacional do Comércio; Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais e outro, Relator: Ministro Celso de Mello, unânime, julgado em 02.04.2003, DJ 20.04.2006, p. 05, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 04 ago. 2007. Também a respeito do tema, interessante destacar o seguinte julgado: “(Ementa) **Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33, ambos da MP 1.699-41/1998. Depósito de trinta por cento do débito em discussão ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição para a interposição de recurso administrativo. Pedido deferido. (...) A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1.699-41 – posteriormente convertida na Lei 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72. (Voto do Ministro Joaquim Barbosa) (...) Exigir que o administrado deposite uma determinada quantia ou arrole bens como requisito ao exercício do direito de recorrer equivale, na prática, à supressão desse direito. E justamente aí se encontra a violação ao núcleo essencial do direito de**

recorrer administrativamente. O exame de proporcionalidade comprova isto. Não se faz presente a exigência da adequação, que visa a aferir se o meio leva efetivamente à realização do fim, quando impõe o depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos como condição *sine qua non* para o manejo do recurso. Ao cobrar quantia para admitir recurso administrativo, não consegue a Administração evitar que o administrado, posteriormente, venha a impedir judicialmente os efeitos da decisão administrativa. É criado um entrave que pode não satisfazer o fim da administração em receber certa quantia. Quanto à necessidade, ou seja, a não existência de outro meio eficaz, também não se configura no caso. O depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos criam um *discrimen* infundado em detrimento do administrado, exigindo que este deposite quantia de que muitas vezes não é possuidor ou arrole bens que fazem parte de seu patrimônio, quantia essa ou bens e direitos que ficam imobilizados enquanto o recurso é analisado. Por outro lado, é descabida qualquer tentativa de se transformar o depósito prévio em condição necessária ao atingimento do objetivo de se ter um procedimento administrativo célere. No que tange à razoabilidade, o confronto entre o direito ao recurso administrativo e a pretensão da administração de reter quantias ou exigir o arrolamento de bens e direitos até que ela própria analise um recurso, há de resultar na preponderância do direito do cidadão a levar adiante a sua irresignação contra uma medida que considera ilegal ou injusta, inclusive por razões de ordem prática. Vale dizer, a solução mais favorável ao administrado deve prevalecer, mesmo porque a exigência do depósito prévio ou o arrolamento têm o efeito perverso de contribuir para a sobrecarga do Judiciário, já inacessível, como todos sabemos, a parcelas significativas da população. (...)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1976/DF, Requerente: Confederação Nacional da Indústria; Requerido: Presidente da República, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, unânime, julgado em 28.03.2007, DJ de 18.05.2007, p. 64, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em 08 ago. 2007) (os grifos são do original). Destacamos que o voto transcrito utiliza o termo “razoabilidade” para referir-se àquilo que temos entendido por “proporcionalidade em sentido estrito”, ou seja, a verificação quanto ao fato de que “o que se perde com a medida” (o direito ou bem que é sacrificado) “é de maior relevo do que aquilo que se ganha” (direito ou bem protegido). Por fim, vale ainda destacar um outro julgado do Supremo Tribunal Federal (a respeito da *cláusula de barreira* para os partidos políticos) que, apesar de não tratar de matéria tributária, bem demonstra a aplicabilidade do princípio ora analisado e sua importância: “O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): (...) Sob o ângulo da razoabilidade, distancia-se do instituto diploma legal que, apesar da liberdade de criação de partidos políticos prevista na Constituição Federal, admite a existência respectiva e, em passo seguinte, inviabiliza o crescimento em termos de representação. (...) Ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se imprópria a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter presente que, a persistirem partidos e parlamentares a eles integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias. (...) Alfim, no Estado Democrático de Direito, paradoxal é não admitir e não acolher a desigualdade, o direito de ser diferente, de não formar com a maioria. Mais: o Estado Democrático de Direito constitui-se, em si mesmo – e, sob certo ponto de vista, principalmente –, instrumento de defesa das minorias. (...) Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. (...) O Sr. Ministro Gilmar Mendes: (...) **IV. A cláusula de barreira e o princípio da proporcionalidade:** (...) O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*). O fato é que – e isso foi bem demonstrado no voto do relator –, como observado no último pleito eleitoral, agremiações partidárias que obtiveram um expressivo cabedal de votos não teriam, na próxima legislatura, direito a qualquer funcionamento parlamentar, por força dessa “cláusula de barreira à brasileira”. Há, aqui, a meu ver, um sacrifício radical das minorias! (...) Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos. A via eleita pelo legislador brasileiro, no entanto, parece-me extremamente delicada. A regra do art. 13 da Lei dos Partidos Políticos não deixa qualquer espaço, não realiza qualquer mitigação, mas

Conforme podemos verificar da transcrita ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal, o princípio da razoabilidade (e da proporcionalidade) vem sendo reconhecido como plenamente aplicável aos casos em que o legislador age imoderadamente, instituindo tributos com conteúdo irrazoável capaz de ferir direitos fundamentais dos contribuintes. Sequer pode-se argumentar, nesses casos, que o Judiciário estaria a usurpar de competência legislativa. É que, neles, o Supremo Tribunal está simplesmente a exercer sua competência de guardião da Constituição (no caso, os direitos fundamentais, inclusive e em especial os decorrentes dos princípios, nos termos prescritos pelo artigo 5º e seus parágrafos 1º e 2º). De fato, conforme ensina Caio Tácito, “a atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade”²³⁰. De forma semelhante, aliás, é que Souto Maior Borges sustenta inclusive a possibilidade de se afastar, frente a um determinado caso concreto, a aplicação de uma lei constitucional que, se aplicada àquele caso, estaria a gerar uma flagrante inconstitucionalidade:

Como as leis são feitas para *aquilo que normalmente acontece*, num caso concreto excepcional (o que se não confunde com a excepcionalidade das normas legais) pode ocorrer que a aplicação da norma tributária venha a redundar numa flagrante injustiça (...) E se o legislador não previu a hipótese, como as leis são feitas para o que normalmente acontece, a essa situação absolutamente excepcional o próprio ordenamento jurídico dá o remédio. Um dos instrumentos para essa integração é a *isonomia*.

simplesmente nega o funcionamento parlamentar à agremiação partidária. Como ressaltado pelo Ministro Pertence, ‘a cláusula de barreira não mata, mas deixa morrer’. Há aqui, portanto, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade. (...) A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Claro, e de termos uma Constituição – como foi tantas vezes repetido – que faz isso. Em um país plural como o nosso, temos de ter pluralismo. (...) Concorro, quanto ao demais, que o princípio da proporcionalidade e o princípio da oportunidade foram agredidos. Por tudo quanto posto aqui – não vou, realmente, me alongar –, acho que essa cláusula fere enormemente a Constituição, não apenas no artigo 1º; fere no *caput* do artigo 1º: o Estado não é democrático quando eu voto, e o meu eleito já entra sabendo não poder ter a participação que eu queria que ele tivesse. (...) O Sr. Ministro Carlos Brito: Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição? Aí entendo que o eminente Relator se houve muito bem. Fez um tipo de opção, em seu magnífico voto, que prestigia os partidos políticos e o princípio da liberdade associativa. (...)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1351/DF, Requerente: Partido Comunista do Brasil e outros; Requerido: Presidente da República e outro, Relator: Ministro Marco Aurélio, unânime, julgado em 07.12.2006, DJ 30.03.2007, p. 68, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 07 ago. 2007)

²³⁰ A razoabilidade das leis, p. 49.

Não está dito na Constituição Federal de 1988 que os direitos e garantias que ela estabelece, no art. 5º, independem de regulamentação? Por que então, que espécie de *pudor* leva o intérprete – o que é muito mais acomodação servil à aplicação superficial – a desaplicar o texto constitucional em tais hipóteses? Não é preciso decretar a inconstitucionalidade de lei ‘omissiva’.

Agora, se se aplica a uma situação norma que foi feita para regular casos gerais, realmente a aplicação aí é a aplicação inconstitucional de norma constitucional.

(...) É só uma questão de se inovar aquela *lógica do razoável* a que se reportava o Prof. Recaséns Siches. (...) Pretende-se então decretar a inconstitucionalidade de lei em circunstâncias como essa. Nada mais desarrazoado²³¹.

É essa função mais ativa do Poder Judiciário – que deve abster-se de uma aplicação superficial das normas infraconstitucionais e, assim, passar a construir normas jurídicas capazes de concretizar os princípios constitucionais –, que defendemos no presente trabalho, conforme restará melhor demonstrado nos itens 6, 7 e 8, *infra*.

Finalizamos, com isso, o estudo dos princípios constitucionais gerais. Sendo assim, passaremos, a partir deste ponto, à análise dos princípios constitucionais tributários, iniciando pelos *princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação*, e, na seqüência, ao estudo dos *princípios que fixam limites “objetivos”*.

5.2 Princípios constitucionais tributários enquanto enunciados que fixam valores com alta carga de indeterminação

A Constituição Federal de 1988 traz no seu texto inúmeros princípios tributários, com o que, de certa forma, humaniza o subsistema do direito tributário. Conforme temos defendido, um sistema composto somente de regras, apesar de atender satisfatoriamente às exigências de segurança, acaba por ser deficiente no pertinente à necessidade de uma aplicação mais justa do direito, por meio da ponderação de valores (valores que a sociedade entende como preeminentes em determinado espaço e tempo históricos).

²³¹ **A isonomia tributária na Constituição de 1988**, p. 16-17 (os grifos são do autor). Para uma melhor compreensão desse entendimento de Souto Maior Borge, ver, *infra*, item 5.2 (em nota de rodapé), onde apresentamos essa citação de forma mais abrangente.

Mas de nada adianta existir um subsistema tributária formado por princípios (que atendem aos anseios de justiça) e regras (atribuindo-lhe segurança) em dosagem satisfatória de cada qual, como é o subsistema tributário brasileiro, se os aplicadores do direito não souberem lidar com estes institutos conjuntamente.

Deveras, conforme ensinamentos de Robert Alexy²³², um sistema ideal, neste mundo pós-moderno e nesta fase pós-positivista do direito que vivenciamos, é aquele composto por regras e princípios que proporcionam um equilíbrio de segurança e justiça na aplicação do direito. Nesse sentido é também a doutrina, entre nós, de Luís Roberto Barros²³³.

A necessária flexibilização do sistema jurídico²³⁴, reclamada pelo complexo e dinâmico mundo pós-moderno, veio, então, com os princípios, que adquiriram força

²³² **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 129-138.

²³³ Ver, *supra*, item 4.6, onde foi citado trecho da obra **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Brasil**, de Luís Roberto Barroso, a respeito desse tema.

²³⁴ Não podemos, contudo, confundir essa maior flexibilidade do ordenamento jurídico, proporcionada pelos princípios, com a possibilidade de construção de sentidos arbitrários pelos intérpretes/aplicadores do direito. É que, conforme elucida Lenio Streck, “a ‘abertura principiológica’ deve ser examinada no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo. O positivismo colocou à disposição da comunidade jurídica o ‘direito como um sistema de regras’. A consequência disso é que a ‘faticidade’ (o mundo prático) ficava de fora (afinal, foram anos de predominância do positivismo). (...) Os princípios (constitucionais) possuem enraizamento ontológico (no sentido de fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na fatividade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica [diferença entre o ente (texto) e o ser (norma), ao qual se chega por meio da interpretação do texto em contextualização com um caso concreto]. É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. (...) É através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica – que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença dos princípios na resolução dos assim denominados ‘casos difíceis’ – embora a evidente inadequação da distinção *easy e hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. (...) *Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ram) a superação da subsunção. Princípios não ‘facilitam’ atitudes decisionistas e/ou discionárias*. Portanto, trata-se da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. A superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se dêem em uma intersubjetividade. A maior liberdade na interpretação (atribuição de sentidos) em favor dos juízes acarretaria haja afirmação da subjetividade assujeitadora, o que afastaria o mundo prático, introduzido pela fenomenologia hermenêutica (primeiro, pela filosofia hremenêutica, depois pela hermenêutica filosófica).” (**Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 144-147). Daí o porquê de citado autor sustentar que, “por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, ‘fecham’ a interpretação (e não a ‘abrem’). (...) São os princípios que, ao introduzirem o mundo prático, ‘garantem’ uma espécie de ‘objetividade’ na interpretação, em que pese a abertura semântica ínsita aos princípios. Como já dito, é exatamente por isso que os princípios não ‘abrem’ o processo interpretativo em favor de arbitrariedades; ao contrário, a *applicatio*, a partir dos teoremas fundamentais da hermenêutica (o círculo hermenêutico, que vai do todo à parte e da parte ao todo, do geral para o particular e do particular para o geral e a diferença ontológica que obstaculiza a dualização entre fatividade e validade) proporcionam um ‘fechamento’ da interpretação, isto é,

normativa, passando a impor condutas a partir de sua estrutura impregnada de valores a serem preservados e fins a serem alcançados, trazendo em si normalmente, portanto, um forte conteúdo axiológico de natureza deontológica. Nesse sentido que Canotilho, confirmando o acerto dos posicionamentos acima citados (de Alexy e de Luís Roberto Barroso), define os modernos sistemas jurídicos como “sistemas normativos abertos de regras e princípios”²³⁵.

Passaremos, então, a analisar os princípios constitucionais tributários que fixam valores com alta carga de indeterminação, reservando para o próximo item deste trabalho a análise dos princípios constitucionais tributários enquanto enunciados que fixam limites “objetivos”, obedecendo, assim à divisão de classes por nós adotada neste trabalho²³⁶. Relembremos, no entanto, que ambas as classes de princípios são compostas por enunciados que fixam valores e, portanto, são

*serve como blindagem contra a 'livre atribuição de sentidos.' (Ibidem, p. 142, 212). Com base nesses fundamentos, aliás, é que Lenio Streck fala em “a resposta correta (nem a única e nem a melhor)” (Ibidem, p. 210). E complementa: “A resposta correta aqui trabalhada é a resposta hermeneuticamente correta (adequada). É, pois, *applicatio* (...) Na coisa mesma (*Sache selbst*), enfim, nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a *resposta hermeneuticamente correta* – porque mais adequada à Constituição; e que é dada sempre na situação concreta. (...) Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não dito, o ainda-não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, ‘a’ resposta. (...) A tese da resposta correta quer dizer que sempre haverá um princípio que fundamentará a decisão do juiz. (...) Isso deflui da compreensão e do sentido que se tem do papel dos princípios na interpretação do direito. Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (...) Em síntese, a afirmação de que sempre existirá uma resposta constitucionalmente adequada – que, em face de um caso concreto, será a resposta correta (nem a melhor e nem a única), - decorre do fato de que uma regra somente se mantém se estiver em conformidade com a Constituição (...). Mesmo na mais ‘simples’ resolução de um ‘caso simples’ [*sic*] estará presente o exame da adequação constitucional, porque todo ato interpretativo é um ato de filtragem hermenêutico-constitucional.” (Ibidem, p. 210, 213, 217-nota 23, 234 e 245). É que, apesar de os princípios proporcionarem uma abertura/flexibilização ao sistema jurídico, essa abertura vem justamente para viabilizar a produção, para cada caso concreto, da resposta (norma jurídica) correta, entendida como aquela hermenêuticamente adequada à Constituição. Ou seja, tal abertura/flexibilização do sistema traz consigo um fechamento das opções de interpretação, que passam a ser determinadas pelos princípios constitucionais. Não fosse esse “fechamento” proporcionado pelos princípios, os intérpretes/aplicadores do direito continuariam a desfrutar, por exmplo, do poder autorizador decorrente da doutrina de Kelsen [Teoria pura do direito, p. 394], que delega ao aplicador da lei o poder de escolha, mediante ato volitivo, de um dos sentidos dentre os múltiplos oferecidos pela interpretação das regras, gerando, assim, repugnável possibilidade de decisionismo. Com os princípios, no entanto, substitui-se essa possibilidade de escolha (volitiva) pela necessidade de se produzir a resposta correta, entendida como aquela adequada ao conjunto principiológico constitucional (para um melhor entendimento desse tema, ver, *infra*, itens 6.6, 7 e 8).*

²³⁵ **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1.145.

²³⁶ Ver, *supra*, itens 5.2 e 5.3.

incapazes de aprisionar sentidos puramente objetivos, funcionando como critério de discrimen (para indicar a qual classe pertencerá cada princípio) justamente o grau de indeterminação que em geral se verifica no momento da efetiva aplicação de cada um deles.

• **Capacidade contributiva**

Iniciaremos nossa análise pelo princípio da capacidade contributiva (enunciado no artigo 145, § 1º, da CF/88²³⁷) por tratar-se, indubitavelmente, daquele que melhor expressa a noção de justiça no subsistema do direito tributário. Emilio Giardina, a respeito, enfatiza: “(...) dado que se tende a identificar sempre mais os ideais de justiça e igualdade na tributação com este princípio [princípio da capacidade contributiva], assim, em definitivo, tal locução tornou-se sinônimo de justiça tributária”²³⁸. A respeito, Aliomar Baleeiro já sustentava, em meados do século passado, que, “na consciência contemporânea de todos os povos civilizados, a justiça do imposto confunde-se com a adequação deste ao princípio da capacidade contributiva”²³⁹. Em sentido convergente, Regina Helena Costa destaca que a capacidade contributiva “(...) responde aos reclamos da justiça tributária”²⁴⁰, voltada à

²³⁷ Citado dispositivo constitucional porta o seguinte enunciado: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Vale enfatizar, aqui, em conformidade com a doutrina de Elizabeth Nazar Carrazza, que a expressão “sempre que possível” não indica uma faculdade, mas sim que, “(...) sempre que for da índole do imposto, a pessoalidade estará obrigatoriamente presente. A graduação, de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte, será inafastável nestes casos. Não é livre o legislador para obedecer, ou não, a este preceito constitucional.” (**IPTU e progressividade**, p. 67).

²³⁸ **Le basi teoriche del principio dela capacità contributiva**, p. 5. Versão original: “(...) poichè si tende ad identificare sempre più gli ideali di giustizia ed eguaglianza nell'imposizione con cotesto principio [princípio da capacidade contributiva], così, in definitiva, tale locuzione è divenuta sinonimo di giustizia tributaria”.

²³⁹ **Uma introdução à ciência das finanças**, p. 285.

²⁴⁰ Regina Helena Costa, a respeito da noção de “justiça tributária” e sua importância para o sistema constitucional tributário, com Sainz Bujanda, ressalta: “Estamos com Sainz Bujanda quando afirma que a justiça tributária é, por essência, parte do direito tributário e, em rigor, sua cimentação e sua razão de ser” (**Princípio da capacidade contributiva**, p. 27, nota n. 23). Em um Estado Democrático de Direito – que tem entre seus principais objetivos a erradicação da pobreza e a minimização das desigualdades sociais para, assim, garantir condições dignas de sobrevivência e de desenvolvimento àqueles que dependem de prestações positivas do Estado – como é o Estado brasileiro instituído pela Constituição de 1988, não podemos deixar de concordar com a afirmação de que a justiça tributária aparece como base e razão de ser do direito tributário, sendo a capacidade contributiva importante instrumento para sua concretização. De fato, ao se exigir mais de quem pode contribuir mais para a realização das despesas públicas, cujos benefícios revertem-

minimização das disparidades sociais e econômicas”²⁴¹, impondo um tratamento igual aos que se encontram na mesma situação, e desigual àqueles que se encontram em situação desigual, na medida da desigualdade de suas respectivas capacidades contributivas.

Deveras, é o princípio da capacidade contributiva que permite, no âmbito da tributação, a efetivação da igualdade material. Alfredo Augusto Becker, nesse sentido, destacou que “o princípio da capacidade contributiva é o corolário (tributar desigualmente os desiguais, na medida em que desigualem) do fundamentalíssimo *Princípio da Igualdade* (...)”²⁴². De fato, conforme também ressaltou Geraldo Ataliba, fundado nos ensinamentos de Rui Barbosa, no campo do direito tributário só há tratamento igual aos desiguais (igualdade material) “se cada qual tiver de contribuir com imposto, de acordo com sua capacidade contributiva”²⁴³. E Elizabeth Nazar

se em benefício de todos, a tendência é que, progressivamente, aqueles objetivos venham a ser concretizados. Para um melhor entendimento da função que deveria ser desempenhada pelo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ver, *infra*, itens 6.7 e 6.8.

²⁴¹ **Princípio da capacidade contributiva**, p. 27. Elizabeth Nazar Carrazza, por sua vez, é enfática ao sustentar que se “(...) tem por incontroverso que um dos melhores caminhos para se alcançar a tão almejada justiça tributária é o da graduação dos impostos, com estrita observância do princípio da capacidade contributiva. É através do princípio da capacidade contributiva, graduando-se os impostos, que se atinge a justiça tributária” (**IPTU e progressividade**, p. 51). Da jurisprudência também colhemos manifestação nesse sentido, conforme podemos verificar do seguinte voto do Ministro Carlos Velloso: “Abrindo o debate, registre-se que o princípio da isonomia implica, no campo tributário, que se busque alcançar a justiça tributária. Esta, a seu turno, realiza-se através do princípio da capacidade contributiva (...) A igualdade tributária se concretiza com a realização da justiça tributária. Dá-se essa concretização, leciona Elizabeth Nazar Carrazza, no que concerne aos impostos, ‘pelo princípio da capacidade contributiva’; no que toca às ‘taxas, pelo princípio da retributividade; e nas contribuições, pelo princípio da proporcionalidade da atuação do Estado relativa ao contribuinte (atividade provocada pelo particular ou que a ele cause especial benefício).’ (Elizabeth Nazar Carrazza, ‘IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva’, Juruá Editora, 1992, pág. 109).” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 153.771/MG, Recorrente: José Tarcizio de Almeida Melo; Recorrido: Município de Belo Horizonte, Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 29.11.1996, DJ 05.09.1997, p. 41.892, órgão julgador: Tribunal Pleno. Voto do Min. Carlos Velloso. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02 ago. 2007). Vale destacar que, nesse julgamento, o voto do Ministro Carlos Velloso não foi o que prevaleceu, sem que, contudo, fosse questionada essa parte (do seu voto) ora transcrita. A divergência ocorreu unicamente com relação à possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas para o IPT antes da Emenda Constitucional 29, de 13.09.2000.

²⁴² **Teoria geral do direito tributário**, p. 447. (Os grifos são do autor.)

²⁴³ **Do sistema constitucional tributário**, p. 251. José Eduardo Soares de Melo, ao tratar do princípio da capacidade contributiva, também deixa clara sua relação com o princípio da isonomia e, assim, a necessidade de tratar desigualmente aqueles que apresentam distinta capacidade contributiva: “O princípio da capacidade contributiva representa um dos fundamentos basilares da tributação, como corolário do princípio da isonomia, verdadeiro sinônimo da justiça fiscal. (...) O aforisma aristotélico ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais’ significa a proibição de distinguir entre iguais e o dever de discriminar os desiguais.” (**Capacidade contributiva**, p. 141-142)

Carrazza, a respeito dessa forte relação entre o princípio da igualdade e o da capacidade contributiva, é esclarecedora: “Convém notar que, nas constituições brasileiras, o princípio da capacidade contributiva sempre esteve presente nas dobras do princípio da igualdade. Em rigor, é possível afirmar-se que, em matéria tributária, o princípio da igualdade traduz-se, de modo especial, no tratamento diferenciado dos contribuintes, de acordo com suas aptidões econômicas”²⁴⁴.

Isso ocorre porque o princípio da capacidade contributiva – além de impor que somente os fatos que revelam manifestação de riqueza do contribuinte podem ser gravados por impostos – impõe àqueles que apresentam uma maior manifestação de riqueza a obrigação de contribuir mais, fazendo com que o imposto seja progressivo, ou seja, que grave com alíquota progressiva as manifestações de riqueza (bases de cálculo) na medida em que estas aumentam.

Não podemos, contudo, confundir essa progressividade com a proporcionalidade²⁴⁵. O princípio da capacidade contributiva não indica que a tributação deve incidir de forma proporcional em cada situação concreta de manifestação de riqueza abarcada pela lei tributária, mas sim que essa incidência deve ser progressiva, aumentando-se a alíquota na proporção em que aumenta a base de cálculo, até um patamar razoável, que impeça o confisco.

Por outro lado, o princípio da capacidade contributiva impõe que seja protegido o mínimo existencial, sem o qual nenhuma pessoa seria capaz de sobreviver dignamente. Portanto, enquanto o mínimo existencial indica o limite da manifestação de riqueza a partir da qual inicia capacidade contributiva e, assim, o poder de tributar²⁴⁶, o não-confisco indica o limite máximo da amplitude que a tributação pode alcançar, devendo, dentro desse limite mínimo e máximo, ser operada a progressividade. A respeito, segue gráfico elaborado por Regina Helena Costa, que bem elucida o que estamos sustentando²⁴⁷:

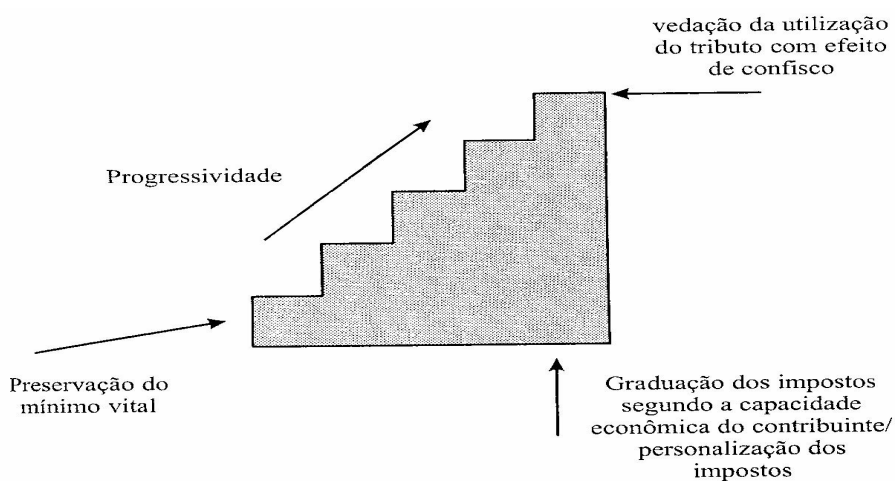
²⁴⁴ **Progressividade e IPTU**, p. 21.

²⁴⁵ Sáinz de Bujanda, a respeito, destaca: “O princípio da progressividade, como forma de conseguir a efetiva igualdade, supõe que a carga tributária se reparta em forma mais que proporcional, atendendo ao nível de capacidade contributiva dos contribuintes” (**Lecciones de derecho financiero**, p. 111). Para um aprofundamento no estudo do tema, ver: UCKMAR, Víctor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**, p. 78-103.

²⁴⁶ Nesse sentido, destaca Regina Helena Costa que “(...) a capacidade contributiva só pode se reputar existente quando aferir-se alguma riqueza acima do mínimo vital. Este deve ser, pois, intocável.” (**O princípio da capacidade contributiva**, p. 67-68)

²⁴⁷ Cf. COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**, p. 85. Ricardo Lobo Torres, em sentido convergente à doutrina de Gabriel Casado Ollero (**El principio de capacidad y el**

ESQUEMA DA EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA



Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel de Abreu Derzi, por sua vez, em estudo no qual procuram demonstrar o conteúdo do princípio da capacidade contributiva e, assim, sua potencialidade pragmática, chegam a semelhantes conclusões:

Por que deve o legislador considerar disparidades?

Para nós, a juridicidade da capacidade contributiva resulta, como vimos, do lado positivo do princípio da igualdade: o dever imposto ao legislador de distinguir disparidades.

Vimos, com Uckmar, que, universalmente, a isonomia é aceita como a igualdade de direitos e deveres dos cidadãos.

Ora, o tributo é um dever. Um dever de que natureza? Um dever obrigacional, cuja característica é ser econômico, patrimonial. O levar dinheiro aos cofres públicos. O que se postula é puramente que esse dever seja idêntico para todos, importe em sacrifício igual para todos os cidadãos.

Profundamente infratora do princípio em estudo seria a norma tributária que criasse um imposto fixo, incidente sobre rendimentos auferidos no ano anterior, cuja prestação fosse quantitativamente idêntica para todos os contribuintes, independentemente do valor desses rendimentos. E tanto mais odiosa seria a norma quanto mais gravoso fosse o tributo, representativo de leve encargo para os ricos e de insuportável dever os pobres, pois ela excluiria do peso fiscal penas as pessoas que não obtivessem qualquer rendimento.

(...) Temos, por conseguinte, dois marcos limitadores obrigatórios, que constroem o legislador a considerar as disparidades advindas dos fatos.

O primeiro deles delimita o ponto a partir do qual se inicia o poder tributário e que deve estar sempre acima da renda mínima, indispensável à subsistência. Delimita, pois, onde se inicia a capacidade contributiva.

control constitucional de la imposición indirecta, Civitas, n. 32, p. 196, 1982), destaca que “a imunidade contra os *tributos confiscatórios* está em simetria com a do *mínimo existencial*, fundada também na liberdade: enquanto aquela impede a tributação *além* da capacidade contributiva, a imunidade do mínimo vital protege a incidência fiscal *aquém* da aptidão para contribuir”. (TORRES, Ricardo Lobo. **Direitos fundamentais do contribuinte**, p. 169)

O segundo circunscreve a esfera da capacidade contributiva do sujeito passivo. Extrema o texto máximo o ponto além do qual, por excesso, o tributo torna-se confiscatório. O direito de propriedade encontra-se no limite da área de capacidade contributiva.

A norma tributária que exceder os marcos referidos é inconstitucional, exatamente por ignorar desigualdades. Desigualdades que não são colocadas artificialmente nas normas, mas são disparidades econômicas advindas dos fatos que devem ser pesados pelo legislador ordinário.

(...) Sendo assim, o lado positivo da igualdade (dever de distinguir desigualdade) impõe seja o tributo quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada, e o lado negativo do princípio (dever de não discriminar) constrange o legislador a tributar, de forma idêntica, cidadãos de idêntica capacidade contributiva²⁴⁸.

Verificamos, portanto, ser perfeitamente possível identificar um conteúdo para o princípio da capacidade contributiva, que vem balizado, em especial, pelos princípios do não-confisco, do mínimo existencial e da progressividade²⁴⁹.

E tendo em vista esse seu conteúdo, aliás, é que, se observado, o princípio da capacidade contributiva aparece inclusive como forte instrumento para que se minimize a má distribuição da renda e a desigualdade social dela decorrente. De fato, ao se exigir menos de quem recebe menos (revela uma menor riqueza); e mais

²⁴⁸ **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**, p. 56-61. Em outra obra, após lembrar que a igualdade somente pode ser aferível por meio de um critério de comparação, ressalta Misabel Derzi: “Ora, o critério básico, fundamental e mais importante (embora não seja o único), a partir do qual, no Direito Tributário, as pessoas podem compor uma mesma categoria essencial a merecer o mesmo tratamento, é o critério da capacidade contributiva. (...) o princípio da igualdade (art. 145, § 1º) é relativo e impõe que, comparativamente, a lei crie deveres tributários iguais para aqueles economicamente iguais e diferentes, mais onerosos, para os outros desiguais e, mais favorecidos, na medida dessa desigualdade.” (Nota de atualização do livro **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, de Aliomar Baleeiro, p. 696-697) (os grifos são da autora). Além da capacidade contributiva, apresentam-se, ainda, como importantes critérios para concretização da igualdade material na tributação, os seguintes: i - a “essencialidade dos produtos” (que se concretiza pela seletividade, aplicável ao IPI e ao ICMS); ii - a “retributividade” (verificada nos tributos vinculados); e iii - a “garantia de outros interesses/valores constitucionalmente protegidos” (que se concretiza por meio da extrafiscalidade, aplicável sempre que o fim não seja a arrecadação, mas sim o prestígio a “...certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 234-235). Assim, p. ex., utilizando-se como critério o valor “garantia do desenvolvimento nacional” (art. 3º, II, da CF), admite-se a fixação de alíquotas altas para o “imposto de importação” de produtos que estejam a causar danos à indústria nacional, de modo que, aqui, o critério que determina a fixação do montante do tributo não é a capacidade contributiva, mas sim aquele valor constitucionalmente protegido (“desenvolvimento nacional”).

²⁴⁹ Contrariamente ao que temos aqui defendido, autores de grande renome defendem que o próprio princípio da igualdade seria vazio de conteúdo, destacam-se, entre eles: BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**, p. 447-450; e BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**, p. 208 e ss. Em sentido contrário a estes autores, destaca-se, por sua vez, o entendimento de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, do qual conjugamos. Deveras, o próprio princípio da capacidade contributiva confere, ao princípio da igualdade, um forte conteúdo pragmático no campo do direito tributário, viabilizando sua concretização.

de quem recebe mais (revela uma maior riqueza), em ordem progressiva de aumento da alíquota, o Estado estará progressivamente retirando mais de quem tem mais e revertendo essa riqueza maior para benefício de todos, na execução de seus fins públicos. Impostos com alíquotas fixas, ao revés, agravam as diferenças sociais, pois tratam de maneira igual contribuintes que, em termos de capacidade contributiva, são diferentes. Daí Pedro Manuel Herrera Molina sustentar que a capacidade contributiva também decorre do dever de solidariedade (igualmente exigida pela nossa Constituição brasileira de 1988): “O ‘pleno desenvolvimento da personalidade’ não pode obter-se de modo isolado, mas apenas mediante a colaboração dos demais. A pessoa tem, portanto, uma responsabilidade frente ao bem comum ao qual deve contribuir em função de sua *capacidade* (no caso dos impostos, em função de sua riqueza). Em outras palavras, o princípio de solidariedade exige um ‘sacrifício altruísta em prol do interesse geral’. Esse é o fundamento do princípio da capacidade econômica”²⁵⁰.

A respeito desse princípio, não podemos deixar de destacar também que, apesar da divergência existente entre aqueles que se detêm ao estudo do direito – onde temos, por exemplo, o Professor Roque Carrazza, de um lado, defendendo claramente o entendimento de que a Constituição impõe a observância da capacidade contributiva de natureza objetiva (absoluta)²⁵¹, e, de outro, o Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho sustentando que a Constituição elegeu como princípio a capacidade contributiva subjetiva (relativa)²⁵² –, o fato é que não há qualquer discussão na doutrina abalizada em relação à possibilidade de o Judiciário, diante da inobservância da capacidade contributiva objetiva (por escolher uma materialidade que não indique uma manifestação de riqueza, ou uma “base de

²⁵⁰ **Capacidad económica y sistema fiscal:** análisis del ordenamiento español a luz del derecho alemán, p. 93, tradução nossa (segue versão do original: “El ‘pleno desarrollo de la personalidad’ no se puede conseguir de modo aislado, sino sólo mediante la colaboración de los demás. La persona tiene, por tanto, una responsabilidad frente al bien común a la que debe contribuir en función de su *capacidad* (en el caso de los impuestos, en función de su riqueza). En otras palabras, el principio de solidaridad exige un ‘sacrificio altruista en aras del interés general’.”). A respeito, ver MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva**, p. 111.

²⁵¹ Nesse sentido, sustenta: “A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é a objetiva, e não a subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis etc.).” (**Curso de direito constitucional tributário**, p. 90)

²⁵² A respeito, enfatiza: “Ao nosso sentir o constituinte elegeu como princípio a capacidade contributiva real do contribuinte.” (**Curso de direito tributário brasileiro**, p. 84)

cálculo incapaz de medir efetivamente essa capacidade contributiva”²⁵³, ou, ainda, caso adote uma alíquota que cause o “perecimento da riqueza lastreadora da tributação”²⁵⁴), seja em controle concentrado (abstrato) de constitucionalidade, seja em controle difuso (concreto), julgar inconstitucional a lei que a viola.

Já nos casos de violação da capacidade contributiva subjetiva – que leva em conta não mais a análise de condições objetivas de riqueza (signos presuntivos de riqueza), mas sim das condições econômicas reais de cada contribuinte – a situação é diversa. Enquanto os doutrinadores que defendem a posição da capacidade contributiva objetiva afirmam categoricamente a impossibilidade de o Judiciário afastar a aplicabilidade da lei que viole a capacidade contributiva subjetiva, por não estar protegida pela Constituição de 1988, aqueles que entendem que ela está

²⁵³ A respeito, ver: CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**, p. 53. Vale aqui, também, apresentar julgado do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento a recurso especial interposto por contribuinte, ao fundamento justamente de que a base de cálculo delineada pelo legislador infraconstitucional estaria a colidir com o princípio da capacidade contributiva: **“EMENTA: Tributário. (...) ISSQN. Empresa prestadora de serviços de agenciamento de mão-de-obra temporária.** 1. A empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho 2. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas “intermediações”. 3. O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva. 4. O ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada par fins financeiro-tributários. Precedentes do E STJ acerca da distinção. 5. A equalização, para fins de tributação, entre o preço do serviço e a comissão induz a uma exação excessiva, lideira à vedação ao confisco 6. Recurso especial provido. (...) VOTO-VISTA – O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: (...) Vínculo-me, outrossim, à doutrinação de Eduardo Bottalho, conforme cópia de trabalho de sua autoria que está às fls. 18/21, sob o título “Empresas Prestadoras de Serviços de Recrutamento de Mão-de-Obra Temporária e Base de Cálculo do ISS”, publicado na Rev. Dialética de Direito Tributário nº 5, pgs. 13 e segs, cujo teor transcrevo: ‘(...) **3. ENTRADAS, RECEITAS E BASE DE CÁLCULO DO ISS:** É pois neste contexto que se coloca a distinção entre “entradas” e “receitas”, de inegável importância para o exame do tema. As entradas são valores que, embora transitando graficamente pela contabilidade das prestadoras, não integram seu patrimônio e, por consequência, são elementos incapazes de exprimir traços de sua capacidade contributiva, nos termos em que exige a Constituição da República (art. 145, § 1º). As receitas, ao contrário, correspondem ao benefício efetivamente resultante do exercício da atividade profissional. Passam a integrar o patrimônio das prestadoras. São exteriorizadoras de sua capacidade contributiva. (...)’ Bernardo Ribeiro de Moraes, em “ISSQN - Fornecimento de Mão-de-Obra Temporária – Base de Cálculo”, artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 60, pgs. 26 e segs., defende o que transcrevo (fls. 163/166): ‘(...) Incluir tais valores (salários e encargos) na base de cálculo do ISSQN é ferir a capacidade contributiva e onerar valores não relacionados ao fato gerador da obrigação tributária do imposto municipal.’ (BRASIL, STJ, Recurso Especial 411.580/SP, Recorrente: Gelre Trabalho Temporário Sociedade Anônima; Requerido: Município de Santo André, Relator: Min. Luiz Fux, órgão julgador: Primeira Turma, julg 08.10.2002, DJ 16.12.02. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200147872&dt_publicacao=16/12/2002>. Acesso em: 12 ago. 2007 (os grifos são do original).

²⁵⁴ A respeito, ver: COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**, p. 107.

protegida pela Carta de Outubro sustentam, ao menos, uma relativa dúvida quanto à possibilidade da atuação do juiz para afastar a aplicabilidade da lei violadora desse princípio.

Nesse sentido é a doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho. Após alertar que, “(...) se se trata de apurar a incapacidade contributiva real de um dado contribuinte, a ação cabível seria a declaratória-constitutiva da incapacidade contributiva do autor em face do padrão genérico da lei”, pois, em tais situações, “não é a lei que é inconstitucional, mas a sua aplicação em relação a uma referida pessoa especialmente considerada”, defende que, neste caso, é ao menos “(...) duvidosa a atuação do juiz, embora seja desejável”²⁵⁵. E complementa:

(...) Embora não sendo o local apropriado a debates abstrusos como este, em torno dos desdobramentos práticos da capacidade contributiva, à guisa de epílogo, cabe avançar na indagação. Se, com efeito, pudesse o Poder Judiciário, em um dado caso concreto, declarar a incapacidade contributiva do autor, poderia o juiz adequar a carga tributária às possibilidades dele, mediante específica valoração através de prova técnica, alternado assim a ‘quantificação’ do dever-jurídico-tributário? Pois o *quantum debeatur* não deve ser extratado exclusivamente de dados postos em lei? (Legalidade-tipicidade). Em verdade, a lei deveria, necessariamente, prever isenção para os casos de incapacidade contributiva relativa.

A perquirição embaraça. O juiz pode negar a aplicação de uma lei que desobedeça, por exemplo, a dedução de encargos com educação ou os limites (IR-física), mormente quando as pessoas jurídicas podem deduzir ditos encargos (para valer *erga omnes* o foro adequado é o STF). No entanto, a exclusão do incapaz contributivo é caso-limite.

Mas já há um sendeiro aberto. O Supremo Tribunal Federal tem dito que o Poder Judiciário é competente tanto para excluir como para graduar multas fiscais, muito embora as infrações e sanções fiscais sejam matéria sob reserva de lei em sentido formal e material (legalidade e tipicidade) a teor do art. 97 do CTN²⁵⁶.

²⁵⁵ **Curso de direito tributário brasileiro**, p. 92.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 93. Vale ainda destacar de forma mais completa, nesta nota, o entendimento do Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho: “Em primeiro lugar, o princípio da capacidade contributiva, quando apresenta-se constituído, tem por destinatário o órgão legislativo, fator da lei fiscal. É, assim, materialmente (...). Sendo assim, se a lei ofender o princípio da capacidade contributiva, genericamente, dá-se uma hipótese de inconstitucionalidade material, por isso que inexistente o fundamento material de validade da lei. (...) Agora se se trata de apurar a incapacidade contributiva real de um dado contribuinte, a ação cabível seria a declaratória-constitutiva da incapacidade contributiva do autor em face do padrão genérico da lei. Não é a lei que é inconstitucional, mas a sua aplicação em relação a uma referida pessoa especialmente considerada. Na primeira hipótese inexistente lesão ao princípio da tipicidade. Este não quer que o administrador e o juiz legislem. Ora, quando o juiz declara a nulidade da lei ou de um artigo, porque inconstitucional, não está legislando, senão aplicando princípios constitucionais. No segundo caso é duvidosa a atuação do juiz, embora seja desejável. O que precisa ficar bem claro é que o princípio da capacidade contributiva não é dispositivo programático, noção de resto superadíssima pelo moderno constitucionalismo, senão princípio constitucional de eficácia plena conferente de um direito público subjetivo ao cidadão-contribuinte, oponível ao legislador. Onde há direito há sempre ação, e não há ação sem Judiciário ou juiz. (...) A questão, todavia, é polêmica.

Outros autores vão além, e sustentam abertamente a possibilidade não só de o Judiciário afastar a aplicabilidade da lei nos casos em que se verifica a incapacidade contributiva real de um determinado contribuinte para honrar com o pagamento do tributo²⁵⁷, como também a possibilidade de o juiz, nos casos em que a

O que precisa ficar bem claro é que o princípio da capacidade contributiva não é dispositivo programático, noção de resto superadíssima pelo moderno constitucionalismo, senão princípio constitucional de eficácia plena conferente de um direito público subjetivo ao cidadão-contribuinte, oponível ao legislador. Onde há direito há sempre ação, e não há ação sem Judiciário ou juiz. (...) A questão, todavia, é polêmica. As reflexões do Professor Domingues sobre o tema se nos afiguram muito apropriadas conquanto ousadas, considerando-se o conservadorismo dos nossos juristas: '(...) Pensamos que, demonstrado ser o princípio da capacidade contributiva o fundamento jurídico-constitucional do fato gerador do tributo, mesmo prescindindo do conceito de causa (que aqui descaberia debater) tem-se que, não se verificando aquele pressuposto, inexistirá substrato de legitimidade para o nascimento de quaisquer obrigações tributárias concretas, exatamente por faltar-lhes a seiva em que buscariam força para frutificarem. Se não há fundamento para o tributo já nem será necessário pensar-se em causa da obrigação de pagá-lo. (...) É que o princípio da capacidade contributiva consubstancia direito individual do administrado, de sorte que é exatamente no particularismo do caso concreto que deverá manifestar-se toda sua beleza, conteúdo e vigor. Por outro lado, há de se compreender que o direito individual do contribuinte de pagar tributo conforme a sua idoneidade econômica não pode ser estorvada pelas 'pequenas' injustiças veladas praticadas ao abrigo de legislação pretensamente apoiada em 'grandes números' que, na prática, inviabilizam a realização da justiça. (...) Não foi por outra razão que outro insigne magistrado brasileiro, Pedro Chaves, proclamou 'que a indagação de proibitividade de certo imposto envolve, em regra, o exame das questões de fato'. O que está em causa é a efetividade do princípio da capacidade contributiva e, para que este se realize, não se pode prescindir da verificação concreta da conformação dos tributos 'à capacidade econômica do contribuinte' individualmente considerado'." (*Ibidem*, p. 91-93).

²⁵⁷ Nesse sentido, Souto Maior Borges, na conferência magna proferida no VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, sustentou: "Outro posição minha, infelizmente desconsiderada: não se deve confundir uma lei inconstitucional com a *aplicação* inconstitucional, essa sim, de uma norma infraconstitucional. Como as leis são feitas para *aquilo que normalmente acontece*, num caso concreto excepcional (o que se não confunde com a excepcionalidade das normas legais) pode ocorrer que a aplicação da norma tributária venha a redundar numa flagrante injustiça, ou que, ao negar-se a aplicação de uma norma tributária geral ou de uma norma tributária qualquer instituída em lei, injustiça também venha a eclodir no seio social. Suponha-se, por exemplo, que, numa determinada região do País haja uma circunstância fortuita, uma calamidade pública num determinado Município (...) um bairro pode estar afetado por um incêndio ou por uma enchente e esse infortúnio afeta a capacidade contributiva individual por um período limitado de tempo, mas seguramente afeta (...) E se o legislador não previu a hipótese, como as leis são feitas para o que normalmente acontece, a essa situação absolutamente excepcional o próprio ordenamento jurídico dá o remédio. Um dos instrumentos para essa integração é a *isonomia*. Não está dito na Constituição Federal de 1988 que os direitos e garantias que ela estabelece, no art. 5º, independem de regulamentação? Por que então, que espécie de *pudor* leva o intérprete – o que é muito mais acomodação servil à aplicação superficial – a desaplicar o texto constitucional em tais hipóteses? Não é preciso decretar a inconstitucionalidade de lei 'omissiva'. Agora, se se aplica a uma situação norma que foi feita para regular casos gerais, realmente a aplicação aí é a aplicação inconstitucional de norma constitucional. Eu também continuo não falando novidade, estou apenas tentando dizer coisas velhas sob perspectivas novas, ou, como diria o Ministro Baleeiro, transportando vinho velho em pipa nova. Rubens Gomes de Souza disse isso com toda clareza nos seus pareceres luminosos. Um exemplo: o Imposto Predial e Territorial Urbano. A Constituição Federal (...) diz claramente, ao atribuir a competência ao Município, que o Imposto Predial e Territorial Urbano poderá ser progressivo (...). É claro que quem detém grandes imóveis, imóveis supervalorizados, imóveis que constantemente prestam reverência – como um bezerro de ouro – à especulação imobiliária (...) é claro que eles próprios sempre correspondem a uma manifestação ostensiva de capacidade contributiva individual. E a lei foi feita, repito, para aquilo que normalmente acontece (*quod plerumque fit*). Mas argumenta-se, *ad terrorem*, contra a

capacidade contributiva real do contribuinte é apenas parcial, adequar a carga tributária às possibilidades desse contribuinte, conforme sua capacidade contributiva real.

Nesse sentido, por exemplo, é a doutrina de José Marcos Domingues de Oliveira, que após defender a possibilidade de o Poder Judiciário realizar a “(...) verificação concreta da conformação dos tributos à ‘capacidade econômica do contribuinte’ individualmente considerado”²⁵⁸ para “(...) *suspender a eficácia da lei, ou negar-lhe efeitos no caso concreto* (...)”²⁵⁹ por ausência completa de capacidade contributiva, sustenta, para os casos em que a capacidade contributiva real do contribuinte é apenas parcialmente violada, a possibilidade de o Poder Judiciário afastar os excessos e adequar a carga tributária para que não se frustrasse

constitucionalidade dessa imposição, com a circunstância que chega a ser ridícula: a alegação de que eventualmente o imposto pode recair sobre uma viuvinha desamparada, pensionista da Previdência Social que herdou imóvel superlativamente valorizado na Av. Paulista, mas não tem como pagar o tributo, ou que o IPTU progressivo no tempo pode até recair sobre um desempregado que tem grande patrimônio mas está sem trabalhar e não tem como realizar o dinheiro... Isso seria incompatível com a capacidade contributiva individual. São, todos esses, casos limites, a mais excepcional das exceções. E por isso imprevistos no plano legal. E o legislador faz obra humana e, pois, necessariamente imperfeita. Ora, exigir o imposto em hipóteses tais, é evidentemente recair no que eu critiquei, uma aplicação inconstitucional de norma constitucional. Agora, uma solução evidentemente desastrosa seria considerar-se a lei inconstitucional como um todo, em nome de uma incidência excepcional. É só uma questão de se inovar aquela *lógica do razoável* a que se reportava o Prof. Recaséns Siches. (...) Pretende-se então decretar a inconstitucionalidade de lei em circunstâncias como essa. Nada mais desarrazoado.” (**A isonomia tributária na Constituição de 1988**, p. 16-17) (os grifos são do autor). É que, conforme sustenta o mesmo Professor, “a generalidade das leis encobre eventualmente a sua miséria. Ali, onde haja uma generalidade de expansão da lei, uma generalidade inexcetuada, i.é, sem exceção no texto legal, há sempre um sacrifício da Justiça” (*Ibidem*, p. 15-16). Renato Lopes Becho, por sua vez, na sua obra *Tributação das cooperativas*, após apresentar a posicionamento de Sacha Calmos Navarro Coêlho, enfatiza: “Com razão Sacha Calmon. Sua exposição está de acordo com o moderno papel do juiz, que, decidindo no caso concreto, tendo em conta certos elementos relacionados à capacidade contributiva, não vai, pensamos, agir tumultuando o universo jurídico, como pensou Becker. Acreditamos que tenha sido essa a intenção do legislador constituinte: dar instrumentos aos aplicadores da lei tributária para coibir abusos que, porventura, a legislação tributária contenha, ao ferir, com seus signos presuntivos de riqueza, a real possibilidade de suportar o ônus fiscal por parte do contribuinte. O caminho pode ser através da análise de um caso concreto.” (**Tributação das cooperativas**, p. 68). Da doutrina estrangeira, colhemos o seguinte entendimento de Antonio Berliri: “Embora não olvidando a dificuldade do problema, parece-nos que isto deve resolver-se afirmativamente, pensando que, em realidade, quando se sustenta que, em certas hipóteses, o fato concretizado pelo legislador, idôneo em abstrato para revelar uma capacidade contributiva, não a tem uma situação concreta, não se faz mais que sustentar, ainda que seja limitando-se a algumas hipóteses, a mesma questão que se trataria quando se impugnasse o imposto sobre os calvos ou o imposto de capitação” (**Principios de derecho tributario**, p. 331). García Belsúnce, por sua vez, destaca que “não só a previsão do sistema deve observar a capacidade contributiva, mas também a execução desse sistema no plano individual”. (**Temas de derecho tributario**, p. 123-124)

²⁵⁸ **Direito tributário**: capacidade contributiva, p. 154 (os grifos são do autor).

²⁵⁹ *Idem* (os grifos são do autor).

inadvertidamente o interesse público ao recebimento do crédito em compatibilidade com o princípio da capacidade contributiva subjetiva, e para que o contribuinte, por sua vez, não se escuse totalmente do seu dever ético-jurídico de contribuir para a Despesa Pública em conformidade com sua capacidade contributiva real²⁶⁰.

Esse posicionamento de José Marcos Domingues de Oliveira, contudo, não reflete o posicionamento majoritário sobre o tema. Conforme tivemos oportunidade de observar, mesmo Sacha Calmon Navarro Coêlho, que defende a proteção da capacidade contributiva subjetiva pela Constituição de 1988, relativiza a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para, em um dado caso concreto, afastar a aplicabilidade da lei que fere a capacidade contributiva real do contribuinte. Regina Helena Costa, por sua vez, apesar de entender ser possível ao Judiciário afastar a aplicabilidade, diante de um caso concreto, da lei que viola a capacidade contributiva subjetiva, sustenta enfaticamente, por outro lado, a impossibilidade de o juiz modular a carga fiscal:

Se a lei deve ser necessariamente genérica, para abarcar um sem-número de situações concretas – o que não se discute – também não se pode afastar a possibilidade de, excepcionalmente, não ser a lei aplicável dadas as peculiaridades do caso concreto.

Em outras palavras, acreditamos ser permitido ao Poder Judiciário examinar *in concreto* o excesso de carga fiscal incidente sobre determinado contribuinte. Admitida a noção de capacidade contributiva relativa ou subjetiva, traduzida na aptidão específica de dado contribuinte em face de um fato jurídico tributário, lógico reconhecer-se ao juiz a possibilidade de apreciar se a mesma foi respeitada, à vista de pedido formulado nesse sentido.

Lembre-se que o princípio em exame representa garantia individual do contribuinte, sendo, portanto, natural, que a sua força resplandeça ainda mais diante de um caso concreto. Desse modo, o magistrado, ao entender a aplicação da lei inconstitucional *in casu*, deverá negar-lhe os efeitos, em homenagem ao princípio. Enfim, a análise da capacidade contributiva relativa, nessa hipótese, leva à mesma conclusão da inexistência da capacidade contributiva absoluta.

²⁶⁰ Cf. OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário: capacidade contributiva**, p. 155-157. A respeito do exposto, conclui: “Assim, expurgada de seus excessos, a prestação decorrente da incidência da lei, com eficácia dimensionada pelo Juiz, adquire a idoneidade para servir de meio liberatório da obrigação tributária correspondente. (...) Nesta conformidade, advogamos a *preservação dos efeitos* da lei sobre a efetiva capacidade contributiva revelada no caso concreto, *reduzindo-se o crédito tributário* à expressão que, em prova técnica, se vier a determinar consoante critérios de razoabilidade. Fica, assim, resguardado o princípio sem que, por sua incidência, seja desconsiderado outro princípio, conexo ao da capacidade contributiva, qual seja, o da generalidade da tributação, salvaguardados, a um só tempo, o interesse público e o interesse individual por ambos tutelados. Não se alegue que o Poder Judiciário, *in casu*, terá usurpado função do Legislador, pois, a nosso sentir, haverá procedido à *compatibilização da lei ao espírito constitucional*, que incumbe proteger, sem que tal conduta possa constituir infração ao princípio da separação de poderes.” (*Ibidem*, p. 156-157) (os grifos são do autor).

(...) Outro problema de relevo traduz-se na seguinte indagação: pode o juiz modular a carga fiscal incidente sobre determinado sujeito?

A questão é delicada e relaciona-se com a própria separação de funções entre os órgãos estatais. A nosso ver, não seria legítimo ao Poder Judiciário, reconhecendo que sobre dado contribuinte pesa um excesso de carga fiscal, que sua capacidade contributiva não pode suportar, graduar a imposição tributária segundo critérios que lhe pareçam razoáveis.

Essa tarefa pertence exclusivamente ao Legislativo, que, ao desempenhá-la, não pode prescindir da visão de conjunto do sistema tributário, nem dos informes técnicos necessários à justa tributação²⁶¹.

Fizemos essa abordagem, ainda que sintética, a respeito da natureza do princípio da capacidade contributiva nos limites da Constituição de 1988, para demonstrar, a partir do entendimento de abalizada doutrina a respeito do tema, as possíveis formas de atuação do Poder Judiciário, conforme se reconheça, a partir da Constituição, que ela protege a capacidade contributiva objetiva ou a subjetiva.

Efetivamente trata-se de questão complexa, que procuraremos elucidar no item conclusivo deste nosso trabalho, a partir da noção de que a norma jurídica tributária em sentido estrito é construída pelo intérprete a partir da conjugação de diversas normas jurídicas em sentido amplo, onde as de maior hierarquia (ou seja, as decorrentes de textos que enunciam princípios constitucionais) têm prevalência na construção do sentido, que, no mais, deve levar em consideração o caso concreto, seu contexto e a pré-compreensão²⁶² do intérprete.

Concluímos, assim, a análise do princípio da capacidade contributiva, com o que passaremos, de imediato, ao exame dos princípios do “não-confisco”, do “mínimo existencial” e da “progressividade, todos, aliás, como já tivemos oportunidade de observar, estritamente relacionados à capacidade contributiva.

• Não-confisco

Expressamente previsto no artigo 150, IV, da Constituição de 1988, esse princípio prescreve a proibição de instituir tributos com efeito de confisco, entendidos como os que “absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem o exercício de atividade lítica e moral”²⁶³.

²⁶¹ **Princípio da capacidade contributiva**, p. 82-83.

²⁶² A respeito da pré-compreensão e da sua interferência na atividade interpretativa, ver, *infra*, item 6.6.

²⁶³ Cf. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, p. 564.

José Eduardo Soares de Melo, a respeito, ressalta que “o confisco conceitua-se como a absorção significativa do patrimônio, da renda e dos negócios dos particulares, em razão da fixação de elevadas alíquotas e bases de cálculo de tributos, que impeçam ou dificultem o desenvolvimento de suas atividades pessoais e profissionais”²⁶⁴. Portanto, sempre que alíquotas e bases de cálculo forem fixadas de forma excessiva sobre as materialidades tributárias, representando considerável (e condenável) subtração de direitos dos contribuintes, prejudicando, por exemplo, seu direito à habitação ou à livre atividade empresarial, estaremos diante de um caso de violação ao princípio do não-confisco²⁶⁵.

Contudo, o próprio José Eduardo Soares de Melo lembra que “(...) é difícil estipular o volume máximo da carga tributária, ou fixar um limite de intromissão patrimonial, enfim, o montante que pode ser suportado pelo contribuinte”²⁶⁶ e que, portanto, não gere o confisco. Sendo assim, como mecanismo para solução desse problema, defende que “o poder público há de se comportar pelo critério da razoabilidade²⁶⁷, a fim de possibilitar a subsistência ou a sobrevivência das pessoas físicas, e evitar as quebras das jurídicas, posto que a tributação não pode cercear o pleno desempenho das atividades privadas e a dignidade humana”²⁶⁸.

O princípio do não-confisco no direito tributário, portanto, aparece como norma que fixa valor (não-confisco) com o objetivo de resguardar não apenas o direito de propriedade, mas também a liberdade de iniciativa, trabalho, ofício ou profissão, já que a tributação excessiva pode inibir e até impedir tais atividades, como acima aludido.

²⁶⁴ **Direitos fundamentais do contribuinte**, p. 291.

²⁶⁵ Cf. MELO, José Eduardo Soares de. **Direitos fundamentais do contribuinte**, p. 287.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ Em sentido convergente, apontando para a necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade para identificação do limite a partir do qual se tem o confisco, é a doutrina de Regina Helena Costa: “Nem sempre é fácil, contudo, aquilatar até que ponto um tributo não é confiscatório e a partir de quando passa a sê-lo. Certo é que a resposta virá conforme o caso concreto e deverá apoiar-se na equidade e na razoabilidade.” (**Princípio da capacidade contributiva**, p. 79). Sacha Calmon Navarro Coêlho, por sua vez, lembra que o sentido do princípio do não-confisco pode inclusive confundir-se com o de um princípio da razoabilidade na tributação: “No entanto, é bom frisar, o princípio do não-confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos por suportáveis, de acordo com a cultura e as condições de cada povo em particular, ao sabor das conjunturas mais ou menos adversas que estejam se passando. Neste sentido, o princípio do não-confisco se nos parece mais com um *princípio de razoabilidade na tributação*...” (**Curso de direito tributário brasileiro**, p. 282) (os grifos são do autor).

²⁶⁸ **Direitos fundamentais do contribuinte**, p. 287.

Destarte, como corolário lógico do princípio da capacidade contributiva, o princípio do não-confisco impede que, por meio da tributação, onere-se o contribuinte além da sua aptidão para concorrer aos gastos públicos²⁶⁹. É evidente a sua estreita relação também como princípio da igualdade, uma vez que, não sendo justo nem razoável tratar igualmente aos desiguais e desigualmente aos iguais, a tributação confiscatória de um determinado contribuinte e a moderada de outro, em idêntica situação, será claramente violadora do princípio da igualdade.

O princípio do não-confisco, por outro lado, constitui um limite à progressividade, pela qual se estabelece que “quem tem mais capacidade contributiva paga mais proporcionalmente que o que tem menor pelo conjunto de impuestos que respectivamente lhes gravem”²⁷⁰. Ora, a imposição tributária mais intensa (resultante de uma alíquota progressiva) a contribuintes com maior capacidade contributiva, em que pese constitua fator de igualação dos sujeitos, não pode atingir as raias do confisco proibido.

Não podemos deixar de ressaltar, também, que o não-confisco, ao lado dos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da progressividade, constitui uma forma de viabilização da justiça tributária.

Por fim, destacamos mais uma vez o posicionamento de José Eduardo Soares de Melo, para quem “as penalidades também serão confiscatórias quando forem estipuladas elevadas multas moratórias e penais, promovida a apreensão e o perdimento de bens, e interditado o estabelecimento do contribuinte”²⁷¹. A respeito,

²⁶⁹ Sobre o princípio da capacidade contributiva, ver *supra* (item 5.2), e as considerações de Francesco Moschetti (**El Principio de capacidad contributiva**, p. 259 e ss.), que definem capacidade contributiva, enfatizando que ela “(...) no es, por tanto, toda manifestación de riqueza, sino sólo aquella potencia económica que debe juzgarse idónea para concurrir a los gastos públicos, a la luz de las fundamentales exigencias económicas y sociales acogidas en nuestra Constitución” (*Ibidem*, p. 277).

²⁷⁰ AYALA, José Luis Perez de. **Las cargas públicas**: principios para su distribución, p. 105. (tradução nossa) (a versão original, em espanhol, porta o seguinte enunciado: “quién más capacidad contributiva tiene pague más proporcionalmente que el que tiene menor por el conjunto de impuestos que respectivamente les gravan”). A respeito do princípio da progressividade, ver, *infra*, item 5.2.

²⁷¹ **Direitos fundamentais do contribuinte**, p. 287. Quanto à apreensão e ao perdimento de bens e à interdição de estabelecimentos, contudo, vale ressaltar que em alguns casos não restará configurada a lesão ao princípio do não-confisco, como é, por exemplo, o caso da apreensão e perdimento de bens cuja importação é proibida (ou seja, daqueles originários de contrabando), devendo, contudo, sempre ser respeitado o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88). Nesse sentido, Regina Helena Costa elenca casos em que a própria Constituição (artigos 5º, XLV, XLVI, 'b', e 243, parágrafo único, da CF) autoriza o confisco de bens, de modo que nesses casos, logicamente, não estaremos diante de violação ao princípio da não-confisco. (Cf. COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**, p. 93 – nota 10)

vale ressaltar que o Poder Judiciário tem respondido positivamente aos pedidos de reconhecimento da inconstitucionalidade de penalidades confiscatórias, conforme pode ser observado a seguir:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.846/94 editada pela União Federal. (...) Medida cautelar deferida, em parte.

A tributação confiscatória é vedada pela Constituição da República.

É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento).

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do *quantum* pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais²⁷².

²⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.075 (Medida Cautelar), Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC; Requerido: Presidente da República, Relator: Min. Celso de Mello, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em data de 17.06.1998, DJ 24.11.2006, p. 59. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2007 (os grifos são do original). Vale ainda destacar um outro julgado do STF a respeito da aplicação do princípio do não-confisco, agora especificamente com relação a um tributo: “(...) **A tributação confiscatória é vedada pela Constituição da República.** – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (O Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende de apreciação individual de cada caso concreto). – A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar,

Infelizmente, somente nos casos de flagrante abuso – como é o relatado *supra*, em que a multa aplicada era de “trezentos por cento sobre o valor do bem objeto da operação” (artigo 3º da Lei 8.846/94) –, onde a confiscatoriedade é evidente, o Poder Judiciário tem, de regra, evocado o princípio do não-confisco para afastar a exigência fiscal. Temos a esperança, no entanto, de que a doutrina, a respeito desse tema, por nós examinada *supra*, influencie cada vez mais as decisões do Judiciário, para que possamos então obter a efetiva concretização desse princípio constitucional.

• *Mínimo existencial*

O princípio que protege o mínimo existencial, ao contrário dos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco, não vem enunciado expressamente no texto constitucional. Tal diz respeito à garantia de condições mínimas de existência digna para o indivíduo e sua família²⁷³, e consta, em especial, da implicitude dos seguintes dispositivos constitucionais: artigos 3º, 6º e 7º, IV²⁷⁴. Outrossim, conforme

substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. – O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade (...)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.010/DF – Medida Cautelar, Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 30.09.1999, DJ 12.04.2002, p. 51, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02 ago. 07, p. 91-92) (os grifos são do original).

²⁷³ Nesse sentido, Fernando Aurélio Zilveti destaca que o mínimo existencial “...é a menor quantia de renda absolutamente necessária para a sobrevivência digna do contribuinte” (**Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**, p. 203). A respeito da necessidade de incorporar os direitos constitucionais da família ao direito tributário, com base na jurisprudência e doutrina alemão, ressalta Misabel Abreu Derzi: “Tanto a jurisprudência como a doutrina da República Federativa Alemã (com a adesão de outros países) consideram a proteção à família e ao casamento princípio tributário fundamental” (**Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações**, p. 175). E tendo em vista que nossa Constituição é farta em dispositivos que protegem a família, a partir de uma interpretação sistemática não há como excluirmos esses direitos do campo tributário. Deveras, conforme enfatiza Regina Helena Costa, “(...) a atual Lei Maior proclama que a ‘família, base da sociedade, tem proteção do Estado’, bem como ‘a união estável entre homem e mulheres’ e a ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’, são reconhecidas como entidades familiares (art. 226, *caput* e §§ 3º e 4º). Desse modo, a proteção estatal inclui, também, o aspecto tributário, já que o tributo, por gravar a riqueza dos sujeitos, pode comprometer o *quantum* suficiente para suportar as necessidades familiares.” (**O princípio da capacidade contributiva**, p. 101). Daí porque a citada professora define o “mínimo existencial” como sendo “(...) a quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, intangível pela tributação por via de impostos” (**Imposto de renda e capacidade contributiva**, p. 878).

²⁷⁴ Citados dispositivos constitucionais portam os seguintes enunciados: “**Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e

lembra Roque Carrazza²⁷⁵, o próprio preâmbulo da Constituição agasalha a noção de mínimo existencial, ao tutelar uma série de valores supremos, tais como a liberdade, a igualdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e, ente outros, a justiça. Ricardo Lobo Torres bem demonstra, ainda, que o direito ao mínimo existencial, além de estar implícito no princípio da igualdade, “(...) está implícito também na proclamação do *respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito* e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais”²⁷⁶.

Destarte, verifica-se com transparência que, independentemente da existência de um dispositivo específico de proteção do mínimo existencial, este possui amplo amparo constitucional. E referidos mandamentos constitucionais impõem tanto uma realização positiva do Estado para a realização das garantias neles contidas, mediante provimento dos meios materiais indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, como também abstenções, inclusive em termos de tributação, para que tais garantias possam ser verificadas concretamente.

Portanto, garantir condições mínimas de existência digna consiste também em deixar de tributar os valores recebidos e utilizados pelos contribuintes para obtenção dessas condições mínimas. Roque Antonio Carrazza é enfático ao tratar desse tema, defendendo que o Estado “(...) deve empenhar-se ao máximo para proporcionar às pessoas condições elementares de sobrevivência digna. Assim, não lhe é dado tributar, inclusive e principalmente por meio de imposto sobre a renda, o

solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...) **Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. **Art. 7º.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²⁷⁵ **Imposto sobre a renda**, p. 50.

²⁷⁶ **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, p. 32.

mínimo vital do contribuinte, vale dizer, a parte de seu patrimônio indispensável ao atingimento daqueles elevados objetivos”²⁷⁷.

E por ser considerado como insuscetível de tributação é que sustentamos²⁷⁸ que o mínimo existencial vai determinar o liame a partir do qual se verifica a capacidade contributiva. Deveras, os ingressos destinados às necessidades básicas do indivíduo e de sua família, por não revelarem aptidão para contribuir, não indicam capacidade contributiva. Somente suas manifestações de riqueza que superarem o vital para sua sobrevivência digna e de sua família é que darão origem à sua capacidade contributiva, que somente é alcançada, portanto, conforme ensinamentos de Francesco Moschetti²⁷⁹, após deduzida a manifestação de riqueza necessária à garantia do mínimo existencial.

• **Progressividade**

Também intimamente ligado ao princípio da capacidade contributiva, como temos afirmado, está o princípio da progressividade. Sobre ele, Fernando Perez Royo apresenta a seguinte definição: “Entende-se por progressividade aquela característica de um sistema tributário segundo a qual a medida que aumenta a riqueza de cada sujeito, aumenta a contribuição em proporção superior ao incremento da riqueza. Os que têm mais, contribuem em proporção superior aos que têm menos”²⁸⁰. Misabel Derzi, por sua vez, de forma mais sintética, assim define esse princípio: “Por progressividade entende-se a majoração da alíquota, à medida que cresce o valor da matéria tributável”²⁸¹.

²⁷⁷ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 121-122 (os grifos são do autor). Essa também é a doutrina Roberto Quiroga Mosquera, que sustenta abertamente que o mínimo vital é “(...) insuscetível de tributação” (**Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional**, p. 127).

²⁷⁸ Quando tratamos do princípio da capacidade contributiva, item 5.2, *supra*.

²⁷⁹ **El principio de capacidad contributiva**, p. 127.

²⁸⁰ **Derecho Financiero y tributario – parte general**, p. 39, tradução nossa (segue versão do original: “Se entiende por progresividad aquella característica de un sistema tributario según la cual a medida que aumenta la riqueza de cada sujeto, aumenta la contribución en proporción superior al incremento de riqueza. Los que tienen más, contribuyen en proporción superior a los que tienen menos.”).

²⁸¹ **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**, p. 68.

Diante da uniformidade existente na doutrina²⁸² (brasileira e estrangeira) a respeito do conteúdo do princípio da progressividade (o que não significa ser fácil a aferição, em cada caso concreto, do seu efetivo cumprimento), bem como tendo em vista que dele já tratamos de forma intensa quando do exame do princípio da capacidade contributiva, não iremos nos prolongar no estudo da sua definição, o que não implica uma suposta menor importância desse princípio, já que, pelo simples fato de ser – ao lado do princípio da capacidade contributiva e outros analisados *supra* – instrumento indispensável para o alcance da justiça tributária, ele se apresenta como de fundamental importância no campo do direito tributário.

Não podemos deixar de mencionar, no entanto, que, apesar de a Constituição Federal tratar da observância da progressividade, por meio de enunciado expresso, somente com relação aos casos de imposto sobre a renda (artigo 153, § 2º, I), de imposto sobre a propriedade territorial rural (artigo 153, § 4º) e de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (artigos 156, § 1º e 182, § 4º, II, tendo, o último, “caráter nitidamente sancionatório”²⁸³), verificamos, a partir de uma análise da doutrina abalizada, que não há consenso a respeito dos tributos em que é legítima a aplicação da progressividade.

Regina Helena Costa, por exemplo, entende “(...) que a todos os impostos é possível imprimir-se a técnica da progressividade, uma vez que esta é exigência do próprio postulado da capacidade contributiva, igualmente aplicável a todos eles. Somente mediante a instituição de alíquotas progressivas faz-se a desigualação entre situações desiguais, cumprindo-se, outrossim, o princípio maior da igualdade (artigo 150, II)”²⁸⁴. Elizabeth Nazar Carrazza também sustenta a possibilidade da progressividade ser aplicável a todos os impostos, contudo, ressalva seu entendimento no sentido de que para aqueles impostos sujeitos à seletividade, a progressividade não é uma decorrência do princípio da capacidade contributiva, mas sim do princípio genérico da igualdade²⁸⁵. Não tem sido esse, contudo, o

²⁸² A respeito, ver: MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**, p. 119-124. Nessa obra, ele bem demonstra, a partir da citação de renomados juristas nacionais e estrangeiros, a uniformidade de entendimento a respeito da definição de progressividade.

²⁸³ Cf. CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**, p. 100.

²⁸⁴ **Princípio da capacidade contributiva**, p. 98.

²⁸⁵ Cf. CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**, p. 58-60.

entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser percebido da ementa abaixo transcrita:

Constitucional. Tributário. Imposto de Transmissão de Imóveis, *Inter Vivos* - ITBI. Alíquotas progressivas. CF, art. 156, II, § 2º. Lei 11.154, de 30.12.1991, do Município de São Paulo, SP. I – Imposto de transmissão de imóveis, **inter vivos** – ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. II – R.E. conhecido e provido²⁸⁶.

A fundamentação do voto do Relator, o Ministro Carlos Velloso, baseou-se no entendimento de que apenas a expressa previsão constitucional autoriza a progressividade para os impostos. Todos os demais Ministros acompanharam a conclusão do Relator para dar provimento ao recurso e declarar a inconstitucionalidade o dispositivo da lei municipal indicada, embora adotando fundamentação distinta da do Relator. A maioria entendeu que, por tratar-se de um imposto de natureza real, a ele não seria aplicável o princípio da capacidade contributiva e, assim, inadequada seria a utilização de alíquotas progressivas conforme a capacidade contributiva do contribuinte, específica dos impostos pessoais²⁸⁷.

Imprescindível destacar, no entanto, o voto do Ministro Marco Aurélio. É que, apesar de ter acompanhado o Relator no que diz respeito ao provimento do recurso (e isso unicamente para fins de uniformização do entendimento do Tribunal), ele esposou entendimento diverso acerca do tema, oferecendo interpretação aos dispositivos constitucionais de regência que, ao que nos parece, apresenta-se mais consentânea com o conjunto principiológico da Constituição:

A meu ver não temos, no teor do dispositivo [art. 145, § 1º, da CF], qualquer distinção, qualquer limitação quanto ao alcance do que nele se contém. O alvo do preceito é único, a estabelecer uma gradação que leve à justiça tributária, ou seja, onerando aqueles com maior capacidade para o pagamento do imposto.

Se a premissa é, para mim, correta, inafastável, **não cabe distinguir, aqui, a espécie de imposto.** Levo em conta o Imposto Predial e Territorial Urbano, um imposto devido pelo proprietário do imóvel e que tem por base,

²⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 234.105/SP, Recorrentes: Adolfo Carlos Canan e outra; Recorrido: Município de São Paulo, Relator: Ministro Carlos Velloso, unânime, julgado em 08.04.1999, DJ 31.03.2000, p. 61, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 02 ago. 2007, p. 839-841; 844-848 (os grifos são do original). Integraram o julgamento os senhores Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Marco Aurélio.

²⁸⁷ *Idem*.

para a segurança do pagamento, o próprio imóvel, portanto, o direito real da propriedade.

Senhor presidente, **o que autoriza a mudança da estrutura do tributo é o próprio texto constitucional, ao prever** – considerado o justo, e o Direito está direcionado ao justo – **seja levada em conta a capacidade econômica do contribuinte, ou seja, ao eleger esse elemento como fundamental para estabelecer-se o *quantum* devido.**

A colocação é salutar, porque **não posso colocar na mesa vala alguém que adquire um bem imóvel com valor de mercado igual a vinte mil reais daquele que adquire um bem avaliado no mercado em milhões de reais.** Dir-se-ia: a diferença já está na base de incidência da percentagem. Todavia, se fosse assim, não teríamos o teor § 1º do artigo 145 da Constituição Federal.

Por isso peço vênua àqueles que divergem da fundamentação de V. Exa. para subscrevê-la²⁸⁸.

Deveras, entendemos não só ser possível a utilização de alíquotas progressivas em todos os impostos, como também que a progressividade aparece como um imperativo para fins de obtenção da justiça tributária, conforme, aliás, já

²⁸⁸ *Idem* (grifamos). Interessante destacar, a respeito do citado julgado, que apesar do Relator, Ministro Carlos Velloso, ter sustentado a inconstitucionalidade da progressividade de alíquotas para o ITBI para concretização do princípio da capacidade contributiva, ao argumento de que apenas a expressa previsão constitucional autorizaria referida progressividade, em outro julgado ele veio a sustentar a possibilidade de estabelecimento de taxas progressivas em nome do mesmo princípio da capacidade contributiva: “O que a lei procura realizar, com a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é o princípio da capacidade contributiva – CF, art. 145, § 1º. Esse dispositivo constitucional diz respeito aos impostos, é certo. Não há impedimento, entretanto, na tentativa de aplicá-lo relativamente às taxas, principalmente quando se tem taxa de polícia, isto é, taxa que tem como fato gerador o poder de polícia” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 177.835/PE, Recorrentes: Agrovap Agropecuária Vale do Prata S/A e outros; Recorrida: Comissão de Valores Mobiliários-CVM, Relator: Ministro Carlos Velloso, por maioria, julgado em 22.04.1999, DJ 25.05.2001, p. 18, órgão julgador: Tribunal Pleno. Voto do Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 03 ago. 2007). Sem adentrar a discussão quanto à possibilidade de relacionar o princípio da capacidade contributiva com os tributos vinculados (o que não seria possível segundo entendimento de parte da doutrina: ver, a respeito, CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e progressividade**, p. 64), reservamo-nos a indicar uma aparente incongruência constante nessas duas teses defendidas pelo Ministro Carlos Velloso. É que, enquanto no julgamento do RE 234.105/SP ele sustentou que a aplicação da progressividade para realizar a capacidade contributiva somente teria espaço quando diante de expressa autorização constitucional, já quando do julgamento do RE 177.835/PE, em sentido oposto, sustentou que a progressividade para realizar a capacidade contributiva poderia ser aplicável para as taxas, mesmo inexistindo previsão constitucional autorizadora. O Ministro Néri da Silveira, contudo, de forma esclarecedora, bem destacou no seu voto, quando do julgamento do RE 177.835/PE, que a taxa de fiscalização então analisada era progressiva não em função da capacidade contributiva, mas sim em função do volume de operações que cada empresa realiza na Bolsa (quanto maior o patrimônio líquido da empresa, maior o número de operações por ela realizada na Bolsa), o que reclamava um maior exercício do poder de polícia e, assim, legitimava a cobrança de uma taxa maior: “Parto da presunção de que esse patrimônio traduza o volume de operações da empresa na Bolsa. Isso seria bastante para justificar a progressividade nessa taxa. A razão da progressividade não é aquela mesma, por exemplo, que o Tribunal tem recusado em se tratando de IPTU. É diferente.” (*Idem*. Voto do Ministro Néri da Silveira).

deixamos expresso *supra*, quando tratamos do princípio da capacidade contributiva²⁸⁹.

Ademais, não temos como deixar de ressaltar a importância de tratar da progressividade a partir de uma análise global do sistema tributário. A respeito, Regina Helena Costa bem destaca que “(...) a progressividade tributária deve reportar-se ao sistema tributário como um todo e não a um tributo em particular. Logo, pode-se ter tributos em estrutura progressiva convivendo com tributos com natureza apenas proporcional. Mas a aplicação conjunta dos mesmos resultará em uma tributação progressiva”²⁹⁰.

Ocorre que, conforme destaca a referida professora, apesar de o imposto sobre a renda ser o mais pessoal de todos os impostos, permitindo um melhor atendimento ao princípio da capacidade contributiva por meio da fixação de alíquotas progressivas, mencionado imposto participa com apenas 23% na carga tributária brasileira, enquanto em países desenvolvidos essa participação chega a representar 70%. Em contrapartida, revela que a carga tributária brasileira é muito

²⁸⁹ Vale aqui, no entanto, fazer um esclarecimento. É que há divergência, entre aqueles que entendem que a progressividade aplica-se a todos os impostos, no que pertine à sua relação com a capacidade contributiva. Nesse sentido, defende-se que a progressividade pode ser decorrente: i - dos princípios da capacidade contributiva (para os impostos em geral, à exceção dos impostos sobre o consumo) e da seletividade (especificamente para os impostos sobre o consumo), que, por sua vez, decorrem do princípio da igualdade (igualdade tributária, no caso da capacidade contributiva; e igualdade genérica, no caso da seletividade) (a respeito, ver: CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*, p. 58-60); ii - do princípio da capacidade contributiva (sendo que, nos casos dos impostos sobre o consumo, a seletividade aparece como meio para a concretização do próprio princípio da capacidade contributiva) que, por sua vez, decorre do princípio da igualdade (a respeito, ver: VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI**, p. 125-128); ou iii - do princípio do Estado Social, que também decorre do princípio da igualdade (para essa corrente, o princípio da capacidade contributiva impõe tão-somente a observância da proporcionalidade). A respeito deste último entendimento, vale citar a doutrina de Casalta Nabais: “Efetivamente, enquanto o princípio da capacidade contributiva postula uma *igualdade* fiscal ou igualdade *no* imposto, ou igualdade *aritmética ordenada à justiça comutativa*, que impõe imposto igual para igual capacidade contributiva e desigual para desigual capacidade contributiva na proporção ou porção dessa igualdade, o princípio do estado social exige uma *desigualdade* fiscal, igualdade *pelo* imposto ou igualdade *geométrica* ordenada à justiça *distributiva*, que reclama que o imposto sirva de instrumento a uma igualdade *social* ou de resultados (...)” (**O dever fundamental de pagar impostos**, p. 494). Tendo em vista que a primeira corrente afasta-se de classificação estranha ao direito tributário (classificação dos impostos em diretos e indiretos), parece-nos ser ela a melhor embasada, em termos científicos. Nesse sentido, destaca Renato Lopes Becho: “Parece-nos mais cientificamente correta a análise de Elizabeth Nazar Carrazza. Não que esteja errada ou equivocada a posição de Hugo de Brito Machado. Parece-nos que, do ponto de vista estritamente de Direito Tributário, balizado nos elementos que compõem a obrigação tributária, assiste razão à citada cientista, pois os argumentos, corretos, das demais posições apontadas resvalam do universo jurídico-tributário, residindo aí a variação das citadas posições.” (**Tributação das cooperativas**, p. 80). O resultado prático, no entanto, é o mesmo, independentemente da corrente adotada, pois todas defendem a progressiva para os impostos.

²⁹⁰ **Imposto de renda e capacidade contributiva**, p. 880.

dependente de impostos sobre produção e circulação de bens e serviços, que significam 60% do total, concluindo, a partir desses dados, “(...) que o sistema tributário brasileiro apresenta pequeno grau de progressividade, chegando, mesmo, a ser regressivo, dado o elevado número de tributos incidentes sobre o consumo de bens e serviços. A consequência é a imposição de maior ônus àqueles que ostentam menor aptidão de contribuir às despesas do Estado, posto que, em regra, quem possui renda e patrimônio revela maior capacidade contributiva”²⁹¹. E, no mesmo texto, com base em dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (pesquisa publicada no ano de 1998, referente ao ano de 1996), ela ainda destaca que a participação da tributação sobre o patrimônio (que seria uma outra tributação que comportaria a progressividade, em especial para o IPTU e o ITR) na carga tributária total brasileira fica em torno de 4,6%²⁹², demonstrando, assim, que o sistema tributário brasileiro, visto como um todo, efetivamente está longe de ser progressivo.

Deveras, conforme destaca Victor Uckmar, “(...) a prevalência da receita dos impostos diretos em relação à dos indiretos é um manifesto indicador da tendência

²⁹¹ *Ibidem*, p. 874. Como se não bastassem esses problemas do sistema tributário brasileiro, que revelam que ele (na prática) está longe de ser um sistema progressivo, verificamos ainda um outro agravante. É que sequer o imposto sobre a renda pode ser considerado efetivamente progressivo. O IRPF, p. ex., tendo em vista que atualmente possui (além da faixa de isenção) apenas duas alíquotas (de 15% e de 27,5%), efetivamente não atende àquilo que a doutrina abalizada entende por progressividade do IR. Regina Helena Costa, nesse sentido, bem destaca que seria “(...) razoável pensar-se em um leque de quatro ou cinco” alíquotas, em especial pela “(...) diversidade do ponto de vista econômico (...)” que assola nosso país (**Imposto de renda e capacidade contributiva**, p. 882). E, no que concerne ao IRPJ, a situação vivenciada é ainda pior, conforme destaca Paulo Ayres Barreto: “Para as pessoas jurídicas, o legislador ordinário estabeleceu um adicional de 10%, aplicável a partir de uma certa base tributável”, o que, na prática, “(...) não proporciona a efetiva progressividade do imposto. (...) A título exemplificativo, a pessoa jurídica que aufera um lucro de R\$ 1.000.000,00, num determinado ano, estará sujeita à alíquota de 24,8%; se for de R\$ 100.000.000,00, a alíquota será de 24,99. Dessa forma, indaga-se: está atendida a progressividade do imposto? Jamais se poderia afirmar que o acréscimo de uma casa decimal na alíquota refletiria efetiva progressividade, de tal sorte que a resposta a esta indagação só pode ser negativa.” (**Imposto sobre a renda – pessoa jurídica**, p. 795-796). Por outro lado, conforme destaca Renato Lopes Becho, não podemos ignorar que a própria Constituição, quando da delimitação dos fatos presuntivos de riqueza, não indicou de forma prevalecente a personalidade, em contradição com sua própria ordem constante do art. 145, § 1º, que determina que os impostos sejam pessoais: “Essa postura do constituinte é lamentável. Infelizmente, não se vê proposta de Emenda à Constituição para corrigir essa distinção, determinando, por exemplo, uma redução gradativa daqueles impostos que possam repercutir, nos preços, o custo dos impostos, com a conseqüente ampliação dos impostos pessoais, fazendo com que o IR sobreponha-se a todos os demais na arrecadação tributária” (**Tributação das cooperativas**, p. 76).

²⁹² **Imposto de renda e capacidade contributiva**, p. 874 - nota n. 4.

progressiva do sistema tributário”²⁹³. Assim, para que a aplicação conjunta da carga tributária no Brasil representasse um sistema tributário progressivo, necessário seria que impostos sobre a renda (em especial) e sobre o patrimônio – denominados de impostos diretos – tivessem uma maior participação na arrecadação tributária brasileira em relação aos denominados impostos indiretos. Não é isso, contudo, o que verificamos. No ano de 2005, por exemplo, a partir de um estudo estimativo da carga tributária brasileira disponibilizado pelo IPEA, percebemos que a participação dos impostos sobre a renda e sobre o patrimônio foi de apenas aproximadamente 26,7%²⁹⁴.

Por fim, esclarecemos que inserimos este princípio entre aqueles que fixam valor com alto grau de indeterminação, pois, no momento de sua aplicação ao caso concreto, não são poucas as dúvidas que se apresentam para identificação da sua completa observância. Mesmo no caso do imposto sobre a renda (em que a progressividade é mais facilmente aplicável) apresenta-se extremamente difícil precisar quantas faixas de tributação são necessárias, e qual a alíquota para cada uma delas, para que o princípio da progressividade seja observado em sua integridade.

²⁹³ **Princípios comuns de direito constitucional tributário**, p. 97. Não podemos deixar de ressaltar que, por meio da seletividade, é possível implantar uma sistemática progressiva inclusive para os denominados “impostos indiretos”, ainda que com menos eficiência se comparada com a progressividade dos chamados “impostos diretos”, cuja estrutura permite uma melhor concretização da progressividade. Deveras, um sistema que não tributa os gêneros de primeira necessidade (adquiridos por toda população) e tributa com alíquotas altas os supérfluos (adquiridos somente por aqueles que revelam e possuem riqueza para tal fim), trata-se de um sistema que, em termos de graduação de alíquotas para os impostos indiretos, tende à progressividade. Daí Victor Uckmar também sustentar que “(...) para o fim de implantar um sistema equanimemente distributivo são necessários impostos diretos pessoais com alíquota progressiva e impostos indiretos (excluindo da tributação os gêneros de primeira necessidade) com alíquotas acentuadas sobre os bens voluptuários” (**Princípios comuns de direito constitucional tributário**, p. 96-97). No Brasil, contudo, apesar de a Constituição de 1988 determinar a obediência à seletividade, verificamos que inclusive produtos que compõem a “cesta básica” têm sido tributados, e com alíquotas superiores a 15% (como ocorre, p. ex., com o açúcar de cana: a respeito, ver, *infra*, no ponto em que tratamos da seletividade), fato que corrobora com as estatísticas que demonstram que os impostos indiretos compõem uma grande fonte de receita tributária brasileira (os impostos sobre produtos e outros ligados à produção representaram, segundo cálculos estimativos, mais de 50% da receita do ano de 2005 – a respeito, ver: SANTOS, Cláudio H. dos; COSTA, Fernanda Reginatto. **Uma metodologia simplificada de estimação da carga tributária brasileira trimestral**. Brasília: IPEA, maio 2007, p. 16), contribuindo, assim, para que nosso sistema, como um todo considerado, na prática não seja progressivo.

²⁹⁴ Cf. SANTOS, Cláudio H. dos; COSTA, Fernanda Reginatto. **Uma metodologia simplificada de estimação da carga tributária brasileira trimestral**. Brasília: IPEA, maio 2007, p. 16. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1281.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2007.

- **Seletividade**

Outro princípio constitucional tributário que em muito contribui para a justiça tributária é o da seletividade. Conforme destaca José Eduardo Soares de Melo, trata-se de princípio que procede de significativos valores cravados na Constituição:

Decorre de valores acolhidos pelo constituinte, como é o caso do salário mínimo, que toma em consideração as necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência (art. 7º, IV).

É certo que sempre hão de ser tomadas em conta a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), o desenvolvimento nacional (art. 5º, II, da CF/88), a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 5º, III, da CF/88).

(...) Note-se que a essencialidade consiste na distinção entre cargas tributárias, em razão de diferentes produtos, mercadorias e serviços, traduzidos basicamente em alíquotas descoincidentes²⁹⁵.

Mais adiante, na sua obra *ICMS – teoria e prática*, José Eduardo Soares de Melo ainda aponta a relação existente entre o princípio da igualdade (material) e o da seletividade, tendo em vista que este permite a concretização daquele ao prescrever que deve ser oferecido um tratamento diferenciado a produtos diferentes, levando-se em conta a essencialidade de cada um deles²⁹⁶.

Deveras, ao impor um tratamento jurídico tributário diferenciado em função da essencialidade dos produtos industrializados (no caso do IPI, por força do artigo 153, § 3º, I) ou da essencialidade das mercadorias ou serviços (no caso do ICMS, devido ao disposto no artigo 155, § 2º, III), esse princípio constitucional acaba por viabilizar a desoneração dos produtos e serviços tidos como essenciais, sobre os quais, em regra, não há poder de escolha para o consumidor, e, por outro lado, a impor uma tributação maior sobre os produtos e serviços supérfluos (adquiridos por aqueles que revelem riqueza apta a tal fim) contribuindo em muito, assim, para que se alcance a desejada justiça tributária.

Esses dois dispositivos constitucionais, portanto, ao vincularem o princípio da seletividade para o IPI e para o ICMS, exigem que as operações com produtos ou gêneros essenciais, de primeira necessidade, venham a receber tratamento tributário mais ameno do que o dispensado às operações com produtos ou gêneros

²⁹⁵ **ICMS – teoria e prática**, p. 286-288.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 286-287.

menos essenciais ou supérfluos. Nesse sentido é a lição de Roque Antonio Carrazza:

Estamos confirmando, destarte, que o IPI e o ICMS devem²⁹⁷ ser utilizados como instrumentos de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações (com produtos industrializados ou mercadorias) ou serviços havidos por necessários, úteis ou convenientes à sociedade e, em contranota, onerando outros que não atendam tão de perto ao interesse coletivo. Exemplificando, é por isso que em algumas operações com produtos industrializados supérfluos as alíquotas aplicadas ao IPI são extremamente elevadas, e em outras, com produtos industrializados essenciais, não há incidência da exação (isenção ou *alíquota zero*), ou, quando pouco, as alíquotas baixam para patamares mínimos²⁹⁸.

A seletividade está intimamente ligada, portanto, à extrafiscalidade dos tributos. De fato, ao onerar diferentemente os fatos tributáveis, o imposto seletivo exerce notável função extrafiscal. Não exerce, destarte, uma função meramente arrecadatória, como sucede com os tributos utilizados exclusivamente como instrumento de fiscalidade, ou seja, para arrecadar dinheiro aos cofres públicos.

Temos que ressaltar, ainda, que a seletividade não deve ser realizada tendo em vista diferenças de origem, raça, sexo, cor ou qualquer outra forma de discriminação que não aquela prevista constitucionalmente, ou seja, a diferenciação em função da essencialidade dos produtos industrializados ou das mercadorias ou serviços. Serão inconstitucionais, portanto, não só o IPI e o ICMS que não forem seletivos (por ofensa aos artigos 153, § 3º, I; e 155, § 2º, III, da CF) em função da essencialidade, como também o IPI e o ICMS, cuja seletividade tenha origem em distinções outras que não a exigida pela norma constitucional (desta vez por ferir os artigos 5º, I; e 150, II, da CF)²⁹⁹.

²⁹⁷ Ao contrário de Roque Antonio Carrazza, que entende que a seletividade é obrigatória tanto para o IPI quanto para o ICMS, boa parte da doutrina defende que somente para o IPI a Constituição grava com a força de obrigatoriedade a obediência à seletividade, sendo facultativa para o ICMS. Neste sentido, temos: COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, p. 382-383; MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**, p. 111-114; e MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS**, p. 71-72. No mesmo sentido (entendendo que para o ICMS a seletividade é facultativa) é o entendimento de José Eduardo Soares de Melo (**ICMS – teoria e prática**, p. 286-289), contudo com ressalvas que o aproximam da posição de Roque Carrazza (a respeito, ver, *infra*, nota de rodapé na qual citamos posicionamento de José Eduardo Soares de Melo sobre esse mesmo tema).

²⁹⁸ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 96 (os grifos são do autor).

²⁹⁹ Daí porque José Eduardo Soares de Melo, citando Roque Carrazza, destaca: “Finalmente, oportuno trazer à cirge estudo de Roque Carrazza que toca na ‘possibilidade de controle judicial em matéria de seletividade do ICMS’, porque, ‘embora haja uma certa margem de liberdade para o Legislativo tornar o imposto seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, tais expressões, embora um tanto quanto fluidas, possuem um conteúdo mínimo, que permite se

Já quanto à possibilidade do Poder Judiciário controlar a observância deste princípio, são definitivas as palavras de Eduardo Domingos Bottallo: “Com efeito, o Poder Judiciário não está menos autorizado do que o Poder Legislativo a investigar qual o alcance da expressão em foco. Isso significa que o Judiciário pode – e deve – averiguar se os critérios adotados pelo Legislativo foram adequados e racionais”³⁰⁰. Infelizmente, contudo, os Tribunais Superiores não têm conferido a devida importância à seletividade, ignorando, por exemplo, a necessidade dos produtos componentes da “cesta básica” terem uma tributação mínima (ou mesmo zero), por tratarem-se de produtos cuja essencialidade é notória. Nesse sentido segue julgado do Supremo Tribunal Federal, concordando com alíquota de 18% para o açúcar de cana:

EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre produtos industrializados. IPI. Alíquota. Fixação. Operações relativas a açúcar e álcool. Percentual de 18% (dezoito por cento) para certas regiões. Art. 2º da Lei 8.393/91. Ofensa aos artigos 150, II, 151, I, e 153, 3º, I, da CF. Inexistência (...).

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator): (...) 3.2. Quanto à ofensa à essencialidade (art. 153, § 3º, I, da Constituição da República), tampouco assiste razão às recorrentes.

O que pleiteiam é o reconhecimento de imunidade do açúcar de cana, coisa que não encontra amparo no texto constitucional. A seletividade do IPI, inscrita no art. 153, § 3º, I, da Constituição Federal, não se confunde com imunidade, de modo que os produtos podem ser tributados, desde que a tributação seja graduada em “*função da essencialidade*”.

E fixação da alíquota máxima do IPI incidente sobre o açúcar de cana em 18% (dezoito por cento) não vulnera tal essencialidade.

Perante o caso do “*cigarro contendo fumo (tabaco)*”, classificado na Tabela do IPI sob o n. 2402.20.00 e que é tributado à alíquota de 330% (trezentos trinta por cento), segundo o Decreto 4.542/02, vê-se logo que é razoável a alíquota máxima de 18% (dezoito por cento) para o açúcar de cana.

A *essencialidade* é termo fluido, impreciso, de textura aberta, cuja reconstituição semântica depende da cultura de cada intérprete, o que abre certa margem de discricionariedade ao Legislativo para lhe determinar o conteúdo e alcance, sem prejuízo do núcleo significativo mínimo, fora do qual a cláusula constitucional seria insultada, como sucederia, por exemplo, se fixada a alíquota em 50% (cinquenta por cento), o que não é o caso. (...) ³⁰¹.

afira se o princípio em tela foi, ou não, observado, em cada caso concreto.’ E argumenta que, ‘se o Poder Legislativo der um tratamento mais gravoso à comercialização de uma mercadoria suntuária do que a de um gênero de primeira necessidade, nada impede que o interessado pleiteie e obtenha a tutela judicial’.” (ICMS – teoria e prática, p. 289)

³⁰⁰ Fundamentos do IPI, p. 66.

³⁰¹ (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 515.168/MG, Embargante: Companhia Açucareira Rio Grande; Embargado: União Federal, Relator: Ministro Cezar Peluso, unânime, julgado em 30.08.2005, DJ 21.10.2005, p. 26, órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 07 ago. 2007)

Não podemos deixar de destacar a inoportuna comparação realizada pelo Ministro Cezar Peluso, entre um produto essencial e componente da “cesta básica”, com um produto cujo consumo é altamente desestimulado (inclusive por questões de saúde pública, e não simplesmente por ser ele supérfluo) por meio de alíquotas altíssimas, como é o caso do cigarro. Por outro lado, ao considerar que somente seria possível falar de violação ao princípio da seletividade nos casos de alíquotas próximas a 50%, está-se, a toda evidência, esvaziando o princípio da seletividade, princípio este que, conforme destacamos neste ponto do nosso trabalho, se devidamente observado, em muito pode contribuir para a concretização da justiça tributária, nos termos como exigida pelo conjunto principiológico da Constituição de 1988³⁰².

5.3 Princípios constitucionais tributários enquanto enunciados que fixam limites “objetivos”

Realizado esse exame dos princípios constitucionais tributários enquanto enunciados prescritivos que fixam *valores com densa indeterminação*, passaremos, agora, a analisar os princípios constitucionais tributários enquanto enunciados prescritivos que fixam *limites “objetivos”*.

Estes, diferentemente daqueles, conforme temos estudado³⁰³, possuem um maior grau de determinação de seus termos, com o que, em geral, é mais simples a construção do sentido dos textos que os enunciam. De fato, se na prática é difícil delimitar o conteúdo e o sentido dos princípios que fixam valores com alto grau de indeterminação, o mesmo não ocorre com os princípios que fixam limites “objetivos”, cujos sentidos, em geral, são construídos com maior facilidade diante de cada caso concreto.

³⁰² Por tais motivos, ficamos com o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre esse tema, pois parece melhor refletir a totalidade principiológica da Constituição Federal de 1988: “TRIBUTÁRIO – IPI – SELETIVIDADE (...) – A elevação da alíquota de IPI, nas saídas de açúcar, de 0% (aplicável à quase totalidade dos produtos alimentícios) para 18% pela Lei 8.393/91 e Decretos 420/91 e 2.092/96, com alíquota reduzida pela metade – 9% – para os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e isenção para as áreas da Sudene e Sudam, implicou ofensa ao critério da seletividade em função da essencialidade do produto (...) (TRF 4ª R. – MAS 1998.04.01.017397-6/PR – 1ª T. – Rel. Juiz Leandro Paulsen – DJU 23.05.2002, p. 404)” (MACHADO, Charles M. **Direito tributário nos Tribunais**, p. 31)

³⁰³ A respeito, ver, *supra*, itens 4.5 e 5.2.

Isso ficará ainda mais claro adiante, quando do estudo dos princípios constitucionais tributários que fixam limites “objetivos” de maior destaque no sistema tributário brasileiro.

• **Princípio da estrita legalidade**

Ao tratarmos dos princípios constitucionais gerais com influência sobre a tributação destacamos, dentre eles, o da legalidade. Segundo ele, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II, da CF). E se assim é com relação a qualquer campo do direito, em matéria tributária também o é, de modo que ninguém poderá ser obrigado a pagar tributo senão em virtude de lei.

Mas, devido à importância dessa prescrição para o campo do direito tributário – já que é por meio da tributação que o Estado avança diretamente na esfera de liberdade e propriedade dos cidadãos para angariar recursos para a realização de seus fins, sendo histórica a arbitrariedade com que muitas vezes exerce essa sua competência³⁰⁴ –, houve por bem o legislador constitucional reforçar referida prescrição, estabelecendo em dispositivo no interior do próprio subsistema constitucional tributário que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (artigo 150, I, CF).

A partir desse enunciado, a doutrina chegou ao que se entende, atualmente, por princípio da estrita legalidade em matéria tributária³⁰⁵. Assim, somente mediante lei que fixe satisfatoriamente os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional, ou seja, que descreva a regra-matriz de incidência de forma pormenorizada, é que as pessoas jurídicas de direito público poderão exigir tributos. Da mesma forma, para majorar os já existentes, aumentando a base de cálculo ou a alíquota, dependerão da edição de lei.

Daí porque enquadramos este princípio entre os limites “objetivos”. É que se apresenta como verdadeiro limite à tributação, sendo, na maioria dos casos, relativamente fácil a construção de seu sentido. Para uma análise quanto à

³⁰⁴ BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**.

³⁰⁵ A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 166-167 e CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**, p. 247-258.

obediência de seu comando, basta verificar se todos os critérios da regra-matriz do tributo exigido foram instituídos por meio de lei³⁰⁶.

E foi devido à necessidade de lei que fixe de modo pormenorizado os elementos da hipótese de incidência e do conseqüente da norma tributária, como condição para que o Estado possa exigir ou majorar tributos, que emergiu, por sua vez, como decorrência do princípio da estrita legalidade, o princípio da tipicidade tributária, que trataremos na sequência.

• *Princípio da tipicidade*

Conforme tivemos oportunidade de verificar, não basta a simples existência de lei para que esteja legitimada a cobrança do tributo. De fato, o princípio da estrita legalidade obriga algo mais, que é a necessidade de que todos os elementos essenciais da regra matriz de incidência estejam descritos, com grande precisão, na lei que institui o tributo.

E esse descrever com grande precisão nos leva, inevitavelmente, ao tipo tributário, ou seja, à necessidade de que estejam descritos na lei tributária todos os elementos (a hipótese de incidência, seus sujeitos ativos e passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas) necessários à incidência e cobrança do tributo quando do relato, em linguagem competente, do fato jurídico tributário.

A respeito da tipicidade no direito tributário, vale ressaltar que alguns autores de máximo renome sustentam ser ela inclusive mais rigorosa que a tipicidade penal, e isso ao argumento de inexistir qualquer margem de discricionariedade quando da aplicação da lei tributária impositiva (regra-matriz de incidência). Nesse sentido, vale citar a seguinte passagem da obra de Roque Antonio Carrazza:

³⁰⁶ Conforme ensina Hugo de Brito Machado, há algumas exceções ao princípio da legalidade em matéria tributária, as quais, contudo, dizem respeito tão-somente à majoração das alíquotas dos tributos e são prescritas pela própria Constituição, como, aliás, não poderia deixar de ser, devido ao grau hierárquico superior do princípio da legalidade. A respeito, o citado professor nos ensina que: “As exceções ao princípio da legalidade, assim, dizem respeito apenas à majoração dos tributos, e mesmo esta só é admitida dentro de certos limites fixados pela lei. Nestes termos, as exceções ao princípio da legalidade são as mencionadas no § 1º, do art. 153, que faculta ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos sobre: (a) importação de produtos estrangeiros; (b) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (c) produtos industrializados; (d) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.” (**Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**, p. 46)

Aliás, a tipicidade, no Direito Tributário, é, por assim dizer, mais rigorosa do que no próprio Direito Penal. Neste, a lei confere ao julgador, no momento da imposição da pena, uma considerável dose de subjetivismo. Já, naquele, a lei indica, peremptoriamente, ao seu aplicador, não só o fundamento da decisão, como o critério de decidir e as medidas que está autorizado a adotar, para que a arrecadação do tributo se processe com exatidão.

(...) Notamos, pois, que, com o *princípio da tipicidade fechada*, o próprio *princípio da estrita legalidade tributária* apurou seu alcance. Só é típico o fato que se ajusta rigorosamente àquele descrito, com todos os seus elementos, pelo legislador.

Conjugados, estes princípios constitucionais impedem o emprego da analogia *in peius* das normas tributárias ou penais tributárias como fonte criadora de tributos e infrações (com suas respectivas sanções).

(...) Em suma, os princípios da *tipicidade fechada* e da *estrita legalidade* impedem a tributação ou a condenação do contribuinte por presunções, ficções ou indícios. Muito menos por razões de conveniência social ou atendendo aos anseios da opinião pública.

(...) A lei deve indicar, de modo rigoroso, a realidade a tributar, fazendo, assim, uma precisa, taxativa e exaustiva tipificação dos fatos necessários e suficientes ao nascimento do tributo. Não lhe é dado apontar *conceitos indeterminados, fórmulas abertas ou cláusulas gerais*, que permitam, de acordo com o subjetivismo do aplicador, a identificação de múltiplas situações tributáveis³⁰⁷.

Verificamos, assim, a força e importância que o princípio da tipicidade alberga em matéria tributária, contribuindo consideravelmente à segurança jurídica neste subsistema do direito³⁰⁸.

³⁰⁷ **Curso de direito constitucional tributário**, p. 259-261 (os grifos são do original).

³⁰⁸ A respeito da aplicação pelos Tribunais dos princípios da estrita legalidade e da tipicidade, segue o seguinte julgado: **EMENTA: Tributário. ICMS. “Serviços de comunicação”. Conceito. Incidência. Ampliação da base de cálculo. Cláusula primeira do Convênio 69/98.** (...) 2. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao “serviço de comunicação” propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. 3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos. À míngua de lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN). 4. Recurso provido. (...) VOTO-VISTA – O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: (...) o Direito Tributário homenageia o princípio da tipicidade fechada, pelo que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador. (...) Colho, às fls. 344/348, do parecer ofertado por Roque Antônio Carrazza, as razões seguintes: ‘(...) *Em linguagem mais técnica, disponibilizar os meios e modos necessários à prestação dos serviços de comunicação não é o fato imponível do ICMS em estudo. Senão, vejamos. I - A série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação, é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. O acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura etc. são, na realidade, serviços de infra-estrutura, prévios e necessários à prestação do serviço de comunicação. Antecedem o fato imponível da exação e, portanto, não o integram. Ora, não tipificando o fato imponível do ICMS-comunicação estão, pois, fora de seu campo de incidência.* (...) Sobremais, tributar a *atividade-meio*, como se fosse a *atividade-fim*, vulnera os princípios da *estrita legalidade* e da *tipicidade fechada*, que dão segurança jurídica aos contribuintes. Segurança jurídica que, com seu corolário de *proteção da confiança* definitivamente bane o emprego da analogia *in malam partem* (cf. art. 108, § 1º, do CTN).’”

• **Princípio da vinculabilidade da tributação**

Da análise do tópico anterior podemos extrair que, quando da aplicação da regra-matriz de incidência, inexistente espaço para atuação discricionária do aplicador. A atividade deste, portanto, é de natureza vinculada.

É bem verdade que, conforme nos ensina Paulo de Barros Carvalho, o exercício da atividade fiscal tributária opera-se também por meio de atos discricionários. A propósito, destaca inclusive que esses são mais freqüentes e numerosos que os vinculados³⁰⁹. Ocorre que, conforme também ressalta o próprio Paulo de Barros Carvalho, os atos de maior importância para a tributação – ou seja, aqueles relacionados diretamente à subsunção da regra-matriz de incidência – são pautados por uma estrita vinculabilidade. Por tais razões, aliás, é que ele, ao final da sua análise sobre esse tema, conclui que é legítima a incorporação do princípio da vinculabilidade ao subsistema tributário.

De fato, levando-se em conta que os atos que dizem respeito estritamente à imposição tributária (subsunção da regra-matriz de incidência) são sempre vinculados, e que estes são efetivamente os mais importantes em matéria tributária, podemos legitimamente sustentar a vinculabilidade da tributação.

• **Princípio da anterioridade**

A partir das premissas por nós adotadas, temos este princípio como sendo um típico caso de limite “objetivo”. Deveras, a Constituição Federal, ao definir que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III – cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (artigo 150, III, “b”, da CF), prescreve de forma cristalina um limite à

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 4002.047/MG, Recorrente: Telebrasil – Telecomunicações de Brasília S/A; Recorrido: Estado de Minas Gerais, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, órgão julgador: Primeira Turma, julgado em data de 04.11.2003, DJ de 09.12.2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101986740&dt_publicacao=09/12/2003>. Acesso em: 12 ago. 2007) (os grifos são do original).

³⁰⁹ Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho é enfático ao afirmar que “podemos isolar um catálogo extenso de atos administrativos, no terreno da fiscalização dos tributos, que respondem, diretamente, à categoria dos discricionários, em que o agente atua sob critérios de conveniência e oportunidade, para realizar os objetivos da política administrativa planejada e executada pelo Estado.” (**Curso de direito tributário**, p. 165)

tributação, cujo conteúdo estabelece de forma bem delineada que o tributo somente poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei que o instituiu ou majorou.

Não restam dúvidas, outrossim, quanto à facilidade de controle do conteúdo desse princípio constitucional tributário, sendo que, para verificação de sua obediência, basta identificar o exercício financeiro em que a lei que instituiu ou majorou o tributo foi publicada. E, caso tenha sido publicada no mesmo exercício financeiro em que vem sendo exigida a obediência de seus comandos prescritivos, referida cobrança será inconstitucional.

Vale destacar, no entanto, que a própria Constituição estabelece exceções a esse limite “objetivo”. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 150 estabelece que referida vedação não se aplica aos impostos previstos nos artigos: 148, I (empréstimo compulsório criado nas hipóteses de calamidade pública ou guerra); 153, I, II, IV e V (II, IE, IPI e IOF); e 154, II (imposto extraordinário).

Para as contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, arroladas pelo artigo 195, por sua vez, a Constituição fixa uma forma distinta de anterioridade, estabelecendo que podem ser cobradas depois de decorridos noventa dias da sua publicação, independentemente de tratar-se novo exercício financeiro.

Trata-se, portanto, de um princípio que procura garantir a segurança jurídica no seio do subsistema constitucional tributário, evitando que o contribuinte seja surpreendido com exigência tributária inesperada³¹⁰. Ocorre que, não raro, vinham

³¹⁰ No que diz respeito ao princípio da anterioridade, não se poderia deixar de mencionar a Súmula 67, que estabelece que “é inconstitucional o tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”, nem o julgado proveniente do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 390005815: RTJRGS, 148/313), em que assim se ementou: “Adicional do Imposto de Renda criado pela Lei 8.792/88. Como o Diário Oficial que a publicou só teve circulação em 18-1-89, só cogitável sua cobrança para o exercício fiscal de 1990, face ao princípio da anterioridade. Apelo improvido” (Cf. ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. **Princípios de direito na jurisprudência tributária**, p. 38). Sobre esse julgado, vale transcrever o trecho do voto em que o Relator, o Desembargador José Vellinho de Lacerda, consignou: “No caso, ocorre que a Lei 8.792/88, embora conste de um *Diário Oficial* datado de 31-12-88, só foi efetivamente publicada em janeiro de 89, por razões que não cabe perquirir nesta oportunidade. A circulação daquele *Diário Oficial* foi protelada. Ora: somente com a efetiva circulação do órgão da imprensa oficial é que ocorreu a ‘publicação da lei’. Quando então publicada, o exercício financeiro já estava em pleno andamento. Não se pode admitir, na locução ‘publicação de lei’, outro significado que não seja o de dar à lei conhecimento público, ato que, no nosso sistema legal, decorre – como é lógico – da publicação do texto em órgão oficial de divulgação dos atos emanados do exercício do poder de Estado: União, Estados Federados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Ao caso, não interessa a vedação contida na letra a daquele dispositivo, pois a regra de incidência constitucional é, claramente, a da letra b: a lei publicada em determinado exercício financeiro só será aplicada no subsequente. É o princípio constitucional da anterioridade da lei tributária. Assim, como

sendo publicadas novas leis criando e majorando tributos nos últimos dias do exercício financeiro, de modo que sua exigência já poderia ser legalmente imposta nos dias seguintes ao desta publicação, com o início do novo exercício financeiro. Em decorrência disso, e procurando afastar uma incongruência antes verificada – decorrente do fato de que, em determinadas situações, os impostos sujeitos à anterioridade ordinária poderiam ser exigidos em espaço de tempo menor do que o necessário para que as contribuições sociais pudessem ser exigidas –, o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional 42/2003, fixou novo limite “objetivo” a ser observado, que trataremos em seguida.

• *Princípio da anterioridade nonagesimal ou noventena*

Conforme vínhamos dizendo, por meio da Emenda Constitucional 42, de 19 dezembro de 2003, que acrescentou a alínea ‘c’ ao inciso III do artigo 150, o constituinte derivado criou um novo limite objetivo à tributação, prescrevendo ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea ‘b’”.

Trata-se, portanto, de limite que impede que um tributo recém-instituído ou aumentado seja exigível antes do transcurso de noventa dias, contados da publicação da lei que o instituiu ou aumentou, ficando do lado de fora dessa limitação tão-somente os impostos previstos nos artigos: 153, I, II, III e V (II, IE, IR e IOF); 154, II (imposto extraordinário); 148, I (empréstimo compulsório criado nas hipóteses de calamidade pública ou guerra); e 155, III; e 156, I (fixação das bases de cálculo, respectivamente, dos impostos sobre propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e territorial urbana).

consequência direta, a disposição do art. 17 do questionado diploma é flagrantemente inconstitucional. Na verdade, e considerando a questão com o rigor merecido, não se trata bem de inconstitucionalidade contida na lei, na lei em si mesma considerada. O problema todo está na nesta questão das datas, e só ali, porque se a lei tivesse sido efetivamente publicada em dezembro de 1988, no exercício anterior previsto para aplicação prática, a questão da inconstitucionalidade não existiria (...). Com efeito, se a finalidade da publicação é tornar conhecida a lei para que ninguém possa alegar a sua ignorância, tal objetivo só pode alcançar com a circulação do veículo que a contém. No caso, a própria CORAG informou que o DO datado de 30-12-98 ‘teve sua circulação em 18-1-89’.” (ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. **Princípios de direito na jurisprudência tributária**, p. 40-42)

Tendo em vista essas alterações promovidas pela Emenda Constitucional 42/2003, temos, agora, conforme elucida Paulo de Barros Carvalho, a existência de quatro regimes para a identificação do momento em que o tributo pode passar a ser exigível:

Diante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional³¹¹, podemos afirmar a existência de quatro regimes para a vigência das leis que instituem ou aumentam tributos, decorrentes da conjugação dos princípios da anterioridade e da noventena, bem como suas exceções: (i) a regra geral é a aplicação cumulada desses dois princípios³¹²; (ii) em se tratando de empréstimos compulsórios motivados por calamidade pública ou guerra externa, imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, e impostos extraordinários, não se aplica a anterioridade nem o prazo nonagesimal; (iii) o imposto sobre a renda e a fixação da base de cálculo dos impostos sobre a propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e territorial urbana sujeitam-se à anterioridade, mas estão excluídos da exigência de vacância legislativa por noventa dias; e (iv) ao imposto sobre produtos industrializados e às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, conquanto excepcionados da anterioridade, aplica-se a noventena³¹³.

Cada um desses regimes indica um limite “objetivo”, cujo descumprimento leva à inconstitucionalidade da cobrança perpetrada.

• **Princípio da irretroatividade da lei tributária**

Tanto quanto ocorre com os princípios da legalidade (artigo 5º, II, e artigo 150, I) e da igualdade (artigo 5º, *caput* e I, e artigo 150, II), o constituinte houve por bem reservar um dispositivo dentro do próprio subsistema constitucional tributário para garantir também a irretroatividade das leis tributárias (artigo 150, III), em complemento à previsão geral (artigo 5ª, XXXVI) válida para todos os casos, incluindo os de natureza tributária.

Com isso, reforçou-se a máxima de que impera a lei e, mais que isso, a certeza de que das nossas condutas não advirão consequências outras além daquelas já prescritas pela lei vigente na época da ocorrência do evento. Ou seja, por força da irretroatividade da lei tributária, assegura-se que o contribuinte não será

³¹¹ Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003.

³¹² Princípios da anterioridade e da anterioridade nonagesimal ou noventena.

³¹³ **Curso de direito tributário**, p. 161.

surpreendido pela superveniência de lei que lhe imponha ônus tributário sobre fatos jurídicos decorrentes de eventos pretéritos.

Trata-se, portanto, de limite “objetivo” que vem reforçar a segurança jurídica no âmbito das relações tributárias, ao lado dos já citados princípios da legalidade, da anterioridade e da anterioridade nonagesimal ou noventena.

Deveras, de que adiantaria a garantia prescrita pelo princípio da legalidade, que impede que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, se, para obrigar alguém a agir de determinada forma, bastasse a edição de uma lei para atingir eventos pretéritos? Ou seja, mesmo sem lei vigente à época da prática de determinada conduta, ela poderia gerar consequências tributárias caso o Estado, num momento futuro, editasse uma lei com efeitos retroativos que gravasse aquela conduta pretérita.

Daí a relevante importância do princípio da irretroatividade, ao lado do princípio da legalidade – e reforçado pelos princípios da anterioridade e da anterioridade nonagesimal ou noventena –, para a concreção da desejada segurança jurídica no âmbito da tributação, onde o Estado costuma perpetrar suas maiores ingerências sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

• ***Princípio da uniformidade geográfica***

Este princípio vem enunciado no artigo 151, I, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Art. 151. É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”.

Significa, portanto, que os tributos instituídos pela União devem ser uniformes em todo território nacional, confirmando que as pessoas políticas são juridicamente iguais. Trata-se, em verdade, de um desdobramento dos princípios federativo e da autonomia dos Municípios, que colocam as pessoas políticas em situação isonômica, impedindo a superveniência de tratamento tributário desigual para elas.

Somente quando da identificação de desigualdades regionais e tendo em vista superior interesse nacional é que, por meio de benefícios fiscais, é permitido o tratamento favorecido às regiões mais necessitadas, e isso com o escopo de proporcionar a redução daquelas desigualdades (aplicação do princípio da igualdade material).

- ***Princípio da não-discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens***

Tanto quanto o princípio constitucional tributário que acabamos de estudar, este também aparece nas dobras dos princípios federativo e da autonomia dos Municípios, vedando “(...) aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino” (artigo 152 da CF).

Impede, assim, que as pessoas políticas alterem as alíquotas ou bases de cálculo dos tributos levando em conta a região de origem dos bens e serviços ou o local para onde se destinam. Com isso, busca-se uma uniformidade de tratamento que permita que os bens e serviços circulem livremente por todo o território nacional sem que, ao sair de determinado Estado, Município ou do Distrito Federal, gerem concorrência desigual, de natureza fiscal, com os bens locais.

- ***Princípio da territorialidade da tributação***

Apesar de não vir expresso no texto da Constituição Federal, o princípio da territorialidade pode ser facilmente extraído da implicitude dos seus enunciados, e prescreve que o poder vinculante da lei tributária tem seu limite nas fronteiras geográficas da pessoa política de direito público que a editou.

Optou o constituinte originário, assim, pelo critério da territorialidade em detrimento do critério da universalidade como elemento de conexão para fins de verificação dos limites de incidência da norma tributária³¹⁴. A respeito do princípio ora

³¹⁴ Para um melhor entendimento, lembramos que o critério da territorialidade é um elemento de conexão de caráter objetivo ou real: local da ocorrência do fato jurídico tributável; e que o critério da universalidade é, por sua vez, um elemento de conexão de caráter subjetivo ou pessoal: p. ex., a nacionalidade ou a condição de residente ou não-residente, sendo de extrema importância a correta identificação do critério que prevalece, em especial nos casos de verificação da incidência

analisado, em obra dedicada ao estudo do direito tributário internacional – em que o princípio da territorialidade ganha ainda maior importância –, Alberto Xavier destacou que:

Em sentido negativo, o princípio da territorialidade limita-se a significar que as leis fiscais estrangeiras não se aplicam no território do país em causa, ou seja, que os órgãos de aplicação do direito de cada Estado apenas aplicariam as suas próprias regras tributárias, jamais podendo desonerar a produção dos efeitos previstos nas leis tributárias estrangeiras.

Em sentido positivo, o princípio da territorialidade significa que as leis tributárias internas se aplicam no território nacional, de um modo generalizado, inclusive aos que não são nacionais de um respectivo Estado³¹⁵.

Essa lição demonstra que as leis brasileiras não podem alcançar os fatos tributários realizados no exterior. Salvo nos casos excepcionais em que a Constituição determinar expressamente a eficácia extraterritorial de determinada lei, há de prevalecer, sempre, o princípio da territorialidade. Também as leis estaduais terão sua incidência restrita aos fatos tributários ocorridos nos limites de seu território, o mesmo ocorrendo com as leis tributárias municipais.

• *Princípio da indelegabilidade da competência tributária*

Trata-se de princípio que aparece implícito no texto constitucional como decorrência dos seus enunciados que fixam a competência tributária para instituir tributos, prescrevendo que essa competência é indelegável. Ou seja, a par de ser admitida a delegabilidade da capacidade tributária ativa (poder de arrecadar e fiscalizar tributos), é vedada a transferência da competência tributária (poder de instituir tributos)³¹⁶, que fica reservada para as pessoas políticas de direito público nos termos como fixado pela Constituição.

da lei tributária além da fronteira nacional ou no interior desta sobre estrangeiros, nacionais, residentes e não-residentes.

³¹⁵ **Direito tributário internacional do Brasil**, p. 23.

³¹⁶ Ressaltamos que o princípio da indelegabilidade da competência tributária, em que pese aparecer na implicitude do texto constitucional, vem expresso no artigo 7º da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional). Isso, contudo, não lhe retira a essência de princípio constitucional integrante do subconjunto dos implícitos, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho (**Curso de direito tributário**, p. 168).

• **Princípio da não-cumulatividade**

O princípio da não-cumulatividade foi adotado pelo legislador constitucional originário para o IPI, os impostos residuais, o ICMS e as contribuições sobre novas fontes de custeio da seguridade social (artigos 153, § 3º, II; 154, I; 155, § 2º, I; e 195, § 4º). Com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 42/03, o princípio poderá ser aplicado também para determinados setores da economia em relação às contribuições para seguridade social incidentes sobre a receita ou o faturamento (artigo 195, § 12).

Seu conteúdo limita a tributação, impondo que o valor do tributo devido em cada operação seja compensado com a quantia incidente sobre as operações anteriores. Temos, assim, que se trata de um princípio com todas as características de um limite “objetivo”. Nesse sentido, aliás, é a lição de Paulo de Barros Carvalho:

O princípio da *não-cumulatividade* dista de ser um valor. É um “limite objetivo”, mas que se volta, mediatamente, à realização de certos valores, como o *da justiça da tributação*, o *do respeito à capacidade contributiva do administrado*, o *da uniformidade na distribuição da carga tributária*.

Apresenta-se como técnica que opera sobre o conjunto das operações econômicas entre os vários setores da vida social, para que o impacto da percussão tributária não provoque certas distorções já conhecidas pela experiência histórica, como a tributação em cascata, com efeitos danosos na apuração dos preços e crescimento estimulado na aceleração inflacionária³¹⁷.

Ainda com relação à não-cumulatividade, cumpre-nos ressaltar que a Constituição Federal (artigo 150, § 2º, II) estabelece-lhe uma restrição, e exclusivamente com relação ao ICMS. Deveras, referido dispositivo constitucional prescreve que “(...) nas hipóteses de isenção ou não-incidência (que podem, aliás, ser afastadas pela legislação ordinária) o *princípio da não-cumulatividade* do ICMS cede passo”³¹⁸. Trata-se, contudo, de rol taxativo, sendo defeso tanto ao legislador, como ao julgador e ao intérprete, ampliá-lo, mesmo porque se trata de uma exceção, e as exceções devem ser interpretadas restritivamente³¹⁹.

³¹⁷ **Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade**, p. 156 (os grifos são do original).

³¹⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**, p. 279 (os grifos são do original).

³¹⁹ *Ibidem*, p. 278.

Concluímos, assim, a análise dos princípios constitucionais tributários que, segundo nosso entendimento, são os que mais se destacam no subsistema constitucional tributário brasileiro, interferindo no labor construtivo de grande parte das normas jurídicas tributárias. Outros, contudo, existem, seja como desdobramento dos aqui mencionados, seja direcionados a pontos específicos da tributação, mas que, por não influenciarem diretamente no propósito deste trabalho, não foram por nós examinados.

6. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

6.1 Hermenêutica e interpretação jurídica

Devido à premissa por nós adotada para a elaboração deste trabalho (que parte da noção de *construção lingüística da realidade por meio da “interpretação”*), a correta apreensão do que – ontológica e teleologicamente – entendemos por “interpretação jurídica” é essencial.

É que, ao tomarmos como base filosófica a noção de que a realidade (e não o *real* – Lacan) é construída linguisticamente pelo intérprete por meio de ato de objetivação das significações que se formam na sua mente quando do contato com os objetos dinâmicos (no nosso caso, os textos legislativos), indispensável se faz a correta compreensão do que seja interpretação e qual o seu fim. Mais que isso, para podermos entender melhor como se procede a construção da realidade jurídica, que se dá por meio da interpretação, devemos detalhar como ocorre (e como deveria ocorrer) a “atividade” interpretativa.

Mas, antes, faz-se necessário esclarecer que a interpretação não se confunde com a Hermenêutica. Apesar de se relacionarem, são termos com conteúdo semântico e pragmático distinto. Enquanto a Hermenêutica detém-se no estudo da atividade interpretativa; a interpretação é a atividade interpretativa em si.

Nesse sentido, extraímos da doutrina de Raimundo Bezerra Falcão que, “(...) se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, *as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a hermenêutica*”³²⁰. Também Paulo de Barros Carvalho, de forma extremamente didática, apresenta essa diferenciação:

Para explicar a diferença que se instala entre a hermenêutica e a interpretação, convém dizer que neste instante, enquanto tratamos, de modo genérico, dos meios, critérios e esquemas interpretativos, estamos laborando em campo nitidamente hermenêutico. Agora, se nos propusermos a analisar um determinado dispositivo legal e formos aplicar os princípios, instrumentos e fórmulas preconizadas pela Hermenêutica, aí, sim, estaremos certamente desenvolvendo uma atividade interpretativa³²¹.

³²⁰ **Hermenêutica**, p. 84 (os grifos são do original).

³²¹ **Curso de direito tributário**, p. 96-97.

Com relação a esse tema, cumpre-nos desde já adiantar que, para manter coerência com nosso pensamento, não estaremos reduzindo a Hermenêutica a simples teoria que estabelece técnicas para “descobrir” o sentido dos textos jurídico por meio da interpretação – conforme defendido pela Hermenêutica tradicional, da qual Emilio Betti, contemporaneamente, é um dos mais destacados representantes –, mas sim estaremos apreendendo-a em termos mais amplos, para englobar a “hermenêutica filosófica”, instaurada por Heidegger e difundida por Gadamer, pensadores que passaram a reconhecer a interpretação como atividade “produtora” de sentido.

No Brasil, já encontramos inúmeros adeptos desse entendimento³²², ou seja, de que a interpretação não é apenas reveladora do sentido, mas sim que o produz. Contudo, ele ainda não é o dominante, fato, no entanto, que não impede Lenio Streck de formular forte crítica aos filiados à Hermenêutica tradicional, afirmando que eles, “como órfãos científicos, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho-da-verdade, ou seja, a ‘correta interpretação da lei’! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade!”³²³. E, mais adiante, reforça sua crítica dizendo que o direito “(...) deve ser compreendido não como sucessão de textos com sentidos latentes, pré-construídos, (re)clamando apenas que o intérprete-hermeneuta lhes dê vida, e sim, *como textos que permanentemente (re)clamam sentidos*”³²⁴. Desse modo, conclui o autor, “(...) é razoável afirmar que este processo em que se dá/produz o sentido deve ser assumido como inexorável”³²⁵.

Isso tudo, aliás, está em perfeita consonância com o entendimento por nós acolhido neste trabalho, de que a norma é significação produzida na mente do intérprete, distinguindo-se do texto, que é apenas a base empírica (suporte físico) da qual parte o intérprete para produção da norma.

³²² Exemplificativamente, podemos citar os seguintes nomes: Paulo de Barros Carvalho, Eros Grau, Lenio Luiz Streck e Raimundo Bezerra Falcão.

³²³ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 241. (os grifos são do autor)

³²⁴ *Ibidem*, p. 242-243. (Os grifos são do autor.)

³²⁵ *Ibidem*, p. 243.

6.2 Técnicas de interpretação do direito

Conforme destacamos no item anterior, não nos resignamos em conceber a Hermenêutica como mera teoria que apresenta técnicas³²⁶ para revelar o conteúdo de significação dos textos jurídicos, como se estes já portassem na sua completude aquele conteúdo, bastando ao intérprete revelá-lo (expor o sentido). Ao contrário, filiamo-nos à corrente doutrinária que entende que interpretar é produzir a norma jurídica (sentido), atividade que parte da análise do texto legal, mas que não se resume a ele, pois envolve também a crítica dos pré-juízos e pré-conceitos³²⁷ do intérprete (que compõem sua pré-compreensão), o contexto de aplicação e, em especial, o conteúdo principiológico da Constituição que, aliás, deve determinar a atividade interpretativa de produção de sentido como um todo.

Inclusive, são justamente estes três últimos fatores, aliados à ambigüidade e à vaguidade da linguagem³²⁸ dos textos legislativos, bem como à flexibilidade inerente aos princípios, que legitimam a afirmação de que o intérprete produz o conteúdo, sentido e alcance das normas jurídicas, e não meramente revela um sentido absoluto que já estaria contido no texto. Pelos mesmos motivos, parte da

³²⁶ Na esteira de Paulo de Barros Carvalho (**Interpretação e percurso gerador de sentido**), reconhecemos a inadequação da utilização do termo “métodos”, pois aquilo que a hermenêutica tradicional denomina de “métodos” não passam de meras “técnicas” para a interpretação.

³²⁷ Alertamos, desde já, que utilizamos a expressão “pré-juízo”, neste trabalho, para significar as opiniões prévias que possuímos a respeito da realidade (fatos/objetos), ou seja, opiniões que antecedem uma análise crítica (nos campos da sintática, semântica e pragmática) da realidade vivenciada, podendo esses juízos prévios ser negativos (que para nós significa serem contrários aos valores constitucionais) ou positivos (coerentes com os valores constitucionais). Aproxima-se, assim, de uma das acepções oferecidas pelo **Dicionário Houaiss da língua portuguesa** para “prejuízo”: “3. opinião ou juízo apressado, não refletido, sem levar em conta argumentos contrários; preconceito” (p. 2.286). Aliás, um dos significados oferecidos pelo *Dicionário Houaiss* para “preconceito” aproxima-se ainda mais do que entendemos por pré-juízo no presente trabalho: “preconceito: (...) 1. qualquer opinião ou sentimento, quer favorável quer desfavorável, concebido sem exame crítico” (p. 2.282). Já a expressão “pré-conceito” é por nós utilizada para significar os conceitos [“em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis” (**Dicionário de filosofia Nicolas Abbagnano**, p. 164)] e as noções [“qualquer ato de operação cognitiva” (**Dicionário de filosofia Nicolas Abbagnano**, p. 713)] prévios que possuímos a respeito da realidade (fatos/objetos), ou seja, que antecedem uma análise crítica (nos campos da sintática, semântica e pragmática) da realidade vivenciada, podendo esses conceitos e noções prévios ser negativos (que para nós significa serem contrários aos valores constitucionais) ou positivos (coerentes com os valores constitucionais). Vale destacar, no entanto, que se tratam de expressões que encontram no uso lingüístico ordinário os mais diversos significados. Daí porque optamos por apresentar o sentido em que estaremos utilizando-as neste trabalho.

³²⁸ Nesse sentido é a doutrina de Alf Ross que bem destaca que a maior parte das palavras são ambíguas, e que todas as palavras são vagos, ou seja, que seu campo de referência é indefinido, pois consiste em um núcleo ou zona central e um nebuloso círculo exterior de incerteza” (**Direito e justiça**, p. 164).

doutrina reconhece que a partir de um único texto podemos chegar a diferentes normas jurídicas³²⁹. Deveras, são os pré-juízos (e pré-conceitos) e o contexto de aplicação, conjuntamente com os princípios e a reconhecida ambigüidade e vaguidade da linguagem dos textos legislativos, que fazem com que da atividade interpretativa de determinados textos possam surgir diferentes normas jurídicas³³⁰.

E esse reconhecimento é de extrema importância para que possamos nos livrar das amarras do paradigma da consciência e da idéia de que o texto possui um único sentido, “objetivo e absoluto” atingível por meio da utilização de técnicas hermenêuticas. Isso porque, ao reconhecermos que de um único texto podemos produzir diferentes sentidos, estaremos legitimados a, na atividade interpretativa, passar a analisar criticamente, a partir dos princípios constitucionais, os textos que enunciam regras para, assim, produzir um sentido que, com base no conteúdo principiológico da Constituição, viabilize a solução mais adequada para o caso em termos de justiça constitucional³³¹.

Do contrário, continuaremos sujeitos a interpretações que, escudadas em suposta cientificidade obtida pela utilização de técnicas hermenêuticas³³², encobrem

³²⁹ Sobre o tema, ressalta Paulo de Barros Carvalho: “A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador. Ao enunciar os juízos, expedindo as respectivas proposições, ficarão registradas as discrepâncias de entendimento dos sujeitos, a propósito dos termos utilizados.” (**Curso de direito tributário**, p. 8)

³³⁰ Ovídio Baptista da Silva, após destacar que a ambigüidade e a vagueza da linguagem possibilitam a construção de diferentes sentidos a partir de um único texto jurídico, também ressalta a influência do contexto nessa construção de diferentes sentidos: “As proposições mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter ‘significados’ diversos e antagônicos.” (**Verdade e significado**, p. 269) (os grifos são do autor). E, mais adiante, completa: “O sentido não está, univocamente, no texto. O sentido será dado, necessariamente, pelo intérprete. Não há um sentido *a priori*, independentemente do respectivo contexto em que ele está inserido.” (*Ibidem*, p. 270-271). Aliás, foi justamente pela influência do contexto de uso das palavras na construção de seus respectivos significados que Wittgenstein, na obra *Investigações Filosóficas* – que representa a segunda fase deste autor, na qual passou a tratar também da dimensão e pragmática da linguagem – veio a enfatizar que “(...) cómo ‘interpreta’ él la definición se muestra en el uso que hace de la palabra explicada”, e, mais adiante, complementa: “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje. (...) el significado es el *uso* que hacemos de la palabra (...).” (**Investigaciones filosóficas**, p. 47, 61 e 139)

³³¹ Conforme temos sustentado, em termos deontológicos e nos limites de um Estado Democrático de Direito, “justiça” é a justiça constitucional, ou seja, aquela representada pelos princípios constitucionais.

³³² A respeito dessa aparência de cientificidade/neutralidade na ação do intérprete que se utiliza dos métodos da hermenêutica tradicional, e seus efeitos negativos, assim se manifesta Nilo Bairros de Brum: “Apresentados como caminhos neutros que levam à verdade, nada mais são os métodos e teorias de interpretação jurídica que sendas que apontam aos valores. Constituem procedimentos partilhados por um setor social especializado na resolução de problemas concretos, mas implicam,

subjetivações inconfessas e, portanto, o arbítrio. Deveras, ao poder justificar o sentido do texto a partir da simples afirmação de que ele foi obtido a partir de um “método” científico, o intérprete consegue legitimamente³³³ escolher o sentido que melhor lhe convém, mesmo que contrário ao texto constitucional. Basta, para tanto, escolher a técnica que lhe possibilita chegar àquele sentido, mesmo porque não existe qualquer regra jurídica que indique uma hierarquia entre as técnicas hermenêuticas.

Dai o porquê de parte da doutrina (que tem servido de base para a elaboração do presente trabalho) apresentar forte crítica à utilização das técnicas hermenêuticas como condição suficiente para a interpretação. Nesse sentido, Eros Roberto Grau é enfático:

A existência de diversos cânones de interpretação, agravada pela inexistência de regras que ordenem, hierarquicamente, o seu uso (ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*, Frankfurt: Suhrkamp, 1983, p. 25 e 237), importa que esse uso, em verdade, resulte arbitrário. Esses cânones funcionam como justificativas a legitimar resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar, cujo alcance, porém, não é determinado mediante o seu uso. Funcionam como reserva de recursos de argumentação em poder dos intérpretes – e, ademais, estão sujeitos, também, à interpretação (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale - I – Il sistema delle fonti del diritto*, Torino: UTET, reimpressão, 1990, p. 71). Como nada fazem senão prescrever um determinado procedimento de interpretação, eles não vinculam o intérprete (HASSEMER, Winfried. *Hermenéutica y derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suarez - 25, Universidade de Granada, 1985, 74). (...)

Em suma, a insubsistência dos métodos de interpretação decorre da inexistência de uma meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles³³⁴.

Lenio Streck, por sua vez, valendo-se da doutrina de Luis Alberto Warat, destaca o nefasto serviço a que se tem prestado a utilização das técnicas hermenêuticas como para encobrimento de compromissos ideológicos:

também, a tomada de posições políticas, a ação e reação frente ao poder constituído.” **(Requisitos retóricos da sentença penal, p. 39-40)**

³³³ Tratando da legitimação obtida pela utilização dos métodos hermenêuticos, assim se manifestou Winfried Hassemer: “El intento emprendido en ocasiones de relacionar las reglas de interpretación de forma razonable, de establecer un orden hierárquico entre ellas, no es convincente a nivel teórico y no tiene ninguna trascendencia práctica. Por consiguiente, las reglas de interpretación no son determinantes con respecto al resultado. Son ofertas para legitimar resultados (y conseguidos por otros medios).” (*Hermenéutica y derecho*, p. 74)

³³⁴ **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 104-105.

Warat (WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 88 e seg.) faz uma contundente crítica ao tratamento doutrinário emprestado aos métodos interpretativos, *que sempre ocultou seu compromisso com as soluções reclamadas pela prática judicial*. Sempre ocultou seu funcionamento retórico em face das normas gerais, os fatos e as decisões, jamais os apresentou como um repertório de argumentos que condiciona as diversas atividades comprometidas com o ato de sentenciar. Por isso, continua, os métodos de interpretação podem ser considerados o *álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito*. Assim, sob a aparência de uma reflexão científica, criam-se fórmulas interpretativas que permitem:

- a) veicular uma representação imaginária sobre o papel do Direito na sociedade;
- b) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante;
- c) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico;
- d) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas³³⁵.

Por tais motivos é que defendemos a insuficiência da utilização das técnicas propostas pela Hermenêutica tradicional como único norte para a atividade interpretativa. Aliás, tendo em vista o desserviço a que serve em muitos casos, inclusive repudiamos seu uso isolado. E referida defesa, acrescida do reconhecimento da importância dos avanços trazidos pela hermenêutica filosófica, conforme temos sustentado, é que compõem a base do nosso trabalho, que tem como escopo apresentar a atual importância dos princípios no labor produtivo da norma jurídica tributária, e como se dá essa atividade de produção de sentido.

Sendo assim, e tendo em vista que a literatura jurídica a respeito do tema das técnicas da Hermenêutica tradicional é farta, não iremos discorrer sobre cada uma delas³³⁶, sendo suficiente a indicação da consagrada obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, de Carlos Maximiliano, bem como o *Compêndio de introdução à*

³³⁵ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 109. (Os grifos são do autor.)

³³⁶ Vale aqui, no entanto, apresentar o seguinte comentário crítico de Luis Alberto Warat, lançado contra referidos métodos, devido à conexão que possuem com as ideologias das escolas que lhes deram origem: “Los métodos interpretativos aparecen definidos por el saber acumulado (el sentido común teórico de los juristas) como técnicas rigurosas, que permiten alcanzar el conocimiento científico del derecho positivo. En realidad, es notoria su conexión con la ideología de las distintas escuelas que conforman el pensamiento jurídico. Así, el método exegético, el método de la escuela histórica, el método dogmático, el método comparativo de Ihering de la segunda fase, el método de la escuela científica francesa, el método del positivismo sociológico y de la escuela del derecho libre, el teleológico vinculado a la jurisprudencia de intereses, el método egológico y el tópico-retórico, todos ellos se relacionan con las escuelas correspondientes, de las cuales, en algunos casos, importaron el propio título.” (**Interpretación de la ley:** poder de las significaciones y significaciones del poder, p. 395)

ciência do Direito, de Maria Helena Diniz, que elucidam de forma irretocável cada uma das referidas técnicas apresentadas pela Hermenêutica tradicional³³⁷.

6.3 Vontade do legislador *versus* vontade da lei

Temos construído nosso estudo sobre o tema da interpretação jurídica sem nos atermos à discussão quanto à dicotomia: *voluntas legis versus voluntas legislatoris*³³⁸. Deveras, temos propositadamente nos afastado dessa discussão, pois, saindo das amarras da Hermenêutica tradicional para imergir também na hermenêutica filosófica, não entendemos que exista uma “vontade do legislador” ou uma “vontade da lei” (*sic*) a ser revelada pelo intérprete, mas sim um sentido a ser por ele produzido.

De fato, se há um sentido a ser produzido pelo intérprete, efetivamente não podemos falar em revelação da vontade do legislador ou da lei. Primeiro, porque o intérprete, ao produzir a norma a partir do texto legislado, não se limita a procurar a

³³⁷ Maria Helena Diniz, apesar de expor as técnicas de interpretação defendidas pela Hermenêutica tradicional e defender que elas servem para orientar a tarefa do intérprete na aplicação do direito, não se resume ao estudo delas, adentrando também na análise semiótica para tratar do tema, enfatizando o labor construtivo do intérprete. Referido entendimento de Maria Helena Diniz apresenta-se de forma expressa nos seguintes trechos de duas de suas obras: “Como o direito pressupõe uma formulação lingüística, porque a alteridade é uma de suas características necessárias, e como a comunicação é primordial para a convivência social, bastante útil é o recurso à semiologia.” (**Norma constitucional e seus efeitos**, p. 19). “Resta-nos, por derradeiro, concluir que a função jurisdicional, quer seja ela de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente, criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada, por estar sofrendo sempre injunções de modificações sociais e valorativas, estando, portanto, sempre se perfazendo.” (**As lacunas no direito**, p. 295)

³³⁸ A respeito dessa dicotomia, são esclarecedoras as palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “A doutrina subjetivista [vontade do legislador] insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor da norma lhe é fundamental) é basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto interpretação *ex tunc* (*desde então*, isto é, desde o aparecimento da norma pela posituação da vontade legislativa). Já para a doutrina objetivista [vontade da lei], a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário *social*), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha requerido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (*desde agora*, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (método sociológico)” (**Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 268) (os grifos são do autor).

vontade do legislador ou da lei para revelá-las, mesmo porque, nestes casos, nada estaria a produzir, mas tão-somente a revelar/explicar.

Ademais, não podemos falar em vontade do legislador, pois esta sequer pode ser apreendida em muitos casos, em especial naqueles em que não temos como acessar os procedimentos de enunciação³³⁹ do texto legislado. Da mesma forma, o contexto em que foi editada pode não ser o mesmo: leis editadas preteritamente a uma revolução que dá origem a uma nova Constituição, por exemplo, não mais devem ser interpretadas a partir dos motivos – já ultrapassados – que lhe deram vida. Deveras, após a edição da lei, esta deixa de possuir um vínculo direto com o ente que a produziu, passando a ter vida de certa forma autônoma, capaz de garantir a atualização do direito frente ao dinamismo social, e isso tendo em vista principalmente a influência que o contexto de aplicação exerce (ou deveria exercer) na atividade de produção de sentido do texto. Além do mais, não podemos ignorar a impossibilidade de obtenção da neutralidade do intérprete, devendo sempre ser considerada a influência de seus pré-juízos (e pré-conceitos), conforme bem demonstra a hermenêutica filosófica.

Por outro lado, não podemos falar em vontade objetiva da lei (mesmo porque a própria expressão “vontade da lei” já é completamente *sem sentido*, pois como poderia um texto ter uma vontade?), tendo em vista que a linguagem dos textos jurídicos, não raro, é eivada de ambigüidade e, em regra, é vaga, de modo que se apresenta equivocado sustentar a existência de um sentido único/absoluto (o “verdadeiro” sentido da lei). Ademais, da mesma forma como já argumentado para demonstrar a insuficiência da busca da vontade do legislador, verificamos que também a revelação da vontade objetiva da lei apresenta-se inadequada quando passamos a reconhecer a influência dos pré-juízos e pré-conceitos (que compõem a pré-compreensão, a qual, por sua vez, é formada historicamente pela tradição³⁴⁰) e do contexto na atividade interpretativa, bem como a importante função desempenhada pelos princípios no labor interpretativo dentro do sistema jurídico inaugurado pelo Estado Democrático de Direito.

³³⁹ Dados acerca do processo legislativo que apresentem os motivos da edição da lei a ser interpretada.

³⁴⁰ A respeito, ver, *infra*, item 6.6.

Verificamos, com isso, a insuficiência dessas duas correntes (subjetivista: *voluntas legislatoris*; e objetivista: *voluntas legis*)³⁴¹, motivo pelo qual buscamos na hermenêutica filosófica as ferramentas para, num movimento dialético de negação (das suas vicissitudes) e absorção (do que elas possuem de positivo), ultrapassá-las, superando essa dicotomia.

6.4 Crítica à interpretação (literal) enunciada pelo artigo 111 do Código Tributário Nacional

Especificamente com relação à forma de interpretação dos enunciados prescritivos de direito tributário exigida pelo artigo 111 do Código tributário Nacional (CTN), cabe, aqui, uma forte crítica, na esteira da doutrina balizada sobre o tema³⁴².

Isso porque o enunciado do artigo 111 do CTN prescreve que deve ser interpretada literalmente a legislação tributária que disponha sobre: “I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias.”

Ora, conforme temos verificado, as técnicas interpretativas propostas pela Hermenêutica tradicional são insuficientes (para não dizer inadequadas) para, isoladamente, guiarem a atividade do intérprete de produção de sentido, quanto mais se reduzida à técnica literal. Nesse sentido, temos alertado que não podemos ignorar a influência dos princípios jurídicos (com sua alta flexibilidade); dos pré-juízos (e pré-conceitos) do intérprete; e do contexto vivenciado no momento da atividade interpretativa, tudo para que o aplicador, durante a atividade intelectual de produção de sentido por meio da interpretação, possa atingir um sentido atual (mas que não seja arbitrário, ou seja, que guarde correspondência, com o texto interpretado) e que atenda aos anseios de justiça social representados juridicamente pelos princípios constitucionais.

Deveras, com o dinamismo social hoje vivenciado, impor ao intérprete as amarras da interpretação literal é engessar, em última análise, o próprio direito,

³⁴¹ Conforme destaca criticamente Alf Ross, a diferença entre uma interpretação subjetivista e uma objetivista, ao final e ao cabo, não é mais do que a concessão de uma maior relevância às circunstâncias do contexto no qual o texto foi editado que àquelas do contexto no qual este é aplicado (**Direito e justiça**, p. 154 e ss.).

³⁴² A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 106-108; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**, p. 76; STECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 98-99.

impedindo sua atualização via atividade interpretativa que tome por base os princípios constitucionais.

Mesmo os argumentos de segurança jurídica, tão exaltados quando da discussão desse tema, não merecem acolhida na sua totalidade. É que podemos evitar que a atividade interpretativa redunde em arbitrariedade ao simplesmente condicionar seu exercício à observância dos princípios constitucionais. Isso porque, assim, ela deverá restringir-se aos valores maiores contidos na Constituição (na forma de princípios), não havendo a necessidade, portanto, de amarrá-la à técnica literal para que logremos alcançar a almejada segurança jurídica. Com isso, aliás, evita-se inclusive que os administrados e jurisdicionados tenham, em determinados casos, que sofrer imposições temerariamente indesejáveis decorrentes de interpretações literais que ignoram os valores maiores prestigiados pelo sistema jurídico na forma de princípios constitucionais, o que, ao invés de trazer a paz social, instiga a barbárie.

Ademais, prender a atividade interpretativa à literalidade dos textos também não tem a potência de trazer a reclamada segurança jurídica, pois os textos, no mais das vezes, são impregnados de linguagem ambígua e vaga, fato que coloca em xeque, por si só, aquela reclamada segurança calcada numa interpretação literal.

E essa crítica, conforme já adiantamos no começo deste item, vem sendo fervorosamente realizada pela doutrina que temos tomado como base para elaboração deste trabalho, ou seja, a doutrina que estuda o direito forte na semiótica (com ênfase ao plano sintático, semântico ou pragmático, conforme a situação) e que, portanto, não se compadece com meras atividades explicativas/reveladoras de sentido dos textos por parte do intérprete (como se isso fosse possível e suficiente), mas sim acreditam no seu labor produtivo de sentido.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao lançar comentário crítico à interpretação literal, enfatiza que “(...) uma interpretação literal, que se pretenda capaz de esgotar, eventualmente, o sentido do texto, é ilusória. (...) ao lado da interpretação vocabular (gramatical), o jurista se vê obrigado, para obter um sentido razoável, a valer-se de técnicas de objetivos mais amplos, que buscam, então, o sentido contextual da *norma*”³⁴³. E, complementa: “A interpretação gramatical é, pois,

³⁴³ **A ciência do Direito**, p. 76.

apenas o ponto de partida (...)”³⁴⁴. Já da Doutrina de Paulo de Barros Carvalho extraímos uma crítica ainda mais forte e conclusiva sobre o tema:

Prisioneiro do significado básico dos signos jurídicos, o intérprete da formulação literal dificilmente alcançará a plenitude do documento legislado, exatamente porque se vê tolhido de buscar a significação contextual e não há texto sem contexto.

O desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado de exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando argüir que, prevalecendo como método interpretativo do direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia jurídica, estariam credenciados a elaborar as substâncias das ordens legisladas, edificando as proporções do significado da lei. O reconhecimento de tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrados nas faculdades, a um esforço estéril, sem expressão e sentido prático de existência. Daí por que o texto escrito, na singela conjugação de seus símbolos, não pode ser mais do que a porta de entrada para o processo de apreensão da vontade da lei; jamais confundida com a intenção do legislador. O jurista, que nada mais é do que o lógico, o semântico e o pragmático da linguagem do direito, há de debruçar-se sobre os textos, quantas vezes obscuros, contraditórios, penetrados de erros e imperfeições terminológicas, para construir a essência dos institutos, surpreendendo, com nitidez, a função da regra, no implexo quadro normativo. E, à luz dos princípios capitais, que no campo tributário se situam no nível da Constituição, passa a receber a plenitude do comando expedido pelo legislador, livre de seus efeitos e apto para produzir as conseqüências que lhe são peculiares³⁴⁵.

6.5 Crítica aos demais critérios interpretativos prescritos pelo Código Tributário Nacional

Conforme temos verificado, a norma jurídica não se confunde com o texto de lei (tomado no plano da expressão), mas sim é o sentido produzido pelo intérprete a partir do texto. Daí porque temos sustentado a incongruência da distinção entre normas jurídicas explícitas e normas jurídicas implícitas, pois todas estão sempre na implicitude dos textos de direito positivo.

Diante disso, não podemos deixar de lançar um comentário crítico artigo 108 do Código Tributário Nacional (CTN)³⁴⁶, que traz o seguinte enunciado: “Na ausência

³⁴⁴ **A ciência do Direito**, p. 76.

³⁴⁵ **Curso de direito tributário**, p. 108.

³⁴⁶ Quanto ao artigo 107 do CTN, basta transcrever aqui as palavras de Ricardo Lobo Torres, que são definitivas, pois bem demonstram o desprezo que o referido dispositivo legal merece da comunidade jurídica: “A regra é vazia, pois nem o CTN esgota a disciplina da interpretação nem a atividade hermenêutica prescinde dos princípios gerais não escritos, nem a interpretação se desenvolve à margem do processo democrático (legislativo, administrativo e judicial). Se for interpretado no sentido de que tem papel propedêutico, tornando aplicáveis os dispositivos

de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia; II; os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade”. É que se trata de dispositivo legal que somente teria lugar dentro de um modelo puramente juspositivista, que se utilizava destas técnicas de fechamento operacional do sistema para atribuir-lhe uma suposta natureza de completude, privando as disposições expressas, por outro lado, de uma interpretação produtora de sentido e baseada nos princípios constitucionais.

Contemporaneamente, contudo, com a superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (no qual o juspositivismo, próprio de um Estado Liberal, encontra suas bases) pelo paradigma da filosofia da linguagem³⁴⁷ (no qual o modelo pós-positivista, próprio dos Estados Social e Democrático de Direito, ganha espaço), passando o direito a ser reconhecido como um sistema de linguagem – tese por nós defendida neste trabalho –, não podemos mais confundir texto com norma, sendo a construção de toda norma jurídica (a partir de dispositivo explícito ou implícito) decorrente de uma atividade interpretativa fundada nos princípios constitucionais³⁴⁸.

Ou seja, não podemos mais tratar o sistema jurídico e seus subsistemas, como é o subsistema de direito tributário, como tendo dispositivos expressos que não dependeriam de qualquer interpretação a partir dos princípios constitucionais para construção de seus respectivos sentidos, reservando somente para os casos de inexistência daqueles dispositivos expressos a realização de uma atividade interpretativa que tome por base os princípios gerais de direito tributário e de direito público. Limitação essa do artigo 108 do CTN, aliás, que vem agravada ainda pelo fato de dispor que a interpretação baseada nos princípios somente pode ocorrer após esgotada a tentativa de integração por meio do uso da analogia³⁴⁹.

seguintes, será redundante. Melhor teria sido que também não existisse o art. 107 do CTN.” (**Normas de interpretação e de integração do direito tributário**, p. 47-48).

³⁴⁷ Ver, *infra*, itens 6.6 e 6.7.

³⁴⁸ Daí porque Paulo de Barros Carvalho, com relação ao tema da interpretação no Código Tributário Nacional, tratar essa atividade integrativa (prevista pelo art. 108 do CTN) como sendo pertinente ao processo de interpretação e, mais que isso, que esse processo “(...) se apresenta *constitutivo* e não meramente *declaratório*” (**Curso de direito tributário**, p. 102-103), justamente porque produz a norma jurídica. A respeito, ver, *infra*, itens 6.6 e 8.

³⁴⁹ Ademais, com relação à ordem de utilização das técnicas integrativas fixada pelo artigo 108 do CTN, vale destacar a seguinte crítica lançada por Paulo de Barros Carvalho: “Na verdade, qualquer deles (o funcionário da Fazenda ou o órgão judicial) sentir-se-á embaraçado ao ter de

Efetivamente, não há mais como, na vigência da atual Constituição, concordar com tal limitação do processo interpretativo, pois este deve sempre ser realizado à luz dos princípios constitucionais³⁵⁰.

Nesse sentido, José Eduardo Soares de Melo, destacando a necessidade do processo interpretativo obedecer ao conjunto principiológico constitucional, ensina-nos: “Importante sempre considerar a *interpretação conforme à Constituição* pela especial circunstância de tratar-se do diploma normativo fundamental, estipulando um substancial rol de princípios norteadores da aplicação do ordenamento; consubstanciando infindáveis valores e conformando a pirâmide jurídica mediante a estruturação de normas”³⁵¹. E, mais adiante, complementa:

A interpretação também não pode estar adstrita apenas a certos diplomas jurídicos, devendo ser a mais abrangente possível, inclusive tomando como ponto de partida a Constituição Federal.

(...) Conclusivo o ensinamento de que “os órgãos judicantes fiscais, como qualquer hermeneuta no momento da interpretação, podem e têm o dever de examinar e estudar a lei e o regulamento em confronto com o texto constitucional, pois os princípios tributários constitucionais condicionam a interpretação da legislação da legislação ordinária, de tal forma que, muitas vezes, o sentido do texto legislativo ou regulamentar só é completo, só é possível, com a conjunção com o preceito constitucional” (Ruy Barbosa Nogueira, *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*, p. 37-38).

Neste particular, os tribunais administrativos julgadores devem nortear suas decisões pela trilha da independência, captando todo o ordenamento jurídico, com plena autonomia para julgar, partindo sempre dos princípios e diretrizes constitucionais, uma vez que a singela norma regulamentar deve decorrer da lei, que, por sua vez, retira seu fundamento de validade da Constituição. O julgamento decorre da interpretação das normas [textos], dentro de um contexto sistemático, não sendo admissível sustentar o apego às regras de hierarquia inferior (regulamentos, pareceres normativos, orientações internas).

Esta instigante questão foi apreciada pelo Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda Pública de São Paulo (TIT), que decidiu ser competente para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal em casos concretos (Acórdão SF 2.713/95, ementa publicada no Diário Oficial

empregar a analogia sem levar em consideração os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade. E, da mesma forma, ficarão perplexos ao lançar mão dos outros sem ligá-los aos demais itens. Tudo porque se esqueceu o legislador do Código que essa atividade é complexa, alimentando-se de todos os recursos disponíveis no sistema, que agem simultaneamente sobre o espírito do exegeta. (**Curso de direito tributário**, p. 103)

³⁵⁰ Eduardo García de Enterría, diante da nova fase que vivenciamos, em que as Constituições adquiriram força normativa superior, destaca que a interpretação dos textos infraconstitucionais deve sempre “(...) ‘acomodar’ su contenido a los principios y preceptos de la Constitución”. E, mais adiante, conclui: “Las normas constitucionales son, pues, ‘normas dominantes’ frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.” (**La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**, p. 21-22). É a força normativa da Constituição, com seu conjunto principiológico, determinando o sentido de toda e qualquer norma a ser construída pelo intérprete.

³⁵¹ **Curso de direito tributário**, p. 199.

do Estado de 25.7.95, p. 10; a Revista Dialética de Direito Tributário nº 2, pp. 108-138, contém a íntegra da decisão)³⁵².

Não é outra a doutrina de Paulo Ayres Barreto: “Em suma, ao tomarmos o sistema jurídico, consoante a hierarquia por ele imposta, temos, forçosamente, que partir dos enunciados prescritivos postos no plano constitucional para proceder a qualquer esforço exegético. Temos como cediço que a conformação de toda norma jurídica deve ser pautada pelas diretrizes constitucionais estabelecidas em nosso ordenamento jurídico”³⁵³. Em outra obra (agora conjuntamente com Aires Fernandino Barreto), destacando que todo texto tem seu contexto e que a interpretação sistemática a partir dos princípios constitucionais é imperante³⁵⁴, enfatiza:

As palavras têm um significado básico e um contextual. A hermenêutica jurídica busca o significado contextual dos termos empregados pelo legislador. Isto só se obtém entendendo-se o contexto, sua direção, seu sentido, suas finalidades e condições. (...)

O postulado da harmonia do sistema jurídico implica que as normas não se amontoam, formando um todo caótico, mas, pelo contrário, organizam-se harmonicamente, formando um sistema coerente e coordenado, segundo um critério normativo próprio, em função de valores (traduzidos em princípios) que permitem ao intérprete perceber a harmonia e desvendar a hierarquia que o preside³⁵⁵.

Paulo de Barros Carvalho, por sua vez, com relação aos princípios constitucionais tributários e sua influência na atividade interpretativa, sustenta enfaticamente que “tais diretrizes iluminam a aplicação das normas tributárias, de sorte que hão de estar sempre presentes no trabalho hermenêutico”³⁵⁶.

³⁵² *Ibidem*, p. 204-205.

³⁵³ **Princípio republicano e motivação dos atos administrativos em matéria tributária**, p. 110.

³⁵⁴ A respeito da interpretação sistemática e da prevalência dos princípios constitucionais na atividade de construção da norma, destaca Juarez Freitas que a interpretação sistemática “(...) deve fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, situando-se, ao mesmo tempo, na base e no ápice do sistema, isto é, fundamento e cúpula do mesmo.” (**A interpretação sistemática do direito**, p. 222). E, mais adiante, na mesma obra, conclui: “interpretar uma regra é aplicar o sistema inteiro de princípios, e qualquer exegese comete direta ou indiretamente aplicação da totalidade do Direito (ascendente e descendentemente considerado). (...) devem as normas estritas ou regras ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem justamente para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los, nem deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Tais regras, por isso, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das normas estritas [regras, para o autor] implica, em todos os casos, uma *simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento*.” (*ibidem*, p. 287 e 292).

³⁵⁵ **Imunidades tributárias**: limitações constitucionais ao poder de tributar, p. 32.

³⁵⁶ **Curso de direito tributário**, p. 104. A respeito da influência exercida pelos princípios na construção das normas jurídicas, determinando inclusive o sentido das regras constitucionais, ver, *infra*, item 4.6, e, *supra*, itens 7 e 8.

Mas dando continuidade à nossa análise crítica do artigo 108 do CTN, podemos ainda apontar outras incongruências. Nesse sentido, com Ricardo Lobo Torres, não podemos deixar de questionar o fato de o legislador ter utilizado a expressão “ausência de disposição expressa” para identificar os casos em que haveria a necessidade de integração por meio dos critérios fixados nos incisos do citado artigo 108, pois “(...) nem toda ausência de disposição expressa justifica a aplicação dos métodos de integração. A lacuna apenas se caracteriza quando há uma *incompletude insatisfatória* do direito. Necessário que, sobre existir um vazio na regulamentação jurídica, careça ele de preenchimento para tornar satisfatória a ordem jurídica como um todo, em seu programa e em seus valores”³⁵⁷. Por outro lado, conforme destaca José Eduardo Soares de Melo, também se apresenta “(...) censurável a expressão ‘autoridade competente para aplicar a legislação tributária’, que concerniria exclusivamente a uma única categoria de destinatários da norma tributária (...)”, sendo que (complementa o autor), “além dos órgãos estatais, as associações, os indivíduos, e os grupos estão autorizados a participar do processo hermenêutico, pois há necessidade de se alcançar um resultado comum na interpretação”³⁵⁸.

Com relação ao § 1º do artigo 108, por sua vez, tendo em vista que seu enunciado tão-somente prescreve que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”, temos que se trata de dispositivo legal completamente desnecessário, pois os princípios constitucionais da estrita legalidade e da tipicidade tributária a isso já impedem. Da mesma forma, se a equidade, segundo prescreve o *caput* do artigo 108, somente pode ser utilizada na “ausência de lei”; e se o tributo, por outro lado, somente pode ser cobrado quando “há lei” impondo a exação, verificamos claramente que referido parágrafo, ao limitar-se a dispor que “o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”, também não possui nenhuma razão de ser. Deveras, se há cobrança de tributo é porque há lei impondo referida cobrança. E, havendo lei, não há lugar para a utilização da equidade, o que torna desnecessário, portanto, o dispositivo (ora analisado) que prescreve essa limitação de uso da equidade.

³⁵⁷ **Normas de interpretação e de integração do direito tributário**, p. 94.

³⁵⁸ **Curso de direito tributário**, p. 203.

Por fim, ainda com relação ao artigo 108 do CTN, poderíamos tratar separadamente do conteúdo de cada uma das técnicas de integração constantes dos seus quatro incisos. Contudo, tanto quanto fizemos quando tratamos das técnicas gerais de interpretação da hermenêutica tradicional (por entendermos serem insuficientes e inadequadas para o processo de produção da norma jurídica tendo em vista as premissas que adotamos, em especial o fato de filiarmos-nos à hermenêutica filosófica), não estaremos apresentando de forma pormenorizada o conteúdo de cada uma delas, mesmo porque a doutrina brasileira é exaustiva com relação ao tema, bastando aqui a remissão à obra *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, de Ricardo Lobo Torres, que bem o expõe.

Com relação aos artigos 109 e 110 do CTN, vale antes relembrar que temos tratado o direito como compondo uma camada de linguagem autônoma que lhe garante uma realidade própria (formadora do sistema jurídico), adentrando essa realidade/sistema somente os fatos sociais, econômicos religiosos etc. que forem vertidos em linguagem competente do direito, ou seja, em linguagem jurídica. Essa lembrança faz-se importante para demonstrar, em conformidade com a doutrina de José Eduardo Soares de Melo, que “é incorreto pensar que, como o Direito Tributário tem por finalidade precípua a arrecadação de dinheiro dos particulares, importaria exclusivamente o conteúdo econômico da norma, o que poderia decorrer da análise dos artigos 109 e 110 do CTN (...)”³⁵⁹, dispositivos estes que, supostamente, estariam a impor uma interpretação de natureza econômica no campo do direito tributário. Deveras, conforme ensinamentos do citado professor, “(...) o debate doutrinário acerca dos fundamentos de ‘interpretação econômica’ decorre do desvirtuamento dos princípios e institutos de Direito Privado, num contexto de abuso de formas jurídicas, com o escopo de evitar, diminuir ou suprimir o débito tributário, mediante a utilização de figuras artificiosas, como a simulação (...)”³⁶⁰. E complementa:

Procedendo à análise das manifestações doutrinárias e dos princípios e normas que regem a laboração interpretativa, formo a convicção de que o denominado abuso de formas não obriga, necessariamente, a interpretação econômica. Compreender o fenômeno jurídico, extrair o verdadeiro sentido do preceito legal, não pode significar tarefa adstrita a elementos econômicos divorciados dos quadrantes do Direito, cumprindo ao hermeneuta decompor

³⁵⁹ **Curso de direito tributário**, p. 210.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 211.

a correta e adequada moldura jurídica, de conformidade com os institutos do Direito, e, daí, então, projetar (incidir) os efeitos tributários³⁶¹.

Ademais, tendo em vista que o artigo 110 do CTN está somente a dizer o que a Constituição Federal e a estrutura hierarquizada e unitária do nosso sistema jurídico já dizem, ou seja, que é obrigatória a estrita observância, pelas normas de escalão inferior, às normas hierarquicamente superiores quanto à definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas que estipulam, verificamos com transparência também a desnecessidade desse dispositivo do CTN. A respeito, destaca Paulo de Barros Carvalho: “O imperativo não vem, diretamente, do preceito exarado no artigo 110. É uma imposição lógica da hierarquia de nosso sistema jurídico”³⁶². E conclui:

O empenho do constituinte cairia em solo estéril se a lei infraconstitucional pudesse ampliar, modificar ou restringir os conceitos utilizados naquele diplomas para desenhar as faixas de competências oferecidas às pessoas política. A rígida discriminação de campos materiais para o exercício da atividade legislativa dos entes tributantes, tendo estrutura constitucional, por si só já determina essa inalterabilidade³⁶³.

Por fim, cumpre-nos analisar o artigo 112 do CTN³⁶⁴, que dá origem à denominada “interpretação benigna”. E ao centrarmos nossas atenções no referido texto de direito positivo, percebemos que se trata de mais um dispositivo legal que em nada contribui para a disciplina da temática da interpretação. Isso porque os princípios constitucionais da estrita legalidade e da tipicidade tributária já cumprem a função a que se propôs o citado artigo 112 do CTN, impondo uma tipificação rigorosa e o perfeito “quadramento do fato à norma”³⁶⁵ como condição para a definição de infrações e para a cominação de penalidades, de modo que, nos casos de dúvida, a medida desfavorável ao contribuinte não deve ser imposta. Nesse sentido é a doutrina de José Eduardo Soares de Melo a respeito do tema: “É estranha a diretriz apontada, uma vez que, imperando o princípio da legalidade em matéria tributária e a tipicidade (total e plena subsunção dos fatos à norma), não se

³⁶¹ *Ibidem*, p. 212.

³⁶² **Curso de direito tributário**, p. 106.

³⁶³ *Idem*.

³⁶⁴ Lembramos que o artigo 111 do CTN já foi devidamente examinado no item anterior deste trabalho.

³⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 109.

compreende a aplicação de penalidades aos contribuintes quando não há certeza e segurança da prática do ilícito tributário³⁶⁶.

6.6 A hermenêutica filosófica

Muito temos falado a respeito da hermenêutica filosófica, destacando, em especial, seu papel no rompimento com a hermenêutica tradicional (hermenêutica como método) e com a dicotomia *voluntas legis versus voluntas legislatoris* desta decorrente, e, assim, da sua importância para a hermenêutica jurídica³⁶⁷.

Sua origem remonta à escola alemã com Heidegger e, depois, com Gadamer, tendo, em especial este filósofo, apresentado uma nova roupagem à hermenêutica, passando a concebê-la não mais como *teoria destinada ao estudo dos métodos que viabilizam a revelação do sentido das coisas*, mas sim como *filosofia em que a interpretação é estudada como atividade produtora de sentido*.

Vale destacar, no entanto, que essa mudança somente foi possível devido à quebra de paradigma proporcionada pelo surgimento da filosofia da linguagem, que superou o paradigma epistemológico da filosofia da consciência³⁶⁸, já esgotado e

³⁶⁶ **Curso de direito tributário**, p. 209.

³⁶⁷ A respeito, destaca Lenio Streck que “os contributos da hermenêutica filosófica para o direito traduzem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão (...). A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo dessa estrutura a situação hermenêutica (ver Heidegger, *Ser e Tempo*). Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a idéia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem (ver Gadamer, *Verdad y Método, I e II*)”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 181-182) (os grifos são do autor). Nesse sentido, extraímos da obra de Gadamer que: “A linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo* (...). Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**, p. 571. Os grifos são do autor)

³⁶⁸ Esta corrente filosófica (filosofia da consciência), que tem na linguagem um mero instrumento para obtenção do conhecimento, sustenta uma separação total entre sujeito e objeto para que se viabilize o conhecimento científico (a respeito, ver, *supra*, ponto 1.1). Nesse sentido, Lenio Streck destaca que no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, calcado na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamento são retificadas e funcionalizadas, o sujeito é colocado numa posição de neutralidade frente ao objeto para, de modo objetivo, revelar seu sentido, que é sempre único e absoluto. Assim, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem é o do sujeito isolado (ou da consciência do indivíduo), que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos, característica principal e ponto de referência da filosofia

incapaz de apresentar soluções satisfatórias aos problemas então vivenciados. Deveras, conforme destaca Habermas,

no decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a reificação e a funcionalização de formas de vida e de relacionamento, bem como contra a auto-compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes movimentos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. *A mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem situa-se precisamente neste contexto*³⁶⁹.

É que, com a filosofia da linguagem e, mais especificamente, com o “giro lingüístico”, a linguagem deixa de ser mero instrumento (meio de aproximação entre o sujeito e o objeto), para ser a fonte criadora não só do objeto, como também do sujeito³⁷⁰. A realidade, em última instância, passa então a ser criada pela linguagem. Deixa de ter existência autônoma para depender da linguagem. Supera-se, com isso, o entendimento de que a linguagem é mero instrumento, pois passa a ser ela própria a base de construção da realidade, a ponto de se firmar a noção de que a linguagem conhecida por cada sujeito delimita o seu mundo, sua realidade³⁷¹.

Daí o porquê de Heidegger e Gadamer, pensadores que aparecem como representantes da hermenêutica filosófica, sustentarem, respectivamente, que “a

da consciência. (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 60)

³⁶⁹ **Pensamento pós-metafísico**, p. 43 (os grifos são do autor).

³⁷⁰ Conforme ressalta Lenio Streck, a filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling, Hegel e Husserl, para citar os principais) é rompida pela viragem lingüística, mormente por Wittgenstein, e pela ontologia heideggeriana. De fato, com o giro lingüístico fica excluída a evidência primeira, seja racional (como em Descartes), ou empírica (como em Locke) e igualmente qualquer pretensa direta e *privilegiada representação intencional-objetiva pré-lingüística* (como na fenomenologia de Husserl), *passando o homem a orientar-se no mundo e nele agir mediante e pela linguagem*. (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 60-61). Castanheira Neves, nesse sentido, destaca que “a cultural viragem para a linguagem traduz-se (...) na radical perspectivação lingüística de todos os fenômenos e problemas culturais, e em todos os seus níveis (filosófico, epistemológico e metodológico), em termos de se afirmar que esses problemas são fundamentalmente problemas de linguagem, e como tais não só exigem uma específica análise lingüística como por essa análise se resolveriam ou mesmo a ela se reduziriam. E o que importa sublinhar é que esta perspectiva, pela larga repercussão, se não já predominância intencional, que actualmente se haverá de reconhecer-lhe, tende a ser o marco cultural da nossa época. Neste sentido nos diz H. Seiffert (*Introducción a la teoría de la ciencia*. Trad. esp. de Raul Gabas, p. 32) que ‘certamente não exageramos se designarmos a época da *linguagem* como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até à análise da linguagem)’”. (**O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, v. I, p. 117)

³⁷¹ A respeito, ver, *supra*, ponto 1.1.

linguagem é a casa do ser”³⁷² e que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”³⁷³.

A partir da citada tese heideggeriana, aliás, é que Manfredo Oliveira Araújo vem então a sustentar que, “se a linguagem é a casa do ser, então ela é a nossa morada, porque somos ser-no-mundo; nossa compreensão do mundo é, sempre, lingüisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós”³⁷⁴. E sobre o mesmo tema, Lenio Streck, comentando trechos de algumas obras de Heidegger, apresenta valorosas conclusões a respeito de como referido filósofo concebe a linguagem:

A linguagem, então, é totalidade; é a abertura para o mundo; é, enfim, *condição* de *possibilidade*. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta palavra. A palavra, diz Heidegger, *nomeia* o âmbito aberto onde habita o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se demora-se e conserva-se em sua proximidade; *a moradia do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua essência* (Cf. Heidegger, *Carta sobre o humanismo*, Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 85). *Somente quando se encontra a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa* (Cf. Heidegger, *Unterwegs zur sprache*, 6ª ed., Pfullingen: Günther Neske, 1986, p. 164 e segs.). Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. *Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas* (Cf. Heidegger, *Prolegomena zur geschichte des zeitbegriffs*, *Leciones de Marburgo del semestre de verano de 1920*, Gesamtausgabe vol 20, Frankfurt, 1988, p. 75)³⁷⁵.

E Gadamer, recepcionando esse modo heideggeriano de compreender o mundo, vem então a afirmar que o “(...) estar-aí do mundo é constituído pela linguagem”³⁷⁶. Ou seja, que o mundo, tal qual pode ser por nós compreendido, é constituído lingüisticamente, sendo essa, aliás, a base de sustentação da sua

³⁷² **Carta sobre o humanismo**, p. 33 e ss.

³⁷³ **Verdade e método I**, p. 612.

³⁷⁴ **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**, p. 216.

³⁷⁵ **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 200-201. (os grifos são do autor).

³⁷⁶ **Verdade e método I**, p. 571. (os grifos são do autor).

célebre frase: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”³⁷⁷. Isso se explica, também, por meio da noção de “real” em Lacan, real este que, por não ser constituído pela linguagem, não compõe a nossa realidade (não existe, a não ser fora ou separado da nossa realidade). Nesse sentido, aliás, é que Lacan vem a afirmar que “nunca se sabe o que pode acontecer com uma realidade até o momento em que se a reduz definitivamente em linguagem”³⁷⁸, linguagem esta que, assim, constitui aquela realidade. Portanto, realidade é aquilo que a linguagem diz que ela é. Conforme destaca Lenio Streck, “se não consigo dizer algo sobre algo, este não-dito é real (Lacan), pois é o que sobra”. E complementa, enfatizando que “(...) aquele real, que estava fora do meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser realidade”³⁷⁹. Ou seja, uma vez sobrevivendo linguagem para que possamos falar sobre o real, ele passa a ser realidade (a existir)³⁸⁰. A linguagem,

³⁷⁷ Em função disso, com Lenio Streck, “(...) é possível dizer que Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*, onde o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença. *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age*. Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*. Daí que a apropriação dessa totalidade (lingüística, é dizer, a lingüisticidade – Sprachlichkeit – do ser) é possível, então, pela interpretação. Nisso reside a própria pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer.” E, mais adiante, Streck retoma o tema da linguagem em Gadamer, enfatizando que: “(...) em face da frase-chave ‘*ser que pode ser compreendido é linguagem*’, (...) é possível dizer que aquele que não tem linguagem ou as condições de fazer a nomeação de algo (*etwas*) não tem acesso a esse algo, porque não há a necessária (e condição de possibilidade para a) compreensão. Assim, passa não ter sentido perguntar sobre a efetiva existência do ser; somente tem sentido perguntar acerca do ser enquanto compreendido/sentido/interpretado. *Sem a compreensão do ser, este ser não é, embora não se possa dizer nada sobre o ser que não é*, eis que não é possível falar sobre algo que não se consegue simbolizar pela linguagem. (...) Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. (...) Gadamer, assim, eleva a linguagem ao mais alto patamar, *em uma ontologia hermenêutica, entendendo, a partir disso, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico*. O existir já é um ato de compreender e um interpretar.” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 206-208) (os grifos são do autor).

³⁷⁸ **O seminário - Livro 2**, p. 118.

³⁷⁹ **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 207-208.

³⁸⁰ Na obra *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*, Bruce Fink demonstra o quanto se aproximam as teses de Heidegger, Gadamer e Lacan com relação a esse tema: “Ao neutralizar o real, o simbólico cria a ‘realidade’, a realidade entendida como aquilo que é nomeado pela linguagem e pode, portanto, ser pensado e falado. A ‘construção social da realidade’ implica um mundo que pode ser designado e falado com as palavras fornecidas pela linguagem de um grupo social (ou subgrupo). O que não puder ser dito na sua linguagem não é parte da realidade desse grupo; não existe, a rigor. Na terminologia de Lacan, a existência é um produto da linguagem: a linguagem cria coisas (tornando-as parte da realidade humana) que não tinham existência antes de serem criadas, simbolizadas ou verbalizadas. O real, então, não existe, uma vez que ele precede a linguagem. Lacan reserva um termo separado para ele, emprestado de Heidegger: ele ‘ex-siste’. Ele existe fora ou separado da nossa realidade. Obviamente, na medida em que

destarte, com esses pensadores, passa não só a constituir a realidade, como também a ser condição para sua compreensão.

É diante desse panorama, em que a linguagem passa a ter papel preponderante (viabilizando a superação do paradigma da consciência – em que a linguagem era apreendida como mero instrumento – pelo paradigma da filosofia da linguagem, nos termos como hoje é conhecida), que surgem as bases para a quebra de paradigma também no campo da hermenêutica, com a superação do seu entendimento tradicional (como método, em que a linguagem serve de mero instrumento para obter-se a revelação de sentido) pelo entendimento fixado pela hermenêutica filosófica (de matiz lingüístico, em que, por meio da interpretação³⁸¹, há produção lingüística de sentido). De fato, enquanto vigente o paradigma da filosofia da consciência, não havia como atribuir à linguagem (que era reconhecida como mero instrumento) e à interpretação a força de produzir sentido. Já com o advento do giro lingüístico, em que a linguagem passou a ser reconhecida como constitutiva da realidade, fixaram-se as bases para a superveniência do entendimento de que, com a interpretação, há produção lingüística de sentido.

Sendo assim, como decorrência da superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma da filosofia da linguagem, há, também, a superação da “hermenêutica como método” – em que a interpretação utiliza a linguagem como mero instrumento para a *revelação* de sentido de determinado objeto pelo sujeito interpretante, através de técnicas preestabelecidas –; pela “hermenêutica como filosofia” (paradigma hermenêutico-lingüístico³⁸²) – em que a linguagem é

nomeamos e falamos a respeito do real e o incorporamos em um discurso teórico sobre a linguagem e sobre o ‘tempo anterior à palavra’, empurramo-lo para dentro da linguagem e, desse modo, damos um tipo de existência àquilo que, em seu próprio conceito, somente tem existência.” (**O sujeito laciano**: entre a linguagem e o gozo, p. 44).

³⁸¹ Com o advento do giro lingüístico, a realidade passa a ser algo criado lingüisticamente via ato de interpretação. Com isso, na vigência do paradigma da filosofia da linguagem passa-se a entender que antes da interpretação não há coisa ou fato, pois estes são criados pela interpretação objetivada em linguagem. E o objeto do conhecimento, a partir de então, deixa de ser uma determinada coisa ou fato para ser a própria linguagem. Dardo Scavino, a esse respeito, bem demonstra que “se um significante remete sempre a outro significante, e jamais a um referente, então as coisas não estão antes do discurso, mas sim ao contrário. Ou para uma versão nietzscheana desta inversão: ‘não existem fatos, só interpretações, e toda interpretação interpreta outra interpretação.’” (**La filosofia actual**: pensar sin certezas, p. 36) (tradução nossa). Portanto, como ensina Fabiana Del Padre Tomé, “se a coisa não precede a interpretação, só aparecendo como tal depois de ter sido interpretada, então é a própria atividade interpretativa que a cria” (**A prova no direito tributário**, p. 4). Algo “é” aquilo que uma primeira interpretação disse que ele “é”, havendo, a partir desse momento, tão-somente uma evolução dessa primeira interpretação.

³⁸² A respeito, vale citar a seguinte manifestação do Prefácio de Ernildo Stein sobre o tema: “É no quadro da matriz hermenêutico-lingüística que então terá que ser compreendida a condição

reconhecida como constituinte tanto do objeto como do sujeito interpretante, de modo que a interpretação passa a ser atividade não mais de mera *revelação* de sentido, mas sim de *produção* de sentido. No caso do direito, passa a ser atividade de produção das normas jurídicas: interpretando, partimos da análise dos textos, em contexto com um caso concreto³⁸³ (real ou fictício), para produzir normas jurídicas.

essencial do direito na sua relação com a sociedade. Só assim a solução para sua crise se apresentará com um potencial de constante revisão e ajustamento. A crise do direito é crise de fundamento, e STRECK nos mostra isso através da crítica do paradigma que sustentou o direito até agora, introduzindo o paradigma hermenêutico-lingüístico em que situa o direito e a todos os que com ele trabalham, *no universo do sentido e da compreensão*. (...) O direito se sustenta na palavra, produz sentido, dialoga na sua aplicação, desde que a hermenêutica nos mostrou que 'somos um diálogo'. (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Prefácio)

³⁸³ Nos quadros da hermenêutica filosófica não há espaço para a separação da atividade interpretativa da atividade de aplicação. Para a hermenêutica filosófica a interpretação jurídica está sempre vinculada ao entendimento de um caso concreto (real ou fictício) de aplicação do direito. Nesse sentido, aliás, é que Lenio Streck afirma que "interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação." (**Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursiva, p. 141). Não é outro o entendimento de Eros Roberto Grau: "Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício." E isso porque, complementa referido autor, "interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer). (...) Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário (Gadamer), superpondo-se. (...) Vou repetir, mais uma vez: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)." (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 25 e 31) (os grifos são do autor). Castanheira Neves, por sua vez, ao sustentar a influência da práxis (contexto de aplicação do direito) sobre a atividade interpretativa, ressalta: "A 'interpretação' e a 'aplicação' não podem, pois, separar-se, antes se conjugam numa indissolúvel unidade – melhor, essa distinção deixa de ter sentido num processo que refere a norma, desde o princípio, em função do problema judicativo-decisório e realiza o juízo mediante possibilidades de critério que para ele ofereça a normatividade da norma [Têm aqui toda a pertinência estas observações de V. Frosini (...): '... ma la legge è legge non già come viene formulata dal legislatore, ma come viene letta, interpretata ed applicata dal giudice o dal funzionario. Il procedimento interpretativo non consiste infatti nell'adattare alla norma di legge il caso in questione como se esso venisse incasellato per la soluzione di un cruciverba; ma consiste anziutto nel cercare a trovare la legge adatta per quel caso, ed anzi nell'adattare la norme di legge alla soluzione richiesta. Si può dire, sotto forma di paradosso, que l'applicazione precede l'interpretazione, non certo in senso cronológico, ma nel senso che la prima sollecita e dirige la seconda; e in effetti, tra la due non c'è iato ma chiasmo']." (**O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, p. 345). Também Peter Häberle, ao defender uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição, que o leva a falar em uma "sociedade aberta dos intérpretes", apesar de não seguir a orientação da hermenêutica filosófica, não deixa de reconhecer a interferência do contexto de aplicação (da realidade) na atividade interpretativa: "A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade ao processo de interpretação. (...) A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade." (**Hermenêutica constitucional**, p. 30-31). Por fim, vale aqui citar Plauto Faraco de Azevedo que, ao seu modo, lança forte crítica contra a interpretação realizada em desconexão com a realidade vivenciada: "Preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e sentir o pulsar da vida

Com a filosofia da linguagem e a hermenêutica filosófica, supera-se, da mesma forma, a dicotomia sujeito-objeto, pois o sujeito passa a ser entendido como alguém que está-no-mundo, que participa da construção lingüística do objeto via atividade de interpretação³⁸⁴. O sujeito, portanto, deixa de ser visto como algo totalmente separado do objeto, superando-se a idéia de sua neutralidade no ato/atividade gnosiológico. Com isso, passa-se a falar, então, em uma relação sujeito-sujeito. O direito (realidade jurídica) e os fatos sociais (realidade social), nessa nova perspectiva em que são reconhecidos como constituídos pela linguagem, não mais estão separados do intérprete que, como ser-no-mundo, participou (e participa) da constituição lingüística deles. Destarte, nesta nova perspectiva, conforme destaca Lenio Streck, “*não há [mais] contraposição entre sujeito e objeto e sim, uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade*”³⁸⁵.

Com isso a hermenêutica filosófica conseguiu incluir legitimamente, na atividade interpretativa, os pré-juízos e pré-conceitos (integrantes da pré-compreensão) do sujeito, superando, assim, talvez a maior barreira da filosofia da consciência, que era a desejada (mas inalcançável) neutralidade do sujeito³⁸⁶.

que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica.” (**Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, p. 25.).

³⁸⁴ Nesse sentido é que Leonel Ohlweiler destaca que a “(...) fenomenologia hermenêutica [hermenêutica filosófica] possibilita que o homem esteja já neste mundo e não um sujeito que compreende os entes fora de um modo-de-ser-no-mundo. A legalidade que os operadores do direito conhecem não decorre de uma relação sujeito-objeto, pois o ente legalidade que o *Dasein* [Ser-aí] conhece já faz parte dele enquanto ser-no-mundo” (**A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do direito administrativo**, p. 126). De maneira convergente, enfatiza Lenio Streck que, “(...) na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos – no caso, a Constituição – não ex-surgem em sua abstratidade, atemporal e a-histórica, alienados do mundo da vida. A Constituição é o resultado de sua interpretação, pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida ‘como’ algo).” (**A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**, p. 162-163) (os grifos são do autor).

³⁸⁵ **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 210.

³⁸⁶ Conforme destaca Gadamer, “(...) não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação mostrou-se que a certeza proporcionada pelo uso dos métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade. Isso vale sobretudo para as ciências do espírito, mas de modo algum significa uma diminuição de sua cientificidade. Significa, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde de antigamente. O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do ‘método’ mas não o da ciência. O que o instrumental do ‘método’ não consegue alcançar deve e pode realmente ser alcançado por uma disciplina do perguntar e do investigar que garante a verdade.” (**Verdade e método I**, p. 631). Também a Professora Elizabeth Nazar Carrazza, relacionando o tema da

Deveras, ao reconhecer que o sujeito está-no-mundo (e não numa posição transcendental, afastada dos objetos analisados) e que ele produz linguisticamente o mundo por meio de atividade interpretativa, sua pré-compreensão (que é composta por pré-juízos e pré-conceitos)³⁸⁷ passa a ser de fundamental importância nesse processo, mesmo porque, conforme destacou Heidegger (e, depois, Gadamer³⁸⁸), a pré-compreensão aparece como condição à compreensão e, assim, como condição para que se viabilize a interpretação³⁸⁹. Sendo assim, a atividade interpretativa

neutralidade com a hermenêutica jurídica, lembra que “(...) não se pode negar, evidentemente, que o intérprete, em sua atividade de inteligência do direito posto, não consegue se afastar de suas próprias convicções, de sua própria ideologia. O homem, ao contrário da máquina, possui sentimentos, idéias próprias, discernimento. É um ser pensante que se utiliza da razão para interpretar o Direito. Destarte, sempre haverá algum conteúdo axiológico, em sua interpretação jurídica, motivo pelo qual encontram-se interpretações diversas de textos normativos, da lavra de juristas da mais alta suposição. Deve acautelar-se, porém, o intérprete, para que seus conceitos e – por que não dizer? – seus preconceitos, não acabem por transformar a vontade da lei em algo vazio de significado. As palavras são meros rótulos utilizados pela norma jurídica para identificar uma determinada realidade do mundo dos fatos. Não são, todavia, desprovidas de sentido. Até mesmo aquelas expressões consideradas vagas possuem um conteúdo mínimo, encampado pelo sistema, aferível segundo os valores por ele adotados.” (**Progressividade e IPTU**, p. 35). Eros Roberto Grau, da mesma forma, questiona o mito da neutralidade do intérprete/aplicador do direito, o que faz nos seguintes termos: “De todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas” (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 51). Não é outra a lição de Luis Alberto Warat, que critica a idéia da neutralidade por servir de meio de legitimação de interesses inconfessos: “Quando se sustenta a existência de um conhecimento neutro ou puro, se está tacitamente afirmando a impossibilidade de seu questionamento, com o que se constitui um lugar retórico importante, o ‘topoi’ da neutralidade. O resto é simples. Basta poder revestir com este ‘topoi’ algum interesse político, econômico ou ideológico, para que este se torne legitimado e se apresente como única opção racional. A isso se opõe o postulado da Heteronímia Significativa, que destaca a multiplicidade significativa do Direito. A significação jurídica tem emissores e receptores heterogêneos, e não está contida de forma unívoca nas normas jurídicas [textos] válidas.” (**Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa**, p. 238)

³⁸⁷ A respeito da noção de pré-compreensão e sua influência no âmbito do direito, ver: SILVA, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, p. 98-99.

³⁸⁸ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, p. 368-385.

³⁸⁹ A respeito, ressalta Heidegger: “Como todo compreender, esse compreender não é um conhecer nascido de uma tomada de conhecimento. É um modo de ser originariamente existencial que só então torna possível conhecer e tomada de conhecimento. Este conhecer-se está fundado no ser-com que compreende originariamente. Ele se move, de início, segundo o modo de ser mais imediato do ser-no-mundo que é com, no conhecer compreensivo do que a presença encontra e do que ela se ocupa na circunvisão do mundo circundante” (**Ser e tempo**, p. 180). “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão prévia de um dado preliminar, isenta de pressuposições” (*ibidem*, p. 211). “Toda interpretação, ademais, move-se na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. (...) O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. (...) Nele [círculo] se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, decerto, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações” (*ibidem*, p. 213-215). A respeito, ver SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, p. 32-47 e 88-99. Nesse sentido, destaca que “a pré-compreensão advém da própria estrutura de

passará a estar intrinsecamente ligada aos pré-juízos e pré-conceitos que compõem a pré-compreensão dos sujeitos, que é formada historicamente pela tradição³⁹⁰.

conhecimento do homem, desnudada neste aspecto por HEIDEGGER, demonstrando que toda atividade intelectual pressupõe um pré-entendimento ou uma compreensão primeira sobre a qual se apóia.” (**Hermenêutica filosófica e direito**, p. 98).

³⁹⁰ A respeito do papel da história e da tradição (e, portanto, também da pré-compreensão) na hermenêutica filosófica em Heidegger e Gadamer para atingir-se a compreensão, vale destacar a seguinte análise de Lenio Streck sobre o tema: “Como diz Heidegger, todo o processo de compreensão do ser é limitado por uma história do ser que limita a compreensão. (...) Toda compreensão tem uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida. (...) A compreensão significa o projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo. *O acontecer na história é o acontecer do ser-no-mundo*. (...) Assim, a história é condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. (...) Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma *tabula rasa*, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão (...). Desde sempre, o sujeito da compreensão já está jogado no mundo, dentro do qual as suas condições de possibilidade estão definidas (e se definem cotidianamente) na e pela linguagem. O sujeito da compreensão recebe o legado da tradição; esse legado é compulsório; não há a possibilidade de a ele renunciar. (...) Por isto a forte crítica de Gadamer à ingenuidade do historicismo, que pensava que o sujeito cognoscente, como uma mônada psíquica, podia ficar imune aos fatos da história, (re)contando-os desnu(da)dos. Vê-se, assim, a importância que Gadamer atribuiu à tradição, entendida como objeto de nossa (pré)compreensão. O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central/primordial na teoria gadameriana. (...) A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. (...) Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. (...) Sua [de Gadamer] hermenêutica é filosófica, e não metódica. Hermenêutica será, assim, o ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete. Essa faticidade e historicidade é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer compreensão. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e compreensão prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’. Como a hermenêutica de matriz gadameriana (que não difere neste sentido da matriz da ontologia fundamental) não é um método e, sim, filosofia, é condição-de-ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido. (...) Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que aqui mais nos interessa, da Constituição).” A respeito, Lenio Streck, trazendo para a realidade jurídica brasileira a teoria de Gadamer, reforça em uma nota essa necessidade da antecipação de sentido estar presa à Constituição: “Ou seja, se ele (sentido de validade de um texto jurídico) somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, *ontologicamente esse sentido exsurgirá da antecipação de sentido proporcionado pelo movimento da circularidade*, onde o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente (ou, em palavras mais simples, *a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto*). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem ente’, ou uma categoria ou uma hipótese.” Daí porque Lenio Streck defender que há uma diferença ontológica entre o texto (ente) e a (norma): “A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside um *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, *o texto não subsiste separadamente da norma*, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos. (...) Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só ex-surge na sua ‘normação’ (...) A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, *quando me deparo com o*

Especificamente com relação à atividade interpretativa, Gadamer, então, deixa bem claro seu entendimento de que, por meio dela, há uma produção de sentido, e não uma mera revelação/reprodução dele. A respeito, são definitivas as palavras de Lenio Streck: “O caráter da interpretação de Gadamer é sempre *produtivo*. É impossível reproduzir um sentido. *O aporte produtivo do intérprete forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão*. Como já se viu, é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro”. E, mais adiante, complementa enfatizando que em Gadamer “o ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá. Essa adição de sentido decorre da consciência histórico-efetual³⁹¹ no qual o intérprete está possuído. Isso porque há um caráter construtivista na história³⁹². É o que extraímos das

texto, ele já ex-surge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. *É ela que faz a diferença*. Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, onde a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa ‘normação’.” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 208-224 e nota nº 393 da p. 217) (os grifos são do autor).

³⁹¹ Para explicar o que vem a ser “consciência histórico-efetual”, Gadamer parte da exposição da estreita relação que há entre o perguntar (ao texto) e o compreender. Nesse sentido, enfatizando que se deve compreender o texto como uma resposta a uma pergunta, sustenta que “não se pode deixar de perguntar também o que não representava problema para o autor e no que, portanto, este não pensou. Isso também deve ser colocado no campo aberto da pergunta. Com isso, não se abrem as portas a qualquer arbitrariedade na interpretação, mas simplesmente se põe a descoberto o que constantemente acontece. Compreender uma palavra da tradição que nos atinge requer sempre pôr a pergunta reconstruída no aberto de sua questionabilidade, isto é, passar à pergunta o que a tradição vem a ser para nós. (...) Essa é a razão por que todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia. Quando se pergunta, abrem-se possibilidades de sentido, e com isso aquilo que possui sentido passa para a opinião pessoal. (...) a dialética de pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca (sujeito-sujeito) semelhante à relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos só nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta, à resposta latente do texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da *consciência da história efetual*. Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.” (**Verdade e método I**, p. 488-489 e 492) (grifamos).

³⁹² **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 211-213. (os grifos são do autor.) E complementa, em outro trecho da mesma obra, com a seguinte elucidação sobre o tema: “Sustentado no paradigma da linguagem e na medida em que rompe com a possibilidade de saberes reprodutivos, fica muito claro que a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido (*Sinngebung*). Neste contexto, Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. (...) O positivismo legal, que pretende reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo e a sua correta aplicação, sofre duras críticas do mestre alemão, a ponto de dizer que tal concepção acerca do Direito não tem, atualmente, nenhum partidário [o que Lenio Streck demonstra que não é o que se observa no Brasil – ver p. 210, nota nº 389, do livro ora citado]. Isto porque, continua Gadamer, ‘a distância

palavras do próprio Gadamer, em trecho de sua obra no qual ressalta que a consciência ou momento histórico efetual mantém aberta e inacabada toda interpretação³⁹³, possibilitando, a cada nova interpretação, a produção de um novo sentido:

(...) é a continuação do acontecer histórico que mostra os novos aspectos significativos do conteúdo transmitido. Pelos acentos que recebem através da compreensão, os textos se inserem num autêntico acontecer, exatamente como se inserem os eventos, em virtude de sua própria progressão. É o que na experiência hermenêutica havíamos caracterizado como o *momento da história efetual*. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido. A própria finitude histórica da nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente³⁹⁴. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua a ser sempre a mesma, que comprova sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada quanto a redução à intenção dos agentes, no caso dos acontecimentos históricos³⁹⁵.

No âmbito jurídico, aliás, a noção de que a atividade interpretativa é produtora (e não meramente reveladora) de sentido – ou seja, que o intérprete, partindo dos textos e do seu contexto de aplicação, produz a norma jurídica – é cada vez mais forte. Nesse sentido são as lições de Paulo de Barros Carvalho³⁹⁶, Lenio

entre generalização da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável.” (*Ibidem*, p. 210) (os grifos são do autor).

³⁹³ Nesse sentido, Ernildo Stein, tratando da linguagem como condição de possibilidade em Gadamer e da respectiva incompletude da interpretação, destaca que: “(...) a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo, assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação”. (STEIN, Ernildo. A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. **Folha de S. Paulo**, Caderno Mais, 24.03.2002).

³⁹⁴ Em sentido convergente, ressalta Umberto Eco: “Um texto, depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas de sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por conseqüência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e fina. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual.” (**Les limites de l'interprétation**, p. 8)

³⁹⁵ **Verdade e método I**, p. 487 (grifamos).

³⁹⁶ “Vimos que a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de **construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras**. Utilizo a palavra ‘hermenêutica’, neste trecho, não apenas como teoria científica que se propõe a estudar as técnicas possíveis de interpretação, no estilo de Emilio Betti, mas na sua acepção mais ampla, abrangendo o que ficou conhecido por ‘hermenêutica filosófica’, consoante o pensamento de Heidegger e Gadamer. Ora este último, **interpretar é criar, produzir, elaborar sentido**, diferentemente do que sempre proclamou a Hermenêutica tradicional, em que os conteúdos de significação dos textos legais eram ‘procurados’, ‘buscados’ e ‘encontrados’ mediante as chamadas técnicas interpretativas.” (**Curso de Direito Tributário**, p. 96) (grifamos)

Streck³⁹⁷, Eros Roberto Grau³⁹⁸ e Raimundo Bezerra Falcão³⁹⁹, conforme já tivemos a oportunidade de verificar neste trabalho. Além dos mencionados autores, no entanto, vale ainda citar Mauro Cappelletti, que chega a afirmar que se trata de uma “verdade banal”, embora muitas vezes negada ou ocultada, a presença da “**criatividade** da jurisprudência”, criatividade esta que, sustenta, tem se tornado cada vez mais necessária e acentuada nas sociedades contemporâneas “(...) como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social – transformações sem precedentes e ricas de conexões e convergências internacionais – (...)”, com o que conclui enfatizando que “(...) na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de **criatividade**”⁴⁰⁰. Atahualpa Fernandez, por sua vez, ao tratar do “direito como **construído** em sua práxis interpretativa/aplicativa”, destaca:

Ao longo do século XX se foram acrescentando as concepções do direito (...) negadoras de que o jurídico tenha uma essência consistente pré-estabelecida ao tratamento prático dos casos que em sede jurídica se decidem. O direito, portanto, já não se corresponde com o que se considera ‘direito dado’ antes da decisão, senão que é a soma do assim ‘dado’ mais o ‘**construído**’ na ocasião e como resultado do próprio processo decisório.

³⁹⁷ “A norma que exsurge do texto da lei é produto da interpretação do texto no seu contexto. Logo, a leitura do texto (do qual já exsurgiu uma norma) implicará, no momento seguinte, a adição do texto com o seu contexto. A norma, enquanto ser do ente (texto), que sempre estará ligado a um caso concreto, é produto desse somatório de elementos. Não há, jamais, a última palavra, porque essa pretensa última (e definitiva) palavra (que será uma norma produto da interpretação de um texto) dará ensejo, na simples leitura que o próximo intérprete fizer, a uma nova norma. *Será o intérprete, na sua condição de ser-no-mundo, que atribuirá sentido a essa norma* (que já será, então, um texto, do qual resultará a nova interpretação). (...) Isto porque o intérprete não desacopla algo que está ‘escondido’ ou ‘essencializado’ no texto (porque o texto não carrega em si mesmo um sentido), e, sim, porque o intérprete sempre **produz um sentido**, adjudicando-o ao texto na conformidade de seu ser-no-mundo.” (**Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**, p. 865-866). (Os itálicos são do autor; o negrito é nosso).

³⁹⁸ “Alcançado este ponto da minha exposição, uma breve síntese pode ser ensaiada, na afirmação de que a interpretação do direito tem caráter **constitutivo** – não meramente declaratório, pois – e consiste na **produção**, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para solução desse caso, mediante a definição de uma decisão. (...) Lembro, nesse passo, a exposição de Gadamer sobre o pensamento de Aristóteles: toda lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do autor, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção; a lei é sempre deficientemente, não porque o seja em si mesma, mas sim porque, em presença da ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 34). (grifamos)

³⁹⁹ “Põe-se o intérprete, em consequência, na posição consciente e atuante de quem sabe que sua tarefa tem um **caráter constituinte**, máxime se o intérprete for ao mesmo tempo o julgador. Desde a observação dos fatos e da seleção das fontes normativas, já está o intérprete juntando os tijolos para **construir a unidade de sentido** (...)” (**Hermenêutica**, p. 230) (Os itálicos são do autor; o negrito é nosso).

⁴⁰⁰ Cf: CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**, p. 7 e 20 (grifamos).

O que varia entre doutrina e doutrina é a proporção que respectivamente se assinala ao 'dado' e o '**construído**'.

(...) Se um texto legislativo pode ser interpretado atribuindo-lhe um significado, este último é consequência da atividade interpretativa: o texto não é o produto da interpretação, mas sim a norma que dele se extrai. A norma não pode ser identificada com o texto legislativo, já que ela não é outra coisa que (um) significado atribuído **constitutivamente** ao texto, isto é, a significação prescritiva de um enunciado ou texto legal⁴⁰¹.

André Ramos Tavares, reconhecendo essa mudança de concepção, lembra que, com isso, “passa-se a falar, conscientemente, em **produção** da norma (Guastini, 2005, p. 28), em *atribuição* (cf. Bastos, 2003: 37) e não *descoberta* de um significado (preexistente) do enunciado ligüístico”. E, ao defender a idéia de *concretização* do direito, conclui: “É, contudo, possível continuar a empregar o termo *interpretação*, desde que compreendido no seu sentido ‘moderno’, de concretização, em oposição ao tradicional. (...) A partir da concretização (conceito moderno de interpretação), incluem-se, no processo de compreensão da norma, os fatos, como elementos inseparáveis desse mesmo processo (e da norma) (...)”⁴⁰².

Castanheira Neves também é enfático ao defender que se deve reconhecer “(...) uma índole normativamente **constitutiva** (...)”⁴⁰³ à interpretação, em especial tendo em vista a:

(...) necessidade de transcender no próprio processo concretamente interpretativo, na prática judicativo-interpretativa, o enunciado normativo-positivo [texto] das normas ou dos critérios jurídico-positivos em referência aos princípios normativo-jurídicos que nos permita atingir, em termos fundamentantes e **constitutivos**, a própria e decisiva normatividade jurídica a assumir problemáticamente em concreto pela interpretação jurídica (...) em judicativa realização⁴⁰⁴.

Luis Alberto Warat, a partir de uma análise crítica, também deixa expresso seu entendimento, no sentido de que a atividade interpretativa constitui a significação dos textos jurídicos:

A significação jurídica tem emissões e receptores heterogêneos, e não está contida de forma unívoca nas normas [textos] jurídicas.

⁴⁰¹ **Argumentação jurídica e hermenêutica**, p. 133 (grifamos).

⁴⁰² **Fronteiras da hermenêutica constitucional**, p. 60-61 (grifamos).

⁴⁰³ **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, p. 340 (grifamos).

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 366 (grifamos).

Em nível operativo, a significação jurídica não depende somente do emissor da norma jurídica, mas sim, principalmente, de seu receptor, que é que **constitui** a sua significação⁴⁰⁵.

Luís Roberto Barroso, da mesma forma, não deixa dúvidas quanto ao se entendimento a respeito da postura que o intérprete (em especial frente ao texto constitucional) deve assumir:

não é verdadeira a crença de que as normas [textos] jurídicas em geral – e as normas [textos] constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel **criativo** na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no extremo oposto de tal proposição (...) à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à **produção** da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido⁴⁰⁶.

Juarez Freitas, por sua vez, também sustententa que “a mais alta meta do intérprete sistemático está em **produzir** – com fundamentação normativa e empírica – a unidade do sistema jurídico”, e, nesse sentido, reconhece expressamente a presença de “(...) um poder **constitutivo** inerente à interpretação”⁴⁰⁷. Não temos como deixar de citar, também, a doutrina de Celso Bastos, para quem “em toda a interpretação existe **criação** de direito”⁴⁰⁸. Por fim, segue o entendimento de Clèmerson Merlin Clève que, com base nas lições de Konrad Hesse e Canotilho, sustenta:

A presente abordagem é tributária da proposta de Konrad Hesse [**Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992], para quem a leitura do texto normativo se dá, inicialmente, pela *pré-compreensão* de seu sentido através do intérprete. O sentido apreendido das normas [texto] constitucionais possibilita ao intérprete uma otimização prático-normativa, concretizando a norma a partir de uma posição histórica específica.

Conforme Konrad Hesse, a interpretação constitucional é concretização, e o ato de interpretar é condicionado à existência de passagens obscuras, que ocasionem dúvidas, reservando-se ao intérprete a determinação do conteúdo material da normativa constitucional. Neste sentido, a interpretação é imantada de **criatividade**, restando completo o conteúdo da norma com

⁴⁰⁵ Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa, p. 239 (grifamos).

⁴⁰⁶ Interpretação e aplicação da Constituição, p. 345-346 (grifamos).

⁴⁰⁷ A interpretação sistemática do direito, p. 286-287 (grifamos).

⁴⁰⁸ Hermenêutica e interpretação constitucional, p. 164 (grifamos).

sua aplicação ao caso concreto. À **criatividade** exercida pelo intérprete vincula-se a normativa constitucional.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho [**Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 220], o método hermenêutico concretista ‘vem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel **criador** (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como o operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação **criadora** do intérprete transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico).’⁴⁰⁹ Neste sentido, o método hermenêutico concretista orienta-se para um pensamento problemáticamente direccionado.

(...) O intérprete, ao compreender o conteúdo da normativa constitucional, encontra-se vinculado à sua situação histórica, que o condiciona em sua atividade **criadora** aos seus pré-conceitos e pré-juízos. Desta forma, a compreensão do conteúdo material da norma tem como pressuposto a pré-compreensão do intérprete⁴⁰⁹.

Verificamos, assim, a forte presença na doutrina brasileira e estrangeira acolhendo a tese por nós defendida neste trabalho, no sentido de que a atividade interpretativa é produtora de sentido, ou seja, que ela parte do texto (e do seu contexto de aplicação) para construir a norma jurídica.

Estamos a falar, portanto, da possibilidade de mutação do sentido interpretativamente construído a partir do texto, que dá origem a novas realidades (apesar da base empírica do texto continuar sendo sempre a mesma), o que, aliás, explica-se pelo reconhecimento do sujeito como um componente/constituente do mundo (ser-no-mundo) que ele próprio está a interpretar e, assim, a constituir lingüisticamente. E, se assim é, de fato não há como ele se desligar do mundo/realidade para analisá-lo. Não há sequer como se livrar dos pré-juízos e pré-conceitos (que no máximo podem ser por ele analisados criticamente) que consigo carrega, mesmo porque, fosse ele neutro (livre de uma pré-compreensão), sequer teria linguagem para compreender a realidade a ser interpretada⁴¹⁰. Gadamer vai

⁴⁰⁹ **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**, p. 234-235 (grifamos). Vale ainda destacar, do mesmo texto, a resslava feita por Clèmerson Merlin Clève, que vai ao encontro do que temos sustentado neste trabalho, ou seja, que a interpretação vai além do texto (produz seu sentido) sem sair dele, já que o texto apresenta-se como limite para a atividade interpretativa: “Saliente-se que o método hermenêutico concretizador reconhece limites. Neste particular, a hermenêutica constitucional está vinculada a algo estabelecido. Os limites da hermenêutica constitucional encontram-se onde findam as possibilidades de uma compreensão adequada do texto da norma ou a partir do instante em que um pronunciamento possa entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Assim, para a hermenêutica constitucional que parte do primado do texto, é o texto constitucional o limite intransponível da atividade hermenêutica.” (*Ibidem*, p. 238).

⁴¹⁰ No caso, os textos jurídicos com seus respectivos conteúdos e sentidos historicamente construídos.

dizer, então, que o que ocorre na atividade interpretativa é uma fusão de horizontes, que define como o encontro entre a realidade/texto a ser interpretada e a pré-compreensão do intérprete, da qual surge um resultado (como algo produzido na mente do intérprete: o sentido), que é fruto dessa fusão de horizontes⁴¹¹. E esse resultado ganha concreção por meio da sua objetivação, ou seja, da objetivação lingüística do sentido construído pelo intérprete em sua mente quando da atividade intelectual de fusão dos referidos horizontes.

Tomando conhecimento dessa circunstância, a hermenêutica filosófica vai então defender a idéia de crítica⁴¹² aos pré-juízos (e pré-conceitos) na atividade de

⁴¹¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**, p. 405. A respeito, destaca Lenio Streck: Não devemos esquecer – e a advertência vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão: o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses mundos, em um determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isso, acrescento, *fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade.*” (**A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**, p. 178-179) (os grifos são do autor).

⁴¹² Muitos autores [a respeito, ver: BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**; e CHUEIRI, Vera Karam de. **A hermenêutica como abertura do texto ao mundo**: o modelo da ‘chain of law’ de Dworkin (o direito como texto) – obras estas que apresentam autores que defendem que há elementos de natureza crítica na hermenêutica filosófica e outros que pensam de forma diversa] têm questionado a hermenêutica filosófica, no sentido de que, por dar valor à historicidade e à tradição, não possibilitaria a transformação por meio da crítica. Contudo, conforme destaca Lenio Streck, “não há dúvidas de que a hermenêutica gadameriana contém elementos fortemente críticos. (...) *é, ela, também, crítica, por várias razões*: Uma delas reside no fato de que é produtiva, e não reprodutiva (como queria E. Betti), isto é, a tese gadameriana de que é impossível reproduzir o sentido da norma (texto jurídico-normativo) *assenta-se em uma profunda dialética, como a reproduzir a máxima de Heráclito de que é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio!* Ao lado disso, traços fortes de teor crítico da hermenêutica de Gadamer residem no fato de que, a partir da hermenêutica heideggeriana, rompe com qualquer possibilidade de idealismo e realismo. (...) Nesse sentido, ao argumento contrário à hermenêutica de que, como é na tradição que surge a pré-compreensão, e que a tradição (*para Gadamer, o evento hermenêutico se constitui no vir à fala do dito na tradição*) seria traduzida por uma linguagem sistematicamente distorcida (Habermas) [neste ponto é importante ressaltar que uma crítica exaustiva dos pré-juízos – portanto –, das ideologias (linguagens sistematicamente distorcidas) – é impossível *pela ausência de um ‘ponto zero’ da qual ela poderia ser feita!* Nesse sentido, conferir RICOEUR, **Do texto à ação**. Porto: RES Editora, [s/d], p. 338], cabe redarguir que o aspecto crítico (da hermenêutica) surge da situação hermenêutica em que está o intérprete e da fusão de horizontes que ocorre entre o texto/realidade e o intérprete. *Isto porque é na linguagem que surge a ação.* (...) *então é razoável afirmar que o caráter crítico da hermenêutica exsurge justamente da transformação que ocorre no mundo a partir de sua interpretação/nomeação*” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 227-229-nota 416 e 224). A respeito, aliás, importante destacar, com Ricoeur, que a hermenêutica e a crítica não aparecem como posições estranhas e puramente adversas; mas como erigindo, cada uma a sua maneira, uma reivindicação legítima: “o gesto da hermenêutica é um gesto humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda a compreensão humana sob o regime da finitude; o da crítica das ideologias é um gesto orgulhoso de desafio dirigido contra as distorções da comunidade humana. Pelo primeiro, insiro-me no devir histórico ao qual sei que pertenço, pelo segundo, oponho ao estado actual da comunicação humana falsificada a idéia de uma libertação da fala, de uma libertação essencialmente política, guiada pela idéia limite da comunicação sem limites nem entraves.” (**Do texto à ação**, p. 356-357)

interpretação (construção de sentidos). É que eles, se ignorados pelo intérprete, sendo, assim, utilizados arbitrariamente, terão a força de contaminar toda a atividade de produção de sentido. Não se trata, contudo, de um afastamento absoluto dos pré-juízos (e pré-conceitos) – como sustentava a filosofia da consciência em busca da reclamada neutralidade –, mas sim de uma análise crítica deles, capaz de impedir que os de natureza negativa⁴¹³ condicionem a produção de sentido (interpretação) a ser realizada, justamente por não serem recomendados à obtenção do resultado esperado naquela área do saber que se está a investigar⁴¹⁴.

⁴¹³ Conforme destacamos no item 6.2, *supra*, em nota de rodapé, os juízos e conceitos prévios podem ser negativos (que para nós significa serem eles contrários aos valores constitucionais) ou positivos (ou seja, coerentes com os valores constitucionais).

⁴¹⁴ A respeito, destaca Lenio Streck que é necessário “(...) distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos). (...) Toda interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurta de acordo com as possibilidades (horizontes de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos. Através do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos ‘como’ pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*. (...) Da parte para o todo e do todo para a parte, colocando em xeque os pré-juízos não verdadeiros, compreendendo os pré-juízos como pré-juízos, a interpretação sofre uma contínua transformação, a partir do próprio material que a conformou desde o início (...) são os *pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornam-nos surdos para a coisa de que nos fala a tradição*, como bem explica Gadamer. Pré-juízos falsos devem ser desmascarados, anulando-se a sua validade, uma vez que, enquanto continuam a nos dominar, não os conhecemos e nem os repensamos como juízos. (...) não questionar os pré-juízos (...) faz com que a atividade interpretativa se transforme em um *habitus*, em uma atividade acrítica, como se a aplicação do direito fosse um mero exercício de dedução do universal ao empírico. (...) D’onde fazer hermenêutica é desconfiar de nossos pré-juízos”. (**Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 203-nota 04, 222-223, 234, 237, 239 e 243) (os grifos são do autor). E, em outra obra, complementa: “A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que inicia não são arbitrárias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, *senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade*. Frente a todo o texto, nossa tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos lingüísticos. (...) Quando se ouve a alguém ou quando se empreende uma leitura, não é que tenhamos que esquecer todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo, ou todas as opiniões próprias, diz o mestre (Gadamer). *O que se exige é que simplesmente temos que estar abertos à opinião do outro ou do texto*. Entretanto, essa abertura implica sempre que se coloque a opinião do outro em alguma classe de *relação com o conjunto de opiniões próprias* ou que um se coloque em *certa relação com as do outro*. (...) Uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, *senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos*.” E, mais adiante, conclui: “Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a *herme(nêu)tica* jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. *Com (ess)a nova compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto*”.

Nesse sentido, e trazendo a discussão para a área do direito, deve o intérprete, quando diante do texto a ser interpretado para produção de sentido (ou seja, para produção da norma jurídica), criticar seus pré-juízos (e pré-conceitos) a partir dos valores maiores da sociedade fixados na forma de princípios na Constituição. Ou seja, deverá criticar todos os seus pré-juízos (e pré-conceitos) que colidam com os valores constitucionais para, protegendo-se contra o arbítrio que referidos pré-juízos (e pré-conceitos) negativos poderiam provocar, produzir um sentido conforme à Constituição. A respeito, Lenio Streck, fazendo uso da doutrina de Hesse (*Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 41-42), destaca:

Alguns autores, como Konrad Hesse, partindo de Gadamer, propõem novos horizontes para a hermenêutica jurídica. Para Hesse, o teor da norma somente se complementa no ato interpretativo. (...) O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão *unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra*, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seu conhecimento e seu pré-juízos. (...) Dada esta presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente das mesmas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio das idéias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e

advindo de um significante-primordial-fundante. (...) Talvez por acreditar em (...) verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito, inseridos na já delineada crise de paradigma de dupla face, 'consigam' (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social dele – jurista – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. (...) O Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar acerca da interpretação do art. 196 da Constituição Federal, que reza que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado...', negou (e tem (só)negado) efetividade a esse direito. Argumento usado para negar o direito: a interpretação 'correta' do art. 196 da CF – que, consoante a doutrina dominante, é uma norma programática (*sic*) – não leva ao entendimento de que o Estado tenha a obrigação de atender os pedidos de remédios, e atendimentos médicos, pois, onde, no art. 196, está escrito *dever*, não se pode ler *obrigação jurídica*... (...) Parece que a linguagem, isto é, o discurso jurídico interpretante, *serve apenas como instrumento (terceira coisa) para 'buscar-encontrar' 'o' sentido que 'flutua' sobre o texto 'originário'.*" (**Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 208-210 e 234-236) (os grifos são do autor). Para demonstrar a possibilidade de atribuir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, Lenio Streck faz referência ao acórdão do Agravo de Instrumento 96.012721-6, Rel. Des. Xavier Vieira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citando o seguinte trecho do referido julgado: "Sendo a saúde direito e dever do Estado (CF, art. 196; CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o Executivo pode socorrer-se de créditos adicionais. A vida, dom maior, direito natural, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido de solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonismo e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção – prioridade, tratando-se da saúde de uma criança – não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando". (**Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 236, nota n. 431)

dirigir o olhar “para as coisas mesmas”. A tarefa assim colocada da fundamentação da pré-compreensão é, sobremodo, uma tarefa da teoria constitucional que, por sua vez, não é discricionária se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto, aduz o mestre alemão⁴¹⁵.

E a respeito de a necessidade da “antecipação de sentido” estar vinculada ao sentido da Constituição, enfatiza Lenio Streck:

(...) só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e compreensão prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do “sistema”. (...) *Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que aqui mais nos interessa, da Constituição)*⁴¹⁶.

Mais adiante, no mesmo livro, citado autor reforça a necessidade da antecipação de sentido estar vinculada à Constituição:

Ou seja, se ele (sentido de validade de um texto jurídico) somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, *ontologicamente esse sentido exsurta da antecipação de sentido proporcionado pelo movimento da circularidade*, onde o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente (ou, em palavras mais simples, *a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto*). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um “ser sem ente”, ou uma categoria ou uma hipótese.

(...) Talvez por acreditar em (...) verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito (no Brasil), inseridos na já delineada crise de paradigma de dupla face, “consigam” (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social dele – jurista – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. *Não se dão conta do devir histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (...) e de sua situação hermenêutica, ou seja, não têm a compreensão prévia, a antecipação do sentido do que seja, por exemplo, a função social do Direito (e do Estado)*⁴¹⁷.

Exemplificando, ao interpretar um texto jurídico da legislação brasileira a respeito de direitos de cidadania, o intérprete deverá analisar criticamente todos os seus pré-juízos (e pré-conceitos) relacionados com racismo, credo, sexo e outros, capazes de colidir com o conjunto principiológico da Constituição brasileira. Isso porque, se deixar de assim agir, a produção de sentido será determinada por uma

⁴¹⁵ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 221-222.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 216 (os grifos são do autor).

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 217, nota nº 393 e p. 235 (os grifos são do autor).

antecipação de sentido (compreensão prévia) contraditória com o sentido constitucional, fato que poderá contaminar toda a atividade interpretativa, e, assim, dar causa à produção de uma norma jurídica (a partir daquele texto sobre direitos de cidadania) que entrará em contradição com os princípios constitucionais, ou, se preferirmos, com a noção de justiça constitucional⁴¹⁸. Por outro lado, deverá não só manter, como também utilizar, seus pré-juízos (e pré-conceitos) relacionados com as noções de igualdade material, de direitos humanos, de democracia e outros capazes de viabilizar a construção (a partir do mesmo texto sobre direitos de cidadania a ser interpretado) de uma norma conforme os valores constitucionais.

Veja-se, portanto, que há um reconhecimento por parte do intérprete de seus pré-juízos e pré-conceitos (que devem por ele ser analisados criticamente, de modo a afastar os de natureza negativa e preservar os de natureza positiva), bem como de sua condição de ser-no-mundo e, mais que isso, de ser que produz lingüisticamente esse mundo⁴¹⁹ via atividade interpretativa, em especial a realidade jurídica, que, como objeto cultural que é, é impregnada de valor.

Com isso a atividade do intérprete adquire extrema importância, pois também sobre ele passa a recair a função de propiciar a transformação social prometida pela Constituição e, assim, a construção de uma razão emancipatória para o direito. É a essa conclusão que chega Eros Roberto Grau:

(...) a interpretação apresenta-se então como ponto de partida desde o qual não apenas a crítica é feita, mas também se pode empreender a construção de uma razão emancipatória para o Direito. O Direito, note-se bem, é um discurso constitutivo na medida em que designa/atribui significados a fatos e palavras, como mostra CARLOS CÁRCOVA.

A concepção da interpretação como um processo criativo – que, de outra forma, tomo quando a qualifico como alográfica – conduz não apenas a uma nova hermenêutica, mas a um novo conjunto de possibilidades de produção de justiça material⁴²⁰.

⁴¹⁸ Devemos relembrar que a noção de justiça que trabalhamos é a de justiça constitucional, ou seja, aquela decorrente do conjunto principiológico da Constituição.

⁴¹⁹ Hanna Arendt, a respeito do nosso sentido de realidade e do potencial construtivista da atividade cognitiva, elucida: “Visto da perspectiva do mundo ‘real’, o laboratório é a antecipação de um ambiente alterado e os processos cognitivos que usam as habilidades humanas de pensar e fabricar como meios para seus fins são os modos mais refinados do raciocínio comum. A atividade de conhecer não está menos relacionada ao nosso sentido de realidade, e é tanto uma atividade de construção do mundo quanto a edificação de uma casa.” (**A vida do espírito**, p. 45)

⁴²⁰ Apresentação do livro **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, de Lenio Luiz Streck, p. 16.

Com a hermenêutica filosófica, portanto, não podemos mais admitir a utópica figura do intérprete neutro, com a função de simplesmente revelar o sentido do texto legal, sentido esse que seria único e absoluto. Pelo contrário, temos que reconhecer o intérprete como um ser-no-mundo e, mais que isso, como um ser que constitui linguisticamente o mundo por meio da interpretação e que porta uma pré-compreensão formada pela tradição (e que, portanto, é composta de pré-juízos e pré-conceitos), a qual o influencia no labor interpretativo de produção de sentidos. Assim, ao reconhecermos essa sua situação de ser-no-mundo do intérprete, de ser portador de uma pré-compreensão (e, portanto, de pré-juízos e pré-conceitos) que, ao interpretar/construir linguisticamente o mundo, é por ela fortemente influenciado, estaremos legitimando-o a analisar criticamente seus pré-juízos e pré-conceitos, para que, ao construir os sentidos dos textos jurídicos, construa-os a partir de uma pré-compreensão determinada pelos valores constitucionais, atribuindo à sua atividade interpretativa, assim, a força de transformar a realidade.

Deve o intérprete, portanto, assumir criticamente sua posição⁴²¹. Deve dar-se conta dos seus valores e, a partir daí, criticamente, conformá-los aos valores cravados na Constituição na forma de princípios, que são os valores (de natureza deontológica) maiores da sociedade para um determinado tempo e espaço, passando, a partir de

⁴²¹ Não podemos deixar de citar, aqui, Souto Maior Borges, jurista que não teme defender suas posições, ainda que contrárias ao sentido comum teórico dos juristas (tema que passaremos a tratar no próximo item do nosso trabalho). Nesse sentido, por exemplo, assim se manifestou no XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, ao criticar o posicionamento do STF firmado quanto à progressividade do IPTU antes da Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000: “Essa perspectiva eu a coloco, com todo o respeito devido à jurisprudência do Supremo, com todo acatamento, inclusive admitindo claramente que é uma das alternativas possíveis de interpretação, e de que a Corte Excelsa ficou com ela. Eu só não admito que tenha sido a melhor interpretação” (**Progressividade no IPTU e no imposto sobre doações**, p. 55). Veja-se que Souto Maior Borges não fala em apenas um único sentido correto, que seria absoluto, mas sim na possibilidade de mais de um sentido, e que cada um deles pode ser classificado apenas como sendo melhor em relação aos outros, e não como sendo correto e, os demais, errados. Isso porque eles decorrem das convicções de cada pessoa, as quais, contudo, devem ter como fundamento sempre o texto constitucional. Ou seja, a classificação da melhor interpretação deve ter por base, sempre, a Constituição. Já as interpretações que tomam por base outros fundamentos, essas sim poderão ser classificadas como arbitrárias e, portanto, incorretas, pois, em um sistema jurídico, a Constituição, com seu conjunto principiológico, apresenta-se como elemento unificador, devendo guiar toda e qualquer interpretação/construção de sentido. Daí o próprio Souto maior Borges, na mesma conferência, conclui: “Para mim, tudo já estava contido no texto constitucional – mas é uma mera opinião pessoal, cujo único critério de legitimação é o próprio convencimento, evidentemente sem ter sequer a pretensão de convencer ninguém, mas apenas de cumprir o dever de expor com coerência e com autenticidade, porque só a sinceridade pode conferir legitimidade a pontos de vista suscetíveis de uma meditação que venha a impedir que, no futuro, o sistema constitucional brasileiro seja objeto de interpretações tão aligeiradas e com consequências institucionais tão sérias, como as que ora presenciamos – é esse o melhor exercício da ciência da cidadania individual.” (*Ibidem*).

então, a construir sentidos capazes de concretizar a Constituição. Somente assim o Estado Democrático de Direito, no Brasil, terá lugar. Somente assim teremos como construir uma nova realidade para o Brasil (e não apenas repetir a realidade hoje vivenciada), uma realidade que garanta os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos já constitucionalmente assegurados, com a minimização das diferenças sociais e a erradicação da pobreza. E o direito tributário, nessa nova perspectiva determinada por um Estado Democrático de Direito, também deve assumir sua função social, impondo uma tributação justa, que privilegie a igualdade material e, assim, uma redistribuição da riqueza tendente a reduzir as desigualdades sociais, conforme ensina Misabel Derzi a partir dos legados deixados por Aliomar Baleeiro:

Aliomar Baleeiro encerra esta obra marcante e ímpar da literatura nacional com belíssimo libelo contra a tributação injusta, regressiva, meramente proporcional, objetiva (não pessoal) e tendente a acentuar a cumulação de riqueza, ao invés de redistribuí-la. Soube pôr sua incontestável genialidade jurídica a serviço de princípios morais insuperáveis, como igualdade e justiça. (...)

A Constituição de 1988 deu razão a Baleeiro. Ela consagrou expressamente a personalidade e a graduação dos impostos em geral segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º); a igualdade de tratamento de todos os que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II); a seletividade e a não-cumulatividade dos impostos incidentes sobre a produção industrial e a operação de circulação de mercadorias (art. 153, § 3º, I, II e 155, § 2º, III); (...) todos desdobramento, no campo do Direito Tributário, do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil. (...)

Pesquisar, portanto, os efeitos progressivos ou regressivos do imposto para decidir sobre sua constitucionalidade ou não, indagar sobre a igualdade de uma determinada exação tributária e sobre a redistributividade da despesa não é mais, após a Constituição de 1988, pugnar por princípios meramente éticos, morais ou econômicos ao sabor de uma determinada ideologia. É fazer correta interpretação do sistema tributário, estritamente jurídica e necessária a uma razoável aplicação do comando constitucional. O Estado Democrático de Direito é síntese dialética que supera o individualismo abstrato e a neutralidade do Estado Liberal. Na nova formulação encontrada pela Constituição de 1988, não há de modo algum renúncia às clássicas garantias jurídicas, inerentes ao Estado de Direito. Entretanto, ao mesmo tempo, se buscam metas de maior justiça social, condições efetivas de uma vida digna para todos por meio do desenvolvimento e da conciliação entre liberdade e solidariedade. A Constituição de 1988 supõe um constitucionalismo que trabalha essas exigências jurídicas concretas. O Estado deve pôr-se a serviço de uma nova ordem social e econômica mais justa, menos desigual, em que seja possível a cada homem desenvolver digna e plenamente sua personalidade. Prejudicados ficam, dessa forma, as teorias de política econômica ou de política fiscal incompatíveis com o Estado Democrático de Direito⁴²².

⁴²² Nota de atualização do livro **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, de Aliomar Baleeiro, p. 839-840 (os grifos são da autora).

Aliás, a respeito da função da tributação na minimização das diferenças sociais e de erradicação da pobreza, destaca Souto Maior Borges:

Nas relações internas, a primeira preocupação (topograficamente) é a de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, *in fine*). Tampouco os tributos 'internos' podem desprezar a extrafiscalidade como um instrumento que estabelece limites à isonomia entre contribuintes para paradoxalmente preservá-la no plano maior do desenvolvimento econômico fundamental nacional: 'erradicar a pobreza' – diz a CF – é um objetivo fundamental do Brasil⁴²³.

Daí porque temos defendido para o direito (e, em especial, para o direito tributário) uma função de agente de transformação social. Para que ele assuma essa sua função, contudo, seus operadores devem estar comprometidos com a nova ordem instituída pela Constituição de 1988, constituinte de um Estado Democrático de Direito. E será sobre isso que, criticamente, trataremos no próximo item.

6.7 O senso comum teórico da dogmática e da jurisprudência no Brasil – uma manifesta irresponsabilidade com o Estado Democrático de Direito

Tudo o que vimos até agora tem aplicabilidade para uma superação do modo como a hermenêutica vem sendo tratada na Brasil⁴²⁴. Conforme destacado por Lenio Streck, ainda vivemos no Brasil sob a hegemonia do paradigma próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que funcionam como obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais e sociais garantidos pela Constituição brasileira (e, assim, ao papel transformador do Estado Democrático de Direito por ela constituído), bem como à implementação de uma hermenêutica de matiz filosófica,

⁴²³ **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do direito**, p. 05. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-JOSE-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2007.

⁴²⁴ Já existem no Brasil importantes correntes doutrinárias (destacando-se, entre elas, as de: Paulo de Barros Carvalho; Paulo Bonavides; Lenio Luiz Streck e Raimundo Bezerra Falcão) e jurisprudenciais (principalmente no Rio Grande do Sul) defendendo um labor construtivista do intérprete forte nas idéias da hermenêutica filosófica, ou seja, defendendo a quebra de paradigma aqui sustentada. A maioria da doutrina e da jurisprudência, entretanto, conforme análise crítica realizada por Lenio Streck (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito) e exposição constante da obra de José Paulo Cavalcanti (**Interpretação e clareza da lei**) ainda está presa ao paradigma da filosofia da consciência e ao paradigma liberal-individualista, defendendo uma função (do intérprete) meramente reveladora de sentido.

capaz de superar a referida inefetividade⁴²⁵. Daí a conclusão do citado autor no sentido de que a reconhecida crise do direito hoje vivenciada é, na realidade, uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: “uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico”⁴²⁶.

De fato, o modelo de direito liberal-individualista, apesar de já ter sido ultrapassado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado na tradição do nosso Poder Legislativo, que continua a editar regras infraconstitucionais que dão

⁴²⁵ Nesse sentido, Lenio Streck ressalta que “(...) preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista *está esgotado*. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos. (...) Esse hiato [enorme fosso existente entre o Direito e a sociedade] e a crise de paradigma do modelo liberal-individualista-normativista retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade dispare como a nossa. Na verdade, tais problemas são deslocados *no e pelo* discurso dogmático, estabelecendo-se uma espécie de transparência discursiva. Pode-se dizer, a partir das lições de A. Sercovich, que o discurso dogmático dominante é transparente porque as seqüências discursivas remetem diretamente à ‘realidade’, *ocultando as condições de produção do sentido do discurso*. A este fenômeno podemos denominar de *fetichização do discurso jurídico*, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (histórico-sociais) que a engendra(ra)m, como se sua condição-se-lei fosse uma propriedade ‘natural’. Parte-se, pois, da premissa de que as práticas argumentativas do Judiciário, da dogmática jurídica e das escolas de Direito são consubstanciadas pelo que se pode denominar de sentido comum teórico dos juristas ou campo jurídico (Warat-Bourdieu), o qual insere-se no contexto da *crise do modelo de Direito de cunho liberal-individualista*. Essa crise do modelo (dominante) de Direito (ou modo de produção de Direito) institui e é instituída por uma outra crise, aqui denominada/trabalhada como *crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência*, ainda (pre)dominante no modo-de-fazer hermenêutica no interior do campo jurídico vigente no Brasil. Isto porque as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, *carentes e/ou refratários à viragem lingüística de cunho pragmátista-ontológico ocorrida contemporaneamente*, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, *no campo jurídico brasileiro*, a linguagem ainda tem um caráter secundário, *uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto* (...). Daí a necessidade de elaboração de uma crítica à hermenêutica jurídica tradicional – ainda (fortemente) assentada no *paradigma objetificante da filosofia da consciência* – através dos aportes aproximativos da semiótica (teoria geral da significação) e da hermenêutica filosófica, *com ênfase na segunda*, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), *onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e onde a interpretação faz surgir o sentido*. Por isso, o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, ‘aparecem’ como se fossem provenientes de um ‘lugar virtual’, ou de um ‘lugar fundamental’. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto, é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do ‘unívoco’ ou do ‘correto’ sentido, mas, sim, a *produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade*. Não há interpretação sem relação social.” (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 17-19) (grifos do autor)

⁴²⁶ **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 81.

prevalência aos direitos individuais ligados à propriedade e à liberdade (direitos de primeira geração), em defesa das elites que não raro financiam e, assim, manipulam o referido Poder⁴²⁷. Com isso, ignoram a atual complexidade social, onde os conflitos de natureza transindividual têm cedido espaço aos de natureza transindividual⁴²⁸, bem como ignoram os direitos fundamentais dos excluídos (de fato) do processo legislativo brasileiro, que não têm voz, ou seja, não têm as “condições ideais de fala” de que trata Habermas.

Deveras, não temos como falar, no Brasil, de um sólido movimento democrático de elaboração das leis (daí a crise de “modelo” acima anunciada), pois as comunidades carentes (imensa maioria do povo brasileiro) são privadas das condições ideais de fala e, assim, não têm como influenciar a elaboração de uma legislação infraconstitucional capaz de concretizar seus direitos fundamentais já constitucionalmente assegurados. Daí a dificuldade, no Brasil, de obtermos (ao menos) uma minimização dos problemas relacionados à redistribuição social.

Por outro lado, nossa doutrina (Ciência do Direito/Jurisprudência/Dogmática Jurídica) e jurisprudência, presas ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência, resistem em modificar seu modo de compreensão do mundo e, assim, a superar a relação sujeito-objeto, em que o intérprete (sujeito) deve estar isolado do texto a ser interpretado (objeto), numa posição de neutralidade.

Ao traçarmos um diagnóstico a respeito da dogmática e da jurisprudência brasileira, percebemos com nitidez que os intérpretes continuam a lidar com os textos infraconstitucionais sem qualquer comprometimento com os princípios constitucionais. Pinçam aqueles textos e, numa posição de pretensa neutralidade científica frente a eles, acreditam estar revelando seu verdadeiro sentido, que seria único e absoluto, deixando, assim, de produzir sentidos que concretizem os valores constitucionais (daí a crise de caráter “epistemológico” também acima anunciada). Ignoram, com isso, inclusive o fato de que aqueles textos infraconstitucionais originam-se, muitas vezes, de uma manipulação inconfessa de interesses, pois

⁴²⁷ Nesse sentido, Richard Posner, analisando criticamente o tema, denuncia que as leis muitas vezes são negociadas pelo legislativo a grupos de interesse efetivos politicamente, acarretando acordos que não se fundam nos princípios constitucionais e nos quais aqueles grupos oferecem benefícios como contraprestação aos legisladores (**Economic analysis of law**, p. 405-406 e 411).

⁴²⁸ Como são, por exemplo, os conflitos decorrentes de invasões de propriedades por integrantes do “Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra” (MST) e os decorrentes de danos ao meio ambiente e aos consumidores.

provenientes de um legislativo majoritariamente descomprometido com a Constituição.

Com isso, a doutrina e o Judiciário, cegos frente ao papel emancipador que devem desenvolver num Estado Democrático de Direito, acabam por construir uma dogmática e uma jurisprudência estandarizada, que se arraiga no imaginário dos juristas (aquilo que Warat designa de “senso comum teórico”⁴²⁹), compondo sua pré-compreensão com pré-juízos (e pré-conceitos) deveras negativos. Ao invés de construírem uma dogmática e uma jurisprudência emancipatórias dos direitos sociais dos cidadãos – capazes de contribuir, por exemplo, com minimização da descomunal diferença de renda atualmente existente⁴³⁰ –, limitam-se a uma atividade interpretativa reprodutiva do senso comum teórico (no Brasil ainda impregnado pelo

⁴²⁹ Luis Alberto Warat denomina de senso comum teórico dos juristas o conjunto de crenças, valores e ideologias que se arraiga no imaginário daqueles que laboram com o direito, conjunto este que é legitimado mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública (**Introdução geral ao direito I**, p. 13-18). Em outra obra, sintética e metaforicamente, Warat assim define senso comum teórico: “Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispençar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”, e, após apresentar algumas das principais regiões do senso comum teórico dos juristas (i - “região das crenças ideológicas”; ii - “região das opiniões éticas”; iii - “região das crenças epistemológicas”; e iv - “região dos conhecimentos vulgares”), conclui enfatizando que “todas essas regiões influem, consciente ou inconscientemente, na formação do espírito jurídico; num saber que, provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade.” (**Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**, p. 32-34). Difusamente, conforme elucida Lenio Streck, “(...) o sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, segundo Bordieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela ‘*communis opinio doctorum*’, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero ‘*habitus*’, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de ‘*capital simbólico*’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos”. (**Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 667-68)

⁴³⁰ Conforme artigo do jornal Valor Econômico (primeiro caderno, edição de 06.04.2004), comentando dados do *Atlas da Exclusão Social – Os riscos no Brasil*, São Paulo: Cortez Editora, 2004, o poder financeiro dos muito ricos em relação ao resto do país é brutal. Cinco mil famílias (ou 0,001% do total) detêm 3% da renda nacional e têm patrimônio correspondente a 45,85% do PIB. Mais adiante, referida reportagem destaca que “as estatísticas do Atlas refletem mais uma vez a inércia de uma das piores desigualdades de renda do mundo. Elas estão em linha com outros números das contas nacionais, como a redução de 52,2% para 47,2% da fatia da renda de assalariados e autônomos no PIB. Em movimento inverso, subiu de 32,5% para 41,9% a parcela representada por juros, lucros e dividendos, entre 1990 e 2002, segundo dados do IBGE. Os 10% mais ricos do país ganham 65,8 vezes que os 10% mais pobres. E todos esses dados ilustram o fato de que o Brasil está em nono lugar no ranking da desigualdade, ao lado de Namíbia, Lesoto, Serra Leoa e Botsuana.”

paradigma liberal-individualista), e, assim, absolutamente descomprometida com a totalidade principiológica da nossa Constituição Democrática de Direito.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau, após afirmar (em julgado proferido no Supremo Tribunal Federal) que “a norma jurídica é texto (...) interpretado”⁴³¹, ou seja, que “a norma é produzida pelo intérprete”⁴³², em tom crítico sustenta que, ao reconhecer esse fato, “talvez a doutrina finalmente desperte para a distinção que há entre dimensão legislativa e dimensão normativa do direito, doutrina que tem se limitado a reproduzir, em matéria de interpretação do direito e da Constituição, o que de melhor foi produzido no século XIX”⁴³³.

A interpretação dos textos infraconstitucionais, assim, ao invés de proporcionar a produção de sentidos compatíveis com a Constituição, para a concretização do Estado Democrático de Direito por ela instituído, tem servido somente à revelação/reprodução do sentido (comum teórico dos juristas). Com isso, a significação resultante da interpretação tão-somente “reproduz os valores”⁴³⁴ (fixados pelo senso comum teórico dos juristas), ficando protegida de qualquer atividade crítica do intérprete⁴³⁵ fundada nos valores insertos na Constituição na forma de princípios.

Essa reprodução (inautêntica dos pré-juízos, no sentido de Gadamer), por sua vez, conforme destaca Lenio Streck, conduz a uma espécie de “conformismo dos operadores jurídicos”, que não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do direito, de modo que o jurista, inserido nesse *habitus* (senso comum teórico), não percebe essa problemática⁴³⁶. Estes operadores, destarte, passam simplesmente a manter o *status quo*. A reproduzir o

⁴³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 353.657/PR, Recorrente: União Federal; Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda., Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.06.2007 (ainda não publicado no DJ), órgão julgador: Tribunal Pleno. Voto do Sr. Min. Eros Roberto Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RE353657.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

⁴³² *Idem*.

⁴³³ *Idem*.

⁴³⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 68.

⁴³⁵ A respeito da necessidade de uma postura crítica do intérprete, ver, *infra*, item 6.9.

⁴³⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 68.

poder de violência simbólica⁴³⁷ sem levantar qualquer crítica contra ele, mesmo porque ignoram a forma de dominação por ele exercida⁴³⁸, que, assim, trata-se de

⁴³⁷ Inspirado na doutrina de Bourdieu e Passeron (BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude Bourdieu e. **La reproduction**, Paris, 1970, p. 18), Tercio Sampaio Ferraz Junior define poder de violência simbólica nos seguintes termos: “Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força”. E complementa: “Não nos enganemos quanto ao sentido deste poder. Não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. (...) Entende-se, assim, como se formam as estruturas do uso competente, o qual privilegia *um* enfoque: o arbitrário socialmente prevalecente. A busca do sentido correto que leva a tradução fiel, quer por transferência direta, quer por indireta, pressupõe uma variedade e diversidade que têm de ser controladas.” (**Introdução ao estudo do direito**, p. 277-278) (os grifos são do autor). Verificamos, portanto, que para explicar o poder de dominação simbólica Tercio Sampaio Ferraz Junior trabalha com a noção de “poder” não como “força” (como se fosse redutível ao elemento “força”), mas sim como “controle”, e isso porque, complemente referido autor, “(...) a força, em seu uso concreto, alcança muito rapidamente seu ponto de esgotamento como condição de poder: para vencer a luta, a força é decisiva, mas não para manter o poder sobre o vencido.” A respeito, esclarece: “Num primeiro sentido, poder é violência simbólica, que funciona enquanto as relações de força entre os grupos ou classes constitutivas de uma formação social estão na base de uma decisão arbitrária que é a condição de instalação de uma relação de comunicação (esquematismo força/fraqueza). Mas, como violência simbólica, o poder não se reduz à imposição da força, ou seja, o poder não produz seu efeito se ele não se exerce numa relação de comunicação. Num segundo sentido, poder é violência simbólica à medida que *reproduz*, no duplo sentido da palavra, a seleção arbitrária que um grupo ou uma classe operam objetivamente *no e pelo seu* arbitrário cultural. Essa seleção básica é arbitrária, porque sua função e estrutura não podem ser deduzidas de nenhum princípio universal, mas dependem da complexidade social, e não da ‘natureza das coisas’ ou da ‘natureza humana’ etc. (esquematismo direito/antijurídico). Assim, *num primeiro momento*, a combinatória dos esquematismos forte/fraco e lícito/ilícito nos permite dizer que o código-poder tende a reproduzir o predomínio de um arbitrário cultural, contribuindo, desse modo, para a reprodução das relações de força que colocam este arbitrário em posição dominante. Essas relações de força que, dependendo da complexidade social, podem ser relações de parentesco, de prestígio, de conhecimento, econômico etc. marcam a gênese do poder e condicionam sua manutenção, embora não a provoquem. Num segundo momento, a combinatória dos esquematismos binários nos permite dizer que o código-poder reproduz a estrutura de distribuição desse ‘capital’ cultural entre grupos e classes, contribuindo, assim, para a reprodução da própria estrutura social e provocando a manutenção do poder. Essa combinatória significa, pois, que o poder, enquanto código, é *reconhecido* como *legítimo* à medida que é *desconhecido* como violência (simbólica).” (**Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**, p. 41 e 56-57)

⁴³⁸ A ocultação ou dissimulação do real (que é realidade somente para quem pode sobre ele falar) pelo poder de violência simbólica impede que aquele real seja reconhecido como realidade (como algo existente) pelo dominado, pois este não possui linguagem para sobre ela falar (ele, portanto, não a conhece). Isso porque, partindo das premissas que temos adotado, o real somente ganha realidade (adentra ao mundo do sujeito) quando o sujeito passa a ter linguagem competente para sobre ele falar. Assim, tendo em vista que os dominados pelo poder de violência simbólica desconhecem-no (não possuem linguagem para sobre ele falar), resumem-se a, diante dele, calar-se, não podendo sequer criticá-lo. Ou seja, enquanto a realidade (violência simbólica) existente sob o ato de poder não for como tal reconhecida pelos dominados, referida realidade continuará sendo algo não constituinte da realidade deles, e o poder permanecerá sendo reproduzido como legítimo. Nas palavras Ferraz Jr., o poder “(...) é *reconhecido* como *legítimo* à medida que é *desconhecido* como violência (simbólica).” (**Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**, p. 57). E o mais grave é que o poder de violência simbólica, pela ocultação ideológica (simbólica), impede que aquela realidade dos dominantes (violência simbólica) seja constituída em realidade para os dominados. Impede, enfim, que a violência simbólica seja inscrita (simbolizada) em linguagem acessível aos dominados que, ao não

uma perfeita forma de dominação, pois, conforme ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o poder que não é percebido é, de todos, o mais perfeito”⁴³⁹.

Com isso, presos ao senso comum teórico e a esse poder de dominação simbólica, os operadores do direito têm ignorado que o Estado brasileiro, sem antes ter viabilizado as transformações prometidas pelo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 – que deve ser dirigente e extremamente ativo, implementando programas sociais emancipadores capazes de sanar as feridas deixadas pelo Estado Liberal meramente regulador –, vem mantendo o *status quo* (liberal-individualista) por meio da implementação do chamado modelo neoliberal, na esteira dos países desenvolvidos que, contrariamente ao que aqui ocorreu, passaram por décadas de um efetivo Estado Democrático de Direito – que minimizou os problemas sociais por eles vivenciados, decorrentes do Estado Liberal, que trouxe avanços econômicos, porém muita desigualdade social –, de modo que, agora, estão mais preparados para enfrentar o neoliberalismo (o que não garante, aliás, que mesmo para eles o neoliberalismo não venha a redundar em um retrocesso aos avanços sociais alcançados, motivo pelo qual nações altamente politizadas, como a França⁴⁴⁰, têm rediscutido a necessidade de retorno às políticas públicas do Estado Providência⁴⁴¹), com os avanços econômicos que ele pode oferecer.

darem conta dela (da sua presença no mundo), simplesmente a reproduzem de forma acrítica. Verificamos, assim, a gravidade dessa forma de dominação, pois como destaca Ferraz Jr., com base nas lições de Elias Canetti (*Massa e Poder*), “o poder que não é percebido é, de todos, o mais perfeito (...)”, complementando, ainda, ao tratar do tema do poder de violência simbólica e das suas vicissitudes, com a seguinte conclusão: “Nesse sentido, o exercício do poder nunca é crítico, pois sempre pressupõe o desconhecimento social de sua constituição objetiva como condição do exercício.” (**Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**, p. 15 e 57). Verificamos, assim, a tônica do poder de violência simbólica, pois se trata justamente de um poder que não é percebido.

⁴³⁹ **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**, p. 15.

⁴⁴⁰ A respeito, ver, *infra*, em nota de rodapé constante deste mesmo item de n. 6.7 do nosso trabalho, onde destacamos problemas enfrentados pela França.

⁴⁴¹ Interessante apresentar, aqui, trecho de recente obra de Boaventura de Sousa Santos, na qual critica veementemente o neoliberalismo no que serve ao agravamento das desigualdades sociais: “Ao longo do século XX, a tensão entre capitalismo e democracia vivida no Norte girou em torno da questão da redistribuição social. Essa foi uma das grandes questões subjacentes à crise de legitimidade durante a década de 1970. A conversão da crise da legitimidade em crise da governabilidade foi a resposta capitalista às pressões no sentido de uma redistribuição social mais ampla e mais profunda. O neoliberalismo neutralizou, ou enfraqueceu grandemente, os mecanismos democráticos de redistribuição social – ou seja, os direitos socioeconômicos do Estado-Providência, ou as políticas redistributivas, não necessariamente assentes em direitos do Estado desenvolvimentista. Privada do seu potencial redistributivo, a democracia tornou-se completamente compatível com o capitalismo, e em tal grau que ambos se transformaram nos conceitos gêmeos que presidem ao novo modelo global das questões políticas e sociais, um

A respeito desse tema, Boaventura de Sousa Santos, em recente obra – na qual critica o neoliberalismo e sua imposição de alcance mundial pelos países desenvolvidos –, destacou que “o neoliberalismo neutralizou, ou enfraqueceu grandemente, os mecanismos democráticos de redistribuição social”⁴⁴². Mais que isso, o citado autor ainda formulou intrigante alerta, ao afirmar categoricamente que “a redistribuição social é o problema mais sério com que nos deparamos neste início de século XXI”⁴⁴³.

Nesse contexto, não podemos deixar de citar Flávia Piovesan, que bem destaca que no Brasil os operadores do direito (e o Estado em geral) possuem um instrumento com força mais que suficiente para a minimização dos problemas

modelo imposto a nível mundial pela globalização neoliberal, pelas políticas de ajustamento estrutural e também, mais recentemente, pela guerra neocolonial. Passados trinta anos, a questão da redistribuição afigura-se mais séria do que nunca. Nalguns setores da produção e nalgumas regiões do mundo, os índices de exploração atingiram níveis tão elevados que, a julgar também pelos mecanismos brutais utilizados para os obter, parece estarmos a entrar numa nova época de acumulação primitiva do capital. (...) Finalmente, a receita triádica formada pela privatização, mercantilização e liberalização desgastou aquilo que era propriedade comum tutelada pelo Estado, transformando-a numa nova geração de direitos privados. Surgiu uma nova forma de governo indirecto (escoando o ‘governo indirecto’ do colonialismo inglês) em que actores económicos poderosos detêm um poder tremendo e desobrigado de qualquer responsabilidade, controlando desse modo os meios de subsistência básicos das pessoas, desde bens como água até à energia, passando pelas sementes, pela segurança ou pela saúde.” E conclui Boaventura lançando um forte alerta: “A redistribuição social é o problema mais sério com que nos deparamos neste início de século XXI.” (**A gramática do tempo**: para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum, v. 4, p. 411)

⁴⁴² **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum, v. 4, p. 411.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 411. Seguem mais alguns trechos da referida crítica lançada por Boaventura de Sousa Santos: “Ao longo do século XX, a tensão entre capitalismo e democracia vivida no Norte girou em torno da questão da redistribuição social. Essa foi uma das grandes questões subjacentes à crise de legitimidade durante a década de 1970. A conversão da crise da legitimidade em crise da governabilidade foi a resposta capitalista às pressões no sentido de uma redistribuição social mais ampla e mais profunda. O neoliberalismo neutralizou, ou enfraqueceu grandemente, os mecanismos democráticos de redistribuição social – ou seja, os direitos socioeconômicos do Estado-Providência, ou as políticas redistributivas, não necessariamente assentes em direitos do Estado desenvolvimentista. Privada do seu potencial redistributivo, a democracia tornou-se completamente compatível com o capitalismo, e em tal grau que ambos se transformaram nos conceitos gêmeos que presidem ao novo modelo global das questões políticas e sociais, um modelo imposto a nível mundial pela globalização neoliberal, pela políticas de ajustamento estrutural e também, mais recentemente, pela guerra neocolonial. Passados trinta anos, a questão da redistribuição afigura-se mais séria do que nunca. Nalguns setores da produção e nalgumas regiões do mundo, os índices de exploração atingiram níveis tão elevados que, a julgar também pelos mecanismos brutais utilizados para os obter, parece estarmos a entrar numa nova época de acumulação primitiva do capital. (...) Finalmente, a receita triádica formada pela privatização, mercantilização e liberalização desgastou aquilo que era propriedade comum tutelada pelo Estado, transformando-a numa nova geração de direitos privados. Surgiu uma nova forma de governo indirecto (escoando o ‘governo indirecto’ do colonialismo inglês) em que actores económicos poderosos detêm um poder tremendo e desobrigado de qualquer responsabilidade, controlando desse modo os meios de subsistência básicos das pessoas, desde bens como água até à energia, passando pelas sementes, pela segurança ou pela saúde.” (*Ibidem*, p. 411).

sociais. Trata-se da Constituição de 1988. Nesse sentido, após destacar que “a Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país” e que, após vinte e um anos de regime autoritário, a Carta de Outubro objetiva “(...) resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁴⁴”, conclui enfatizando que ela introduz “(...) um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país⁴⁴⁵. Mais que isso, ao tratar especificamente dos direitos sociais, lembra que “(...) a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata⁴⁴⁶”, concluindo, na seqüência, com base na doutrina de Paulo Bonavides, que os direitos sociais encontram-se inclusive consagrados dentre as cláusulas pétreas⁴⁴⁷.

Infelizmente no Brasil, contudo, apesar de termos avançado teoricamente com a Constituição de 1988, que no seu texto constituiu um Estado Democrático de Direito com ampla preocupação com a transformação social, pragmaticamente ainda convivemos com um Estado liberal-individualista⁴⁴⁸ e, o que é pior, estamos na

⁴⁴⁴ A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e do seu destaque e importância no texto da Constituição de 1988, ressalta Flávia Piovesan: “O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional” (**Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**, p. 56). No âmbito do direito tributário, verificamos a presença do princípio da dignidade humana informando os mais importantes pilares de sustentação da tributação, determinando, por outro lado, aquilo que conhecemos por Estatuto do Contribuinte [Paulo de Barros Carvalho, partindo da nossa realidade jurídico-positiva, define o que entendemos por Estatuto do Contribuinte como sendo a “(...) a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que positiva ou negativamente estipulam os direitos, obrigações e deveres, do sujeito passivo, diante das pretensões impositivas do Estado” (**Estatuto do Contribuinte, garantias em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte**, p. 136)]. Nesse sentido, por exemplo, aparece a proteção do mínimo existencial (ver, *supra*, item 5.2) em matéria tributária, ou seja, a proteção da parcela de riqueza sem a qual nenhuma pessoa seria capaz de sobreviver dignamente.

⁴⁴⁵ **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**, p. 56.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁴⁷ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**, p. 58.

⁴⁴⁸ Veja-se, por exemplo, que Flávia Piovesan, após examinar os avanços da jurisprudência brasileira em termos de concretização do direito à saúde, pondera que se constatam, “(...) ainda, decisões que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afastam a justiciabilidade do direito à saúde.” (**Justiciabilidade dos direitos sociais e**

iminência de adentrar o modelo neoliberal (se é que nele já não estamos), tudo sem antes passar pela etapa do Estado Social⁴⁴⁹ e, muito menos, pelo Estado Democrático de Direito⁴⁵⁰.

Daí Lenio Streck falar em uma modernidade tardia no Brasil, pois aqui, efetivamente, ainda não obtivemos sequer a concretização das promessas da modernidade:

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. (...)

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é 'um monumento à negligência social', ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades (HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos*. Trad. de Marcos Santarrita. Companhia das Letras, 1995). Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais

econômicos no Brasil: desafios e perspectivas, p. 61). No mesmo artigo publicado na *Revista de Direito do Estado*, a citada professora apresenta inúmeros precedentes jurisprudenciais que confirmam sua conclusão (*Ibidem*, p. 59-69). Lenio Streck, por sua vez, lança a seguinte crítica a respeito do tema: "Talvez por acreditar em (...) verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito, inseridos na já delineada crise de paradigma de dupla face, 'consigam' (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social dele – jurista – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. *Não se dão conta do devir histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (...) e de sua situação hermenêutica, ou seja, não têm a compreensão prévia, a antecipação do sentido do que seja, por exemplo, a função social do Direito (e do Estado)*. Veja-se, a propósito disto, que, enquanto milhões de pessoas não têm o mínimo de atendimento médico, o governo gastou, para salvar o Banco Bamerindus, o montante de 6 bilhões de reais, afora outros 20 bilhões gastos com outras instituições bancárias. O Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar acerca da interpretação do art. 196 da Constituição Federal, que reza que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado ...', negou (e tem (só)negado) efetividade a esse direito. Argumento usado para negar o direito: a interpretação 'correta' do art. 196 da CF – que, consoante a doutrina dominante, é uma norma programática (*sic*) – não leva ao entendimento de que o Estado tenha a obrigação de atender os pedidos de remédios, e atendimentos médicos, pois, onde, no art. 196, está escrito *dever*, não se pode ler *obrigação jurídica* ... (...) Parece que a linguagem, isto é, o discurso jurídico interpretante, *serve apenas como instrumento (terceira coisa) para 'buscar-encontrar' 'o' sentido que 'flutua' sobre o texto 'originário'*" (**Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 235-237) (os grifos são do autor). E isso nos preocupa, pois se mesmo em casos envolvendo o direito à saúde – que está diretamente relacionado com o direito à vida, um dos valores mais intensamente protegidos pela Constituição – o Judiciário por vezes tem se omitido, deixando de conferir-lhe efetividade e, assim, de garantir a concretização da Constituição, o que dizer então de casos em que o direito violado pelo Estado é de menor expressão, como é, por exemplo, o direito à "justiça tributária" (de que já tratamos de forma intensa no item 5.2, *supra*, deste trabalho), objeto de análise do presente trabalho? Daí porque temos defendido, no presente estudo, uma mudança radical da forma de agir dos operadores do direito, para que passe a ser mais comprometida com a concretização do conjunto principiológico constitucional.

⁴⁴⁹ A respeito do Estado Social, ver: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**.

⁴⁵⁰ A respeito do Estado Democrático de Direito, ver: REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**.

promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal⁴⁵¹.

Veja-se, por exemplo, que as primeiras medidas adotadas por nossos governantes, quando do advento da Constituição de 1988, não foram a reforma tributária (para desonerar os mais necessitados e as empresas e, assim, contribuir com minimização das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico, neste caso com o conseqüente aumento dos postos de trabalho), nem a reforma previdenciária (capaz de garantir dignidade àqueles que dela carecem) ou política

⁴⁵¹ Ainda a respeito dessa questão, vale citar os seguintes trechos da obra de Lenio Streck: “Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. *Só que existe um imenso deficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno.* Daí vir a propósito o dizer de Boaventura Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: *‘Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal’.* E acrescenta: *‘Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco. (...) Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos, tão excluídos’* (SANTOS, Boaventura de Sousa. Boaventura defende o Estado forte. **Correio do Povo**. Seção Geral. Porto Alegre, 6 de abril de 1988, p. 9). É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. *As políticas neoliberais, que visam minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza.* Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após uma avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao ‘Estado absenteísta’, ‘minimizado’, ‘enxuto’ e ‘desregulamentado’ (*sic*), ao ponto de um dos líderes do PFL – Partido da Frente Liberal, Sem. Jorge Bornhausen, que apoiou o governo Fernando Henrique Cardoso, nos oito anos de mandato, declarar, no jornal Folha de S. Paulo do dia 10.12.98, que se fazia urgente o *desmonte do estado* (*sic*), deixando-o absolutamente mínimo, propondo, inclusive, a venda da Petrobrás, do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal... É esse, pois, o dilema: *quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!* Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.* (...) Por isto, não tenho dúvidas em concordar com Warat quando afirma que a *dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. Dito de outro modo, o Direito não pode (mais) ser visto como sendo tão-somente uma racionalidade instrumental.*” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 26-27) (os grifos são do autor). Aliás, a respeito das promessas não realizadas da modernidade, bem como das lutas da “globalização contra-hegemônica” (defendida por Boaventura em face da “globalização neoliberal”, por ele reconhecida como sendo, contemporaneamente, a hegemônica), vale citar o seguinte trecho da obra de Boaventura de Sousa Santos: “(...) o FMS [Fórum Mundial Social] está nos antípodas da utopia jurídica presente no centro das sociedades capitalistas modernas. No entanto, as lutas da globalização contra-hegemônica, cientes do risco que seria deitar fora o bebê com a água do banho, não podem dar-se ao luxo de não fazer uso de todos os meios não violentos ao seu alcance para combater a modernidade capitalista, incluindo os que foram inventados pela modernidade capitalista para trair as suas próprias promessas de liberdade, igualdade e não discriminação. Nisto reside uma concepção transmoderna e intercultural do direito e da política”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum, v. 4, p. 431)

(para sanar as vicissitudes do sistema atual), muito menos a implementação de serviços eficazes de educação, saúde e segurança. Pelo contrário, o que vimos foi, primeiramente, uma abertura irresponsável das nossas fronteiras conjuntamente com o confisco da poupança dos cidadãos (governo Collor de Mello) e, na sequência (governo Fernando Henrique), a privatização de setores essenciais (energia elétrica, telefonia, bancos, estradas – estas por meio de concessões – etc.) que, se mantidos com o governo, poderiam ser utilizados como fortes instrumentos para minimizar as desigualdades sociais (como, por exemplo, por meio da fixação de uma tarifa zero para quem não pode pagá-la)⁴⁵².

E, mais recentemente, a esperança da maioria do povo brasileiro foi toda lançada num grupo que se dizia (nas campanhas pré-eleitorais de 2002) ser a esperança para a sociedade brasileira, em especial para a classe menos favorecida socioeconomicamente, que é a que mais sofre com o paradigma liberal individualista (e, agora, com o neoliberalismo que se faz cada vez mais presente). Foi assim que o Partido dos Trabalhadores ascendeu ao Poder, ou seja, com a bandeira da esperança de que enfim o Estado Democrático de Direito teria sua vez no Brasil. Esse sentimento de esperança, contudo, transformou-se em frustração para milhares de pessoas, conforme pode ser verificado da entrevista concedida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵³ ao *Jornal do 22*, do Centro Acadêmico 22 de Agosto (entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da PUC-SP):

4) O que o senhor pensa a respeito do novo modelo proposto para o Estado brasileiro, regulador ao invés de provedor?

⁴⁵² Nesse sentido, vale citar crítica lançada por Eros Grau, destacando a responsabilidade dos dois mencionados Presidentes à “crise do Direito” vivenciada no Brasil: “É inegável a existência dessa crise. Não podemos deixar de apontar, contudo, duas evidências. Uma, a de que essa peculiar ‘crise do direito’ não é, originalmente, dele, mas sim de quem o produz, o Estado. Vivemos, nesta última década, sob deliberado processo de enfraquecimento do Estado, patrocinado pelos governos neoliberais globalizantes dos Presidentes Collor e Cardoso. (...) Ora, obtida a fragilização do Estado, todos os seus produtos passam a exibir a marca dessa fragilização. O Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser ‘posto’ pelo Estado não apenas porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário. Em segundo lugar, cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes (...). Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos já não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os poderes.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Apresentação, p. 15-16).

⁴⁵³ **Jornal do 22**, Entrevista, p. 13.

Este modelo é simplesmente a resposta a interesses do chamado neoliberalismo. (...) Há interesses internacionais que insistem nessa tecla. Eles não querem um Estado provedor. Entretanto, o Estado provedor em países subdesenvolvidos é absolutamente indispensável. Quando se tem uma população de miseráveis, não dá para imaginar que os particulares vão acudir a miséria de maneira satisfatória, suficiente – esta seria uma ilusão absoluta. Então, o Estado tem que ser provedor. Isto de um ponto de vista ideal, abstrato. De um ponto de vista do direito positivo brasileiro, não há nem que se discutir. O Estado brasileiro é obrigado a ser provedor, pois isto está expresso na CF brasileira quando ela enuncia uma relação de serviços públicos; quando traça os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; quando aponta os vetores da ordem econômica (a Constituição subordina toda a ordem econômica ao atendimento da Justiça Social). Como é que você vai ter tudo isso se o Estado não for intervencionista? (...) Vou só dar um exemplo a este respeito (o perigo da privatização): quando você tem um país com grande desnível sócio-econômico, (...) como é que você pode esperar resolver as coisas através de concessões de serviço público? É impossível. Com efeito, quais são os mais necessitados do serviço público? Obviamente esta multidão de miseráveis, dos que não tem dinheiro. Estes nunca poderão, sem sacrifícios desmesurados, pagar tarifas suficientes que retribuam o capital e permitam novos investimentos e uma atualização constante. Isso, custeado pela maioria de miseráveis, é inviável, é impossível. (...) ⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Vale ainda citar, nesta nota, a continuidade da resposta de Celso Antônio Bandeira de Mello à questão “4” de sua entrevista, bem como sua resposta às questões “6”, “12” e “13”: “Então, a concessão de serviço público é alguma coisa que só pode funcionar em países onde há um razoável equilíbrio, onde não há uma miséria acentuada da maior parte da população. Ou então, num caso extremo, num país tão miserável, mas tão miserável, mas tão desgraçado, que não tenha capacidade para prestar nenhuma espécie de serviço, por falta de conhecimento técnico e gerencial. Não é o caso do Brasil que há muitíssimos anos prestou serviços mediante empresas estatais. O Brasil está sofrendo uma nova colonização. Fomos colonizados por Portugal e agora Portugal já está aqui de novo. A Espanha também colonizou o restante da América Latina e também está de volta. O BNDES financiou a compra de nossas empresas para entregá-las aos estrangeiros. (...) O pior é que este modelo destrutivo do País não apresenta sinais de mudança. Tudo continua do jeito que estava e a política econômica é exatamente a mesma. Só não tem como Presidente do Banco Central um americano, mas arrumaram um que foi presidente internacional de um banco americano. (...) **6) Qual sua visão acerca das Parcerias público-privadas?** Olha era o que faltava. Era a pá-de-cal para acabar de enterrar o Brasil. Essa PPP é uma coisa lastimável, sem contar que sua lei reguladora está repleta de inconstitucionalidades. É perigosíssima. Por meio desta PPP o que se quer é instituir contratos de prestação de serviços, falsamente rotulados de concessão, que ao invés de ficarem limitados a um máximo de 5 anos, como estabelece a lei reguladora 8.666 de 93 – poderão ter duração de 35 anos, oferecendo-se aos contratados e seus financiadores garantias inimagináveis nos contratos e concessões até então existentes. Quer se dar a estes contratos aquilo que se nega a todo povo brasileiro em matéria de responsabilidade do Estado. Com efeito, a responsabilidade do Estado é uma piada. Há Estado que não paga um precatório há mais de 20 anos. Nós damos em aula responsabilidade do Estado, só que deixamos de dizer: ‘Só que não existe, viu?!’ Quero dizer, essa gente que fizer contrato com o governo vai ter garantia de pagamento, nós não, os cidadãos brasileiros não. Se um indivíduo é desapropriado, ele não tem garantia, se ele tem que receber um pagamento, digamos, de alimento, ele não tem garantia. Mas se ele é uma grande empresa e faz parte do universo de privilegiados que assinem um contrato de PPP, ou que financiem um contrato, então será privilegiado, vai ter todas as garantias imagináveis, sejam elas constitucionais ou inconstitucionais. (...) E não se diga que estes vícios todos podem ser suprimidos da lei quando a matéria for levada ao Supremo Tribunal Federal. É preciso ter nascido ontem para imaginar que este irá julgar alguma coisa contra os desejos do Governo. Depois que ali se validou a contribuição previdenciária dos inativos já aposentados, não há mais nada que não seja capaz de fazer! (...) **12) Como analisar um governo que veio da oposição mas mantém o mesmo posicionamento do governo anterior?** Isto foi uma das maiores decepções da minha vida e deve ser também de uma quantidade imensa de pessoas. Você vai e vota quatro vezes como eu

Verificamos com transparência, portanto, a partir da análise do pronunciamento de um dos maiores juristas da atualidade no Brasil – que acreditava em uma radical mudança com a eleição para Presidente da República Federativa do Brasil de um determinado sujeito ex-operário, representante da classe dos trabalhadores e filiado ao Partido dos Trabalhadores⁴⁵⁵ –, a frustração com a

num sujeito que foi quatro vezes candidato à presidente da república e vota sempre no partido dele. Não me escandaliza tanto a mudança de posição de um presidente que é uma pessoa, seres humanos são falíveis como eu sou falível, tenho que reconhecer que todos têm o direito de ser falíveis. Agora quando não é um, mas um partido inteiro, aí realmente eu me deprimos. Eu realmente me deprimos, porque é sinal que era muita gente que estava me enganando e estava enganando milhões de brasileiros, não é? Hoje o grave no Brasil é que nós não temos mais oposição, só existe a direita. Você só tem a direita, porque o PT tornou-se um partido claramente de direita, o PSDB evidente que é de direita, o PMDB obviamente é de direita e assim por diante. Logo, nós não temos mais esquerda. Este pessoal que está aí não tem oposição ideológica de ninguém. Aquele senhor que foi presidente durante oito anos, chefe do executivo durante oito anos, disse uma coisa muito certa: 'A disputa entre PT e o PSDB é só uma disputa pelo poder e nada mais. Eles são iguais'. Então é claro que eu olho isso com grande desgosto, decepção. Diante disso a gente pode cair no desânimo e pensar: chega, chega! Não me interessa mais por nada, não quero mais saber de nada. Mas, deve então pensar, como certa vez o prof. André Franco Montoro me convocou a pensar, logo que foi dado o golpe de 64. Encontramo-nos na sala dos professores e ele me disse: 'Vamos fazer uma reunião para discutir o que ocorreu e as perspectivas futuras'. Eu objetei: 'Professor, acaba de haver um golpe e vai durar uns vinte anos e o senhor está falando em fazer reunião? Desculpe mas não é a hora'. Ele: 'Os chineses tem um provérbio que diz: a mais curta e a mais longa das estradas começam pelo primeiro passo. Se nós não dermos o primeiro passo agora, vai ser um passo a menos no tempo, do que se nós começarmos amanhã, ou depois de amanhã'. Essa lição que eu ouvi do Professor André Franco Montoro nunca mais me esqueci. **13) Qual é a sua avaliação sobre a política social do atual governo federal?** Péssima. Se você está no socialismo é ao Estado que incumbe fazer tudo, mas quando se está no capitalismo o Estado tem, pelo menos, que oferecer as condições para que os agentes econômicos possam desenvolver satisfatoriamente a produção, o comércio e o setor de serviços impulsionando o progresso e ocupando mão de obra. Qual é o primeiro dos deveres do Estado, em face dos cidadãos? Segundo minha perspectiva, o primeiro, o primeiríssimo de todos é proporcionar emprego. Onde não há emprego, não há dignidade, quando não há dignidade o ser humano desce uma rampa que termina por aniquilá-lo. Logo, uma política econômica que não facilita o pleno emprego; uma política econômica em que se prioriza pagar estrangeiros, juros da dívida externa, portanto, atender a que tem dinheiro, ao invés de promover socialmente os miseráveis, isto é, os que não tem dinheiro, para mim isso não é política social, isso é anti-política. (...) Esta obsessão com a inflação e pouca atenção com a miséria é a desgraça do País." (**Jornal do 22**, Entrevista, p. 9-13).

⁴⁵⁵ Pode-se contra-argumentar no sentido de que o governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva tem viabilizado alguns avanços na área social. Estes, contudo, têm sido pontuais e, na maioria das vezes, assumem a forma de mero filantropismo (caridade), o que em nada contribui para uma redistribuição social sustentável e emancipatória. Nesse sentido, vale citar crítica de Boaventura Santos sobre o tema do assistencialismo de natureza filantrópica, quando realizado isoladamente: "(...) aquilo que é benéfico não determina, só por si, aquilo que é emancipatório. Se a população dos sem-abrigo ou sem-teto aumenta exponencialmente, é bom que aqueles que possuem residência própria os deixem abrigar-se no alpendre das suas casas. Sempre é melhor do que nada. No entanto, devido ao caráter voluntário do gesto, a redistribuição assim obtida obedece à lógica da filantropia. Ou seja, ela não ocorre de uma forma capacitadora (...)." (**A gramática do tempo**: para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum, v. 4, p. 412). Deveras, enquanto a educação e a oportunidade de emprego digno para os excluídos não constar do topo das prioridades das políticas públicas, não teremos como acreditar numa consistente e eficaz redistribuição social, pois todo o resto é apenas paliativo.

manutenção do paradigma liberal-individualista até os dias de hoje, descomprometido com os avanços sociais prescritos pela Constituição de 1988.

Ou seja, o que percebemos é que temos um Executivo e um Legislativo que ora se omitem, ora atuam em contradição com a Constituição, e, por outro lado, um Judiciário que não cumpre sua função essencial de sanar tais inércias e antinomias quando acionado para tal fim. Pelo contrário, tem o Judiciário não só se omitido, como servido de instrumento dos Poderes Executivo e Legislativo nas suas barbáries contra a Constituição⁴⁵⁶. Esta, no entanto, felizmente ainda não foi modificada no que apresenta de essencial, que é sua matriz constituinte de em Estado Democrático de Direito.

Deveras, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda é uma esperança para que o Brasil venham a ter um efetivo Estado Democrático de Direito, onde a garantia e a concretização dos direitos fundamentais e uma melhor redistribuição social sejam uma realidade. Necessita, contudo, ser melhor interpretada/aplicada⁴⁵⁷, o que estaremos demonstrando de forma mais abrangente no próximo item deste trabalho.

6.8 Hermenêutica jurídica no Estado Democrático de Direito brasileiro

Apontamos, no item anterior, um panorama da atual fase jurídica, política e socioeconômica que o Brasil tem enfrentado, bem como as disfunções e enfermidades decorrentes da não-implementação, por aqui, de um efetivo Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, indicamos a necessidade de uma melhor interpretação da nossa Constituição, com a respectiva superação dos paradigmas liberal-individualista e da filosofia da consciência, como sendo o caminho para concretização, por aqui, do Estado Democrático de Direito. De fato – conforme

⁴⁵⁶ Vale aqui destacar trecho de artigo de José Roberto Vieira, em que critica a forma obscura, artificiosa e contraditória da atuação do governo no âmbito tributário: “Por isso as propostas de reforma tributária, sobretudo as oriundas do governo, apresentam essa insustentável artimanha. Hoje tramita no Congresso Nacional a PEC nº 62/2007, parte ainda remanescente da mesma proposta que redundou na Emenda Constitucional nº 42/2003. Ilustremos o referido artifício manhoso, pela memória de que a Exposição de Motivos daquela proposta proclamava buscar um ‘...amplo e salutar fortalecimento federativo...’, mas promovia uma radical centralização das normas do ICMS, num manifesto assalto à autonomia dos estados e numa flagrante violação do Princípio Federativo; apregoava, para a CPMF, ‘...o propósito de estabelecer a redução da sua alíquota...’, mas revogou expressamente uma redução programada da alíquota desse tributo para 0,8%, mantendo a anterior alíquota de 0,38%, numa cínica e despuddorada contradição com o propósito alardeado! (Esse obscuro e ardisoso objeto do desejo, p. 10)

⁴⁵⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Jornal do 22**, Entrevista, p. 11.

podemos extrair de outro trecho da já citada entrevista oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello – apesar das inúmeras emendas realizadas à Constituição de 1988, ela “ainda é uma esperança. O que precisa é ser melhor interpretada”⁴⁵⁸.

E é essa melhor interpretação do texto constitucional (e dos textos infraconstitucionais, que deve ser realizada sempre em contextualização com a Constituição) que temos defendido neste trabalho, para que, enfim, possamos vivenciar, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado forte e que promova a transformação social. Nesse sentido é a doutrina de Elizabeth Carrazza ao realçar que o conjunto principiológico da Constituição brasileira (em especial o princípio da igualdade) impõe ao Estado superar as desigualdades sociais:

O Estado não pode, portanto, omitir-se diante das desigualdades sócio-econômicas existentes. Tem o dever de atuar no sentido de corrigi-las ou, quando pouco, diminuí-las, garantindo, a todos, a igualdade de possibilidades. Para este fim, inúmeros são os dispositivos constitucionais relativos à ordem econômica e social. Tais dispositivos não constituem meros conselhos aos detentores do poder estatal. São normas cogentes, que contêm em seu bojo verdadeiros princípios constitucionais.

(...) Estes preceitos visam garantir a todos uma existência digna, afastando-se a miséria e a marginalização. Sem tais garantias, que decorrem da igualdade, não há falar em direito individuais, tais como a liberdade de pensamento, a segurança jurídica etc.

(...) Deve-se sempre atentar, numa análise jurídica da igualdade, para os caminhos apontados pela norma constitucional. (...) O estudo jurídico deve partir, sempre, do dado jurídico fundamental, que é a Constituição. Ela abraça valores sociais, econômicos, políticos etc., que cabe ao intérprete entender e prestigiar⁴⁵⁹.

Para tanto, ou seja, para que a interpretação constitucional enfim possa proporcionar a realização dos valores fixados na forma de princípios na Constituição, é que temos trabalhado. Nesse esforço, primeiro apresentamos o panorama atual (decorrente da nossa tradição) para, a partir de uma crítica a ele (crítica aos nossos pré-juízos e pré-conceitos formados por essa tradição), tentarmos estipular formas de superá-lo, para que a interpretação dos textos constitucional e infraconstitucional passe a ser realizada a partir de uma nova base. De uma nova pré-compreensão do mundo, agora filtrada por uma análise crítica dos nossos pré-juízos (e pré-conceitos), análise esta fundada nos valores prestigiados pela Constituição.

⁴⁵⁸ **Jornal do 22**, Entrevista, p. 11.

⁴⁵⁹ **Progressividade e IPTU**, p. 32-34.

Previamente ao trato específico dessa questão, entretanto, é indispensável ressaltar que, tendo em vista a importância que atribuímos ao Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro (inclusive reconhecendo sua relevante atribuição de, quando chamado a agir em virtude de antinomias e inércias dos Poderes Executivo e Legislativo em relação à Constituição, atuar de modo a garantir a concreção das promessas da modernidade – justiça social, igualdade material, liberdade, não-discriminação e outros direitos humanos fundamentais –, afastando aquelas contrariedades e omissões)⁴⁶⁰, bem como em função da relevante

⁴⁶⁰ Nesse sentido é a doutrina de Lenio Streck: "(...) no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. *Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabelece o Estado Democrático de Direito.* (...) Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constitucional –, *a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição.* Assim, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, *pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.* (**Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 54-55) (os grifos são do autor). Verificamos, neste aspecto, a forte presença da teoria substancialista na doutrina de Lenio Streck, autor que, contudo, não deixa de reconhecer alguns pontos sensíveis da sua própria tese, apresentados nos seguintes termos na edição atualizada da sua obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (esta argumentação não consta da edição original da citada obra de Lenio Streck): "Isso, à evidência, exigirá um controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais, principalmente) e com isso aumente o espaço de poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma neoconstitucionalista: a democracia. Assim, a assertiva de que o Estado Democrático de Direito dependeria muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos deve ser relativizada. O Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências da política do *welfare state*. Igualmente não se pode apostar em uma 'república de juízes'." E, em outro trecho, Lenio Streck volta a tocar no ponto sensível de sua tese: "(...) compartilho da desconfiança de Bercovici (*Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2002) para com o Poder Judiciário, *o que pode ser facilmente percebido pelas agudas críticas que tenho lançado à atuação da justiça brasileira, afora as críticas à doutrina e ao ensino jurídico.* (...) É evidente que a defesa de um certo grau de intervencionismo da justiça constitucional (ou, se quiser, do Poder Judiciário) – que venho sustentando sem a menor ilusão de que existam apenas 'bons ativismos e bons ativistas' – implica o risco (...) da ocorrência de decisões judiciais emanadas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, contra a Constituição, *com o conseqüente esvaziamento de seus valores substanciais, o que representa – aí sim – usurpação de poderes constitucionais.* De qualquer modo, sem tirar a razão da percutiente observação de Bercovici, tenho que o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isto é inexorável. O que ocorre é que, em países de democracia tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), *não se pode abrir mão da*

influência que temos atribuído ao conjunto principiológico constitucional na atividade (do intérprete/aplicador) de produção da norma jurídica, fica evidente que nos aproximamos da teoria substancialista (na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello, Lenio Streck, Paulo Bonavides, Fábio Comparato, Eros Grau, e, para citar alguns estrangeiros, Cappelletti, Canotilho, Laurence Tribe e Dworkin⁴⁶¹);⁴⁶² e não da procedimentalista (conforme Álvaro Ricardo Souza Cruz e Gesta Leal e, no exterior,

intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.” Justamente em função disso é que apresentou conclusão nos seguintes termos: “Daí a necessidade de se lançar mão da jurisdição constitucional, mesmo que esta não responda adequadamente às demandas propostas”. (*Ibidem*, p. 53-55 e notas nº 74-75) (os grifos são do autor). Em outra obra, ao tratar do mesmo assunto, complementa Lenio Streck: “É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo.” (**Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 116-117). No entanto, o mesmo autor lembra que não se pode confundir “(...) a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais. (...) é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos (...) Ora, uma coisa é defender uma jurisdição constitucional efetiva, substancialista e republicana; outra coisa é aceitar decisionismos, muitas vezes – ou na maioria das vezes – feitos contra a própria Constituição”. (*Ibidem*, p. 117 e 119 - nota 01) (os grifos são do autor). Deveras, apesar de a atividade interpretativa ser produtora de sentido, devendo, portanto, ir além do texto, ela não pode apartar-se deles. Mais adiante, quando tratarmos do percurso de construção da norma jurídica (itens 7 e 8, *infra*), deixaremos bem claro que o intérprete, ao final do labor construtivo da norma, deve sempre retornar aos textos para verificar se a norma produzida é compatível com os significantes dos textos que serviram de base para a atividade interpretativa.

⁴⁶¹ Conforme ressalta Lenio Streck, “embora classificável como defensor de uma posição liberal-contratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição [substancialista], entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição”. Contudo, também com Lenio Streck, entendemos ser necessário levantar críticas a algumas das teses Dworkianas, em especial com relação à idéia de que haveria uma “(...) delegação em favor do juiz para apoiar-se em si mesmo, a partir de uma espécie de privilégio cognitivo, enfim, a idéia do juiz Hércules, bem como à tese de que sempre há uma única resposta correta (...)”, pois contradizem nossas premissas ancoradas no giro lingüístico e na hermenêutica filosófica (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 44 e nota nº 55).

⁴⁶² A respeito, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**; STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito; **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito; e **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas; BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**; e **Curso de direito constitucional**; COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**; CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**; TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**; e DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**.

Habermas, Roberto Gargarella, John Ely, Bruce Ackerman)⁴⁶³, sem que isso implique negar a importância do procedimento/processo.

Em síntese, conforme destaca Luiz Werneck Vianna, a corrente substancialista entende que, “(...) mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário (...) deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais (...)”⁴⁶⁴. Lenio Streck, por sua vez, na esteira da corrente substancialista e visualizando sua necessária implementação no Estado brasileiro, defende que “(...) o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”⁴⁶⁵.

Como contraponto à tese substancialista, Jürgen Habermas, defendendo a tese procedimentalista, critica a invasão do direito na política e na sociedade, sustentando que em um Estado Democrático de Direito compete à legislação política, permeada pela teoria do discurso, o papel fundamental. Nesse sentido, propõe, em máxima síntese, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitar-se a proteger um processo de criação democrática do Direito e, assim, a proteger os procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, tudo à luz da teoria do discurso. Por fim, aponta como principal crítica à tese substancialista o fato de que ela privilegia o Tribunal Constitucional em detrimento do legislador, nos casos de controle abstrato de constitucionalidade pelo Judiciário, sendo que o legislador é o legitimado democraticamente⁴⁶⁶.

Fez-se necessária essa breve exposição a respeito das teses substancialista e procedimentalista, bem como deixar expresso nosso posicionamento (que se aproxima mais da primeira, mas sem negar as virtudes da segunda, em especial o

⁴⁶³ A respeito, consultar: CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Habermas e o direito brasileiro**; GESTA LEAL, Rogério. **As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva**; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**; GARGARELA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**; ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review**; ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional**.

⁴⁶⁴ **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 37-38.

⁴⁶⁵ **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 50.

⁴⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**.

papel fundamental exercido pelo procedimento), pois essas teses explicam a relação existente, nos Estados Democráticos de Direito, entre direito, política e sociedade. Ou seja, explicam em que medida o direito, estabelecido no texto constitucional, pode influir na constituição da sociedade mediante a atividade do intérprete/aplicador de produção de normas jurídicas capazes de sanar antinomias e inércias decorrentes de posturas legislativas e executivas desconformes com a Constituição, quando “denunciadas” ao Judiciário.

Atualmente no Brasil, entretanto, sequer podemos visualizar a presença de uma das referidas teses, a não ser na doutrina de alguns dos autores e esparsa jurisprudência já mencionados. Nesse sentido é a análise crítica de Lenio Streck:

(...) se estamos longe da postura substancialista – e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição –, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com um procedimentalismo do tipo proposto por Habermas. Ora, a submissão do Congresso à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Executivo deixam claro o quanto estamos distantes de promover o que Habermas denomina de ‘combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada’ (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 186), enfim, o quanto estamos distantes da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos⁴⁶⁷.

Daí porque temos sustentado, com base nas possibilidades abertas pela hermenêutica filosófica, a necessidade de uma mudança no modo de proceder do intérprete no Brasil, seja do aplicador, seja no âmbito da dogmática, para que possamos, enfim, superar as balizas que nos têm impedido o acesso ao Estado Democrático de Direito prometido pela Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe à ordem jurídica, em especial, e à atividade estatal como um todo, uma postura emancipadora, de transformação da realidade social.

Destarte, sempre que o Executivo e o Legislativo atuarem em contradição ou manterem-se inertes frente ao que prescreve a Constituição, o Judiciário⁴⁶⁸ – em

⁴⁶⁷ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 51.

⁴⁶⁸ Com isso queremos reforçar que não estamos, aqui, a defender uma atuação arbitrária do Judiciário na política e na sociedade, muito menos que ele realize aleatoriamente atividades

resposta aos recursos constitucionais disponíveis e utilizados pela sociedade em busca de uma democracia verdadeiramente participativa e atenta às ingerências contra a Constituição – deve agir. Deveras, conforme destaca Vianna, “(...) a fim de conquistar uma democracia de cidadãos (...) uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”⁴⁶⁹. E, em sentido convergente, destaca Flávia Piovesan que “(...) para a consolidação do Poder Judiciário, como um *locus* de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador”⁴⁷⁰ que o direito pode ter”⁴⁷¹.

típicas de governo (destacamos *supra*, em nota de rodapé constante deste mesmo item de n. 6.8, doutrina de Lenio Streck a respeito desse tema), mas tão-somente que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, compete ao Judiciário uma postura ativa sempre que, em função de posturas legislativas e executivas não-conformes à Constituição, ele for chamado a agir para sanar aquelas incongruências. É que a Constituição, reconhecendo a ineficácia do Estado Liberal e do Social de Direito (onde o foco centrou-se no Legislativo e no Executivo, respectivamente), constituiu o Estado Democrático de Direito, passando a prever não somente um farto rol de direitos fundamentais, como também mecanismos para assegurá-los por meio de ações constitucionais, colocando o Judiciário com a importante atribuição de, em atendimento a tais recursos, viabilizar a concretização das expectativas sociais frustradas em decorrência de um Executivo e um Legislativo historicamente desrespeitosos à Constituição. Somente nesses casos, e nesses moldes, é que se admite atuação judicial. Ou seja, não se trata de defesa de uma atuação antidemocrática ou usurpadora de poder, mais sim de exercício de uma competência constitucional fixada justamente para assegurar uma “democracia de cidadãos”, ou, em termos mais amplos, a concretização do Estado Democrático de Direito.

⁴⁶⁹ **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, p. 43.

⁴⁷⁰ Quanto ao poder transformador do direito, destaca Eros Roberto Grau: “O que importa neste passo é a verificação de que **o direito é, sempre, um instrumento de mudança social**” (**O direito posto e o direito pressuposto**, p. 59) (grifamos). Deve-se entender “(...) o direito a partir do viés transformador que lhe foi dado pelo Estado Democrático de Direito, medianmte mudanças qualitativas e quantitativas que podem ser produzidas na sociedade.” (**Verdade e conseso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, p. 96).

⁴⁷¹ **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**, p. 68. A respeito da importância do Poder Judiciário como garantia última do cidadão para efetivação de seus direitos decorrentes do conjunto principiológico constitucional, em matéria tributária, destaca José Juan Ferreiro Lapatza: “Y la manifiesta, ya en mi país, con una especial perseverancia en la resistencia del poder a someterse, con todas sus consecuencias, en el ámbito tributario, al principio de tutela judicial efectiva, tutela judicial que la Constitución coloca, casi podríamos decir, como ‘cláusula de cierre’, como recurso último, en manos de los ciudadanos, para procurar la vigencia y aplicación efectiva del resto de los principios constitucionales.” (**Poder tributario y tutela judicial efectiva**, p. 93). Também Victor Uckmar, ao tratar da forma como o Estado deve atuar para auferir receitas tributárias, bem demonstra seus limites e a importância do judiciário para proteção do cidadão, em especial do seu mínimo vital: “En conclusión, siendo conscientes de la necesidad del ejercicio del poder impositivo para recoger medios financieros necesarios para la vida del Estado, certeza, equidad, eficiencia y transparencia deben ser respetadas, en la actuación de un Estado de Derecho en materia tributaria, en las tres funciones de legislación, administración, justicia, teniendo bien presente que: ‘an unlimited power to tax involves necessarily a power to

Nesse sentido, partindo das premissas que temos adotado (teoria da linguagem, hermenêutica filosófica e substancialismo) e adaptando-as à realidade brasileira, concluímos, conjuntamente com Paulo de Barros Carvalho, Lenio Streck e Raimundo Bezerra Falcão, que a interpretação/aplicação do direito no Estado Democrático de Direito brasileiro, apesar de ter que tomar como ponto de partida o texto interpretando, não deve se resumir a ele, devendo assumir um caráter produtivo para, por meio da construção de sentidos capazes de concretizar o conteúdo principiológico da Constituição, viabilizar a transformação social.

Mantendo coerência com essas bases teóricas, portanto, é que temos defendido que a atividade interpretativa deve derivar para uma contextualização do texto interpretado para com a Constituição (que é a fonte lingüística constituinte do Estado Democrático de Direito brasileiro), pois ela, a partir de seu conteúdo principiológico, tem a força de determinar o sentido (norma jurídica) a ser produzido⁴⁷². Esse percurso, ademais, não pode ignorar o contexto vivenciado e a participação da pré-compreensão (formada pela tradição) do intérprete, pois somente assim, conhecedor do contexto e consciente da influência da sua pré-compreensão na atividade interpretativa, o intérprete poderá eficazmente criticar os seus pré-juízos e pré-conceitos (que constituem sua pré-compreensão), afastando aqueles de natureza negativa, capazes de influenciar uma interpretação contraditória com a noção de justiça constitucional vigente, que é a representada pelo conjunto principiológico cravado na Constituição conforme temos defendido neste texto.

Para aprofundarmos o estudo a respeito da necessidade de mudança da forma de pensar do intérprete brasileiro, o qual tem sido acrítico por razões de vinculação ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência e ao paradigma

destroy: because there is a limit beyond which no citizen, no institutions and no property can bear taxation' (juez Marshal en la notable sentencia *McCulloch v. Maryland* 17 US 316 (1819))". (**El sistema tributario**: las instituciones, las administraciones fiscales, los contribuyentes, p. 117-118) (os grifos são do autor).

⁴⁷² A respeito da necessidade da atividade interpretativa ser orientada pelos princípios constitucionais, Plauto Faraco de Azevedo ressalta: "Os princípios jurídicos, enquanto princípios constitucionais inseridos na Constituição de 1988, são corretamente vistos como orientadores da elaboração e da aplicação do direito. Sua posituação constitucional deve servir como diretriz hermenêutica e como limite à ação do legislador, em caso de reforma constitucional. Isso é tanto mais importante quando, hoje, em nome de uma racionalidade econômica sobremodo irracional, se busca subtrair direitos sociais e direitos dos trabalhadores. Este objetivo, esgrimido e repetido sob o disfarce da modernidade, só poderá ser evitado com a convicção jurídica e social de que é indispensável se lhe opor, em nome do direito e da civilização." (**Os princípios na teoria do direito**, Prefácio).

normativista próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista, reservamos o próximo item deste trabalho.

6.9 A necessária análise crítica do intérprete

Muito temos falado a respeito das conseqüências negativas da pretensa neutralidade do sujeito interpretante frente ao objeto interpretando, que trata o texto a partir do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, como se ele tivesse um único sentido, que seria “revelado” a partir das técnicas propostas pela hermenêutica tradicional.

Iremos, agora, aprofundar um pouco a análise a respeito desse tema, tentando demonstrar a importância de um conhecimento interdisciplinar do jurista na sua tarefa de construção de sentido das normas jurídicas.

Para tanto, faremos uso novamente da já comentada entrevista oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷³ a estudante da PUCSP, em trecho no qual repudia o ensino jurídico que, por privilegiar estritamente a técnica, acaba por não instigar a análise crítica:

2) O senhor acha que o ensino jurídico vem perdendo a sua verve humanista, se transformando em uma ciência técnica?

Infelizmente é o que vem acontecendo. Não é que minha perspectiva do ensino jurídico seja a de que se deva abrir um leque de disciplinas extra-jurídicas, como muitas vezes se quer. Não é essa minha visão. Creio que devemos formar pessoas habilitadas para a área jurídica, mas, pessoa habilitada para área jurídica, segundo minha perspectiva, não é alguém apenas tecnicamente capaz, mas que seja um ser humano capaz. O que inclui, evidentemente, preocupações com a justiça e com o social⁴⁷⁴.

⁴⁷³ **Jornal do 22**, Entrevista, p. 8.

⁴⁷⁴ Da mesma entrevista, vale ainda citar os seguintes trechos: “Mas não se pode culpar apenas as faculdades. Vocês que são estudantes sabem muito bem de uma coisa: os escritórios de advocacia usam a mão-de-obra barata dos estudantes e exigem que eles entreguem praticamente todo seu tempo para o escritório e não se importam com isto lhes eliminam qualquer tempo para estudar. (...) O que ocorre atualmente é fruto do estágio de evolução do capitalismo em um dado país. Termina por ser assim, em países onde o capitalismo já se exacerbou, no qual tem-se que ganhar o máximo de dinheiro e extrair o máximo de quem quer que seja. Então, retira-se o máximo do estudante de direito e ele não pode estudar. E ele vai, de certo modo, se imbuindo dessa modalidade já dentro do ambiente de trabalho do escritório de advocacia. Infelizmente é isto que acontece. É uma relação entre o meio externo e faculdade que gera isso. (...) Vocês tocaram no ponto certo – foi a ausência de uma formação humanista que levou a um tipo de sociedade acrítica. A sociedade brasileira – e portanto a formação estudantil em todos os níveis – não tem sentido crítico. Ela procura exponenciar aquilo que está pronto (aquilo que é e do jeito que é), sem analisar se aquilo que é, é bom ou mau. Temos falta disso.” (**Jornal do 22**, Entrevista, p. 8). A respeito do ensino jurídico, ver também os seguintes artigos de Luis Alberto Warat: **Educacion y derecho**, p. 361-372; **Incidentes de ternura – breve prelúdio para um discurso sobre o ensino**

Deveras, a idéia de transformar o direito em ciência técnica, prestigiada pelo positivismo jurídico (com base na filosofia da consciência), tem privado o direito do senso de humanidade. Por isso temos defendido, sustentados na parcela (ainda minoritária) dos juristas⁴⁷⁵ brasileiros que têm se esforçado para a quebra paradigmática reclamada neste texto, que o intérprete jurídico não pode ser apenas um técnico capaz. Tem, antes, que ser um ser humano capaz de lidar com noções de justiça constitucional e de convivência social.

A respeito, vale transcrever, aqui, trecho da obra *Hermenêutica*, de Raimundo Bezerra Falcão:

Inferimos, por conseguinte, que o intérprete, para ser merecedor da dignidade que tem, precisa de conhecimentos profundos. E não apenas na área do Direito. Quem pensa saber Direito somente sabendo a respeito do ordenamento jurídico positivo, nada sabe. Não conhece nem o Direito nem o ordenamento. Não sabe nem que não sabe. Uma sólida base de conhecimentos filosóficos, políticos, econômicos, sociológicos, psicológicos etc. é que faz de alguém um intérprete, conceito que é bem mais largo e profundo do que o de simplesmente exegeta mecânico. E estéril⁴⁷⁶.

Já Paulo Bonavides, tratando da interpretação do texto constitucional, ensina-nos:

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicativas. (...)

A interpretação da Constituição, como se vê, não é tarefa só do jurista, mas daquele que, sobre ser jurista, há de aliar também a essa qualidade o dote de uma visão mais larga, o descortino do cientista político, ou pelo menos dos que, no trato das leis, não são de todo hóspedes em história do direito, direito comparado, política e história política, matérias indispensáveis, que funcionam como excelentes meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais⁴⁷⁷.

jurídico, os direitos humanos e a democracia nos tempos do pós-talitarismo: ensino jurídico: o fracasso de um sonho, p. 373-394; **Universidad sin muros: formación continua, abierta y permanente**, p. 447-461; **Confissões pedagógicas diante da crise do ensino jurídico**, p. 215-221.

⁴⁷⁵ Entre eles, destacamos: Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo Bonavides, Luis Alberto Warat, Lenio Luiz Streck e Raimundo Bezerra Falcão.

⁴⁷⁶ *Hermenêutica*, p. 216.

⁴⁷⁷ *Curso de direito constitucional*, p. 461-463.

Verificamos, portanto, que uma base filosófica, política, histórica, econômica e sociológica é indispensável para municiar o intérprete de uma pré-compreensão apta à realização de uma análise crítica do texto interpretado e do seu contexto, no momento da construção de sentido, ou seja, da norma jurídica. Isso para que a norma jurídica resultante dessa atividade interpretativa seja a mais adequada possível – dentro das hipóteses de construção de sentido conformes (ou não contrastantes) com o ordenamento jurídico – com o conjunto principiológico da Constituição.

Contudo, como compatibilizar o texto a ser interpretado com a pré-compreensão do intérprete, o contexto vivenciado e os princípios, na atividade de construção de sentido (de produção da norma jurídica), sem cair em arbítrio? Deveras, essa atividade de construção de sentido com base na filosofia hermenêutica (que supera a Hermenêutica tradicional e suas técnicas de revelação de um sentido único e absoluto), para que não redunde em arbítrio do intérprete – em especial por exigir a autocrítica dos seus pré-juízos (e pré-conceitos) –, deve ser realizada de forma responsável⁴⁷⁸, sempre vinculada ao texto interpretado, mas de forma determinada pelos valores maiores da sociedade presentes na Constituição na forma de princípios.

E será na proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem, apresentada por Paulo de Barros Carvalho, que encontraremos o norte para o fim que almejamos.

⁴⁷⁸ Vale aqui a crítica de Ovídio Baptista da Silva, com base na doutrina de Mauro Cappelletti, no sentido de que – nessa fase pós-positivista em que as Constituições, com seus conteúdos principiológicos, ganharam força normativa – não há mais como atribuir ao “(...) juiz a figura de um operador neutro, impassível perante as injustiças, e, conseqüentemente, irresponsável (Mauro Cappelletti, *Juízes irresponsáveis?* Original de 1988, Giuffrè, Milão, tradução brasileira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989, p. 30 e sgts.).” (**Verdade e significado**, p. 279-280)

7. DIREITO COMO UM SISTEMA DE LINGUAGEM: A PRODUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

7.1 Análise semiótica das correntes hermenêuticas jurídicas modernas

Ao analisarmos as correntes hermenêuticas modernas, nos quadros dos Estados de Direito e Democrático de Direito, verificamos que, sob um ponto de vista semiótico, elas ora enfatizaram mais a dimensão sintática, ora a semântica, ora a pragmática.

Mais que isso, podemos verificar que contemporaneamente há uma tendência no sentido de se enfatizar cada vez mais a dimensão pragmática, após a ênfase dada às dimensões sintática e semântica⁴⁷⁹.

Para melhor entendermos estas diferentes correntes, bem como a ênfase sintática, semântica e pragmática que portaram, passaremos a analisá-las, ainda que sinteticamente, nos subitens que seguem.

• *A Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos*

Com a Revolução Francesa e o racionalismo que impregnou os movimentos que a antecederam e que serviram de fundamentação filosófica para que a burguesia vitoriosa consolidasse suas conquistas, chegou-se ao mais elevado abstracionismo legalista. Acreditava-se que a razão era a salvação para tudo. Na própria construção do ordenamento jurídico, a mente iluminada do legislador, embora atuando em nome do povo, não precisaria do tumulto social nem do clamor das ruas para melhor inserir na lei as doses de justiça capazes de construir, em nova ordem, um novo mundo, salvador da liberdade individual, bem mais burguesa, ressalta-se, do que humanista. A lei, então, aparece como barreira protetora da liberdade, sendo considerada a norma jurídica por excelência, privando-se da atividade interpretativa qualquer força construtiva. O sentido perde, com isso, espaço à letra, de modo que as mentes inclinam-se por um literalismo tão extremo que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu⁴⁸⁰. Nesse contexto imperou a Escola da Exegese, que tinha no culto ao

⁴⁷⁹ Cf. NEVES, Marcelo. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito*, p. 356.

⁴⁸⁰ Cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, p. 157.

texto da lei como expressão precisa da intenção do legislador a sua principal característica.

Na Jurisprudência dos Conceitos, por outro lado, o direito é compreendido como um sistema caracterizado pela conexão lógica dos conceitos e a racionalidade dos fins. Uma compreensão do direito que importa uma teoria exegética objetiva, de acordo com a qual o fim da interpretação jurídica seria esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido⁴⁸¹.

Essas duas vertentes da Teoria do Direito, de grande expressão no século XIX, construíram um modelo de interpretação do direito que se pode denominar, semioticamente, “sintático-semântico”, por enfatizar as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados dos textos jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) deles, conforme destaca Marcelo Neves⁴⁸².

Isso tudo decorreu da forte presença, na época, do paradigma normativista próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, tendo este fixado a relação sujeito-objeto, em que o intérprete (sujeito) deve estar isolado do texto a ser interpretado (objeto), numa posição de neutralidade, com o escopo de revelar seu único significado juridicamente possível, que seria absoluto. Essa operação semântica de revelação do significado, vale ainda ressaltar, seria apenas secundária, pois tinha-se como premissa a precisão semântica da linguagem legislativa. Destarte, os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos, na medida em que bastava a articulação lógica e sistemática entre os enunciados ou conceitos legais para a ocorrência da subsunção do fato à norma.

O processo interpretativo, portanto, tinha sua base na concatenação vertical e horizontal dos termos e proposições legais (Escola da Exegese) ou entre conceitos tecnicamente precisos (Jurisprudência dos Conceitos), como meio para se revelar a única solução correta do caso respectivo⁴⁸³. Ou seja, partindo da análise das operações sintáticas, acreditava-se estar revelando o sentido do texto legal, que seria único e absoluto.

⁴⁸¹ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 1978.

⁴⁸² **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**, p. 357.

⁴⁸³ Cf. NEVES, Marcelo. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**, p. 358.

• *A Livre Investigação do Direito*

Conforme ressalta Raimundo Bezerra Falcão, “as manifestações exegeticistas ainda ganhavam força na França, e na Inglaterra sequer haviam granjeado prestígio, quando Bentham despertou para a conveniência de que as leis fossem vistas à luz dos efeitos que, na realidade, elas tivessem a aptidão de produzir”. Defendia Bentham uma postura utilitarista para o direito, colocando o princípio da utilidade⁴⁸⁴ como um sobreprincípio. Temos nele, portanto, uma ênfase maior da dimensão pragmática da linguagem, em que o sentido da lei seria colhido no momento de sua aplicação, numa análise da sua relação com seus utentes. Bentham, contudo, embora de rigor não fosse um membro da corrente da Livre Investigação do Direito, por certo que não o era da Escola da Exegese. Deveras, a vertente da Livre Investigação do Direito somente veio a surgir em momento posterior, quando a Escola da Exegese já havia fixado suas bases, tendo aquela levantado forte crítica a esta.

O pensador de maior destaque da Livre Investigação do Direito foi François Géný. Esse autor defendia a tese de que, em função da comprovada impossibilidade de o direito positivo abarcar todos os casos possíveis, seria equivocado prender o intérprete a uma atividade estritamente literal, tal como defendido pela doutrina exegeticista, exigindo a simples subsunção do fato à lei, como se sua literalidade fosse suficiente para abarcar todas as hipóteses fáticas de possível ocorrência.

Daí porque François Géný, em oposição à Escola da Exegese, passou a sustentar, em especial nos casos de lacuna da lei, a livre investigação científica. Ou seja, para evitar o arbítrio do juiz quando diante de casos de lacuna, firmou o entendimento de que o aplicador deveria proceder a investigações sociológicas, e, assim, das leis que regem os fatos sociais em geral, para então obter a regra capaz de resolver o problema jurídico pendente de solução. Com isso, no seu modo de entender, ao mesmo tempo que se evitava o arbítrio (pois a investigação científica, com seu rigor, seria apta a revelar a única solução correta), atingia-se a legitimidade da interpretação, pois originária dos costumes e valores sociais. Nesse sentido,

⁴⁸⁴ Conforme definia o próprio Jeremy Bentham, “por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.” (**Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**, p. 4)

assim sintetizou sua tese da livre pesquisa científica: “Pesquisa *livre*, uma vez que ela se encontra aqui subtraída à ação própria de uma autoridade positiva; pesquisa *científica*, ao mesmo tempo, porque ela não pode encontrar suas bases sólidas senão nos elementos objetivos, que somente a ciência pode revelar”⁴⁸⁵.

Dai o porquê de Margarida Maria Lacombe Camargo, ao tratar do tema, deixar expresso que,

de acordo com Gény, uma vez não obtida a resposta para o problema *no* sistema, o aplicador da lei poderia, por meio de atividade científica, encontrar a solução jurídica para o caso *fora* do âmbito restrito da lei positiva. As possibilidades para se resolverem casos de ausência de lei eram encontradas, dessa maneira, fora do texto legal, ainda que *através* do mesmo, uma vez que não caberia ao intérprete negar a ordem jurídica (...)⁴⁸⁶.

Verificamos, portanto, que “Gény não ousou ir contra a lei”⁴⁸⁷. Entretanto, foi o primeiro na França, após a forte influência da Escola da Exegese, a admitir a procura do direito fora do texto legal, sendo esta a grande inovação da sua doutrina para a hermenêutica jurídica. E, se levarmos em conta seu entendimento a respeito da lei escrita, de que ela é pouco mais do que uma informação, deveras estreita, emoldurada, com apenas certa nitidez num texto consagrado por um órgão superior, não chegando sequer a ser abrangente⁴⁸⁸, sua teoria ganha força, pois a livre pesquisa científica passa a ter resultado positivo quase que na totalidade dos casos, atualizando o direito.

A corrente da Livre Investigação do Direito, portanto, afastando-se do modelo sintático-semântico, e apesar de não dar maior ênfase à dimensão pragmática, inicia um modelo semântico-sintático, em que a operação cognoscitiva de produção da norma jurídica passa a sofrer influência de uma investigação científica que foge à análise estritamente sintática. Deveras, o sentido deixa de ser buscado estritamente nas operações sintáticas entre termos e expressões, para ser buscado também em investigações científicas de natureza especialmente sociológica.

⁴⁸⁵ **Méthode d'interprétation et sources em Droit Prive Positif**: essai critique, p. 78 (os grifos são do original).

⁴⁸⁶ **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao Estado de Direito, p. 69.

⁴⁸⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**, p. 162.

⁴⁸⁸ *Idem*.

• O Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses

Segundo a vertente do Direito Livre, da qual se destaca Kantorowicz⁴⁸⁹, o direito positivo não seria formado somente pela lei, que sequer seria sua fonte mais importante, pois haveria normas de maior significação e de mais largo alcance, brotadas na espontaneidade da vida social, na experiência convivencial dos grupos sociais, e que terminariam por fazer jus ao acatamento por parte do Estado⁴⁹⁰. Nesse sentido, tem-se a seguinte afirmação de Kantorowicz: “Sempre nos servimos de princípios destinados a valorar, completar, desenvolver ou derogar Direito”⁴⁹¹. Comentando a referida obra de Kantorowicz, Margarida Maria Lacombe Camargo destaca que nela é defendida

(...) a idéia de que nem todo direito se esgota no Estado; ao contrário, muito mais rico e legítimo é o direito brotado espontaneamente dos grupos e movimentos sociais, que ele (Kantorowicz) chama de *direito natural*. E é este direito que caberia ser compendiado pela doutrina e reconhecido pelo Estado, por meio da atividade jurisdicional. (...) o povo conhece o direito livre, enquanto desconhece o direito estatal, a não ser que o último coincida com o primeiro⁴⁹².

A proposta de Kantorowicz é melhor compreendida quando analisamos a doutrina que lhe serviu de fundamento, que foi a de Eugen Ehrlich⁴⁹³, apresentada inauguralmente em conferência, no ano de 1903, na Alemanha, sobre *A luta pela ciência do direito*, na qual defende a livre busca do direito (nos fatos sociais que deram origem e condicionam o litígio, na ordem interna das associações humanas, assim como nos valores que orientam a moral – justiça social – e os costumes) em lugar da aplicação mecânica da lei⁴⁹⁴.

A Jurisprudência dos Interesses, por sua vez, tem como principal pensador Philipp Heck⁴⁹⁵, fixando-se preponderantemente na análise da função dos juízes. Sustenta que os juízes, quando da construção de sentido da norma, devem dar

⁴⁸⁹ **La ciencia del derecho** (coletânea).

⁴⁹⁰ Cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**, p. 163.

⁴⁹¹ **La lucha por la ciencia del derecho**, p. 333. (o original, em espanhol, porta a seguinte redação: “Siempre nos servimos de principios destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar Derecho estatal”).

⁴⁹² **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao Estado de Direito, p. 99.

⁴⁹³ A respeito, ver: EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**, 1986.

⁴⁹⁴ Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao Estado de Direito, p. 98.

⁴⁹⁵ A respeito, ver: HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**.

especial relevância aos interesses intersubjetivos em litígio, os quais irão direcionar sua atividade interpretativa dos textos legais, os quais deverão ser atualizados e amoldados àqueles interesses para a solução justa do caso.

O Direito Livre e a Jurisprudência dos Conceitos, portanto, aparecem em contraposição à Escola da Exegese e à Jurisprudência dos Conceitos, respectivamente, dando maior ênfase aos aspectos semântico e pragmático da linguagem, e, em especial, ao último. Deveras, privilegia a construção de sentido a partir de uma análise pragmática da linguagem, na sua relação com os destinatários da norma jurídica.

• ***A Teoria Pura do Direito***

Já na primeira metade do século passado, a Teoria Pura do Direito, como que em resposta à virada pragmática do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses, aponta para uma tendência de retorno da ênfase aos aspectos sintático e semântico, com preponderância deste aspecto, mas sem negar relevância ao sintático.

Por dar maior relevância à dimensão semântica, já podemos concluir que a Teoria Pura do Direito não se confunde com a Escola da Exegese, sendo a grande mudança em relação a esta o fato de que reconhece a ambigüidade e a vagueza dos termos e expressões da linguagem legislativa que, assim, não eram entendidos como tendo significado único e absoluto.

Daí o porquê de Marcelo Neves enquadrar a Teoria Pura do Direito, capitaneada por Hans Kelsen⁴⁹⁶, no modelo que denominou de semântico-sintático de interpretação do direito⁴⁹⁷. Conforme destacamos, nela já se passa a reconhecer o problema da pluralidade de significações que podem ser obtidas do texto legal, dada a ambigüidade e a vaguidade dos termos e expressões utilizados pelo legislador. A Teoria Pura do Direito sustenta, então, que a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito envolve uma fase cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento científico-jurídica) e outra volitiva (obtida por um ato de vontade envolvendo questões de política do direito), cabendo ao intérprete

⁴⁹⁶ **Teoria pura do direito**, 1998.

⁴⁹⁷ **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**, p. 358.

aplicador da lei (intérprete autêntico) primeiro revelar, por meio da atividade científico-jurídica, todas as significações possíveis de serem extraídas do texto e, ao aplicá-lo, escolher, por meio do ato de vontade, uma dentre aquelas possibilidades de significação reveladas pela interpretação cognoscitiva⁴⁹⁸.

Mais que isso, sustentou que, enquanto a interpretação autêntica envolveria aquelas duas operações (cognoscitiva e volitiva), a interpretação realizada no âmbito da Ciência do Direito deveria limitar-se a, por meio da operação de conhecimento, revelar todas as significações possíveis, mesmo aquelas politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por ele escolhida⁴⁹⁹, abstendo-se de qualquer comentário crítico a elas.

Verifica-se, assim, que, ao menos na interpretação jurídico-científica proposta pela Teoria Pura do Direito, a ênfase maior centra-se realmente nas dimensões sintática e semântica (como uma ênfase maior para esta) da semiótica, e não na pragmática.

• ***A Hermenêutica como método e a Hermenêutica como filosofia***

Tivemos oportunidade de verificar, a partir da análise de algumas correntes doutrinárias, como a hermenêutica jurídica evoluiu, ora apontando para uma ênfase da dimensão sintática, ora para a dimensão semântica, ora, ainda, para a dimensão pragmática da linguagem.

Poderíamos também apresentar outras correntes (jurídicas e interdisciplinares) que se relacionam direta ou indiretamente com o tema da hermenêutica jurídica, destacando-se, entre elas, as seguintes: Tópica de Viehweg; Teoria Estruturante (concretização) de Friedrich Muller; Lógica do Razoável de Recaséns Siches; Teoria (substancialista) da Reconstrução Racional do Direito de Dworkin; Modelo Procedimental Discursivo de Habermas; Modelo de Ponderação proposto por Alexy; Modelo Sistemático de Luhmann; Teoria Tridimensional de Miguel Reale; Teoria Ecológica do Direito de Cossio; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Häberle; Direito como Prática e Analogia como Método de Castanheira Neves; e a

⁴⁹⁸ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 394.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 396.

Nova Retórica de Perelman⁵⁰⁰. Contudo, para atingir os objetivos a que nos propomos por meio deste trabalho, não se faz necessário expor (também) cada uma destas correntes doutrinárias⁵⁰¹.

Basta, agora, para concluir a análise das correntes modernas e pós-modernas relacionadas à hermenêutica jurídica a partir de um enfoque semiótico, falarmos um pouco mais a respeito da Hermenêutica tradicional, que tem em Emilio Betti (contemporaneamente) seu maior representante, e da hermenêutica filosófica, tal como inaugurada por Heidegger e aprimorada por Gadamer, para, a partir de então, passarmos a examinar a doutrina de Paulo de Barros Carvalho (que apresenta a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem) a respeito da atividade de produção da norma jurídica, pois será com base no conjunto desse referencial teórico, como um todo considerado, que concluiremos nosso trabalho, analisando qual o envolvimento dos princípios e sua importância na atividade de produção da norma jurídica tributária.

Em máxima síntese, conforme destaca Lenio Streck, a hermenêutica de Emilio Betti trata-se de “uma teoria baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, onde a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma *abordagem objetivo-idealista*”. Mais adiante, conclui:

Reforçando o caráter reprodutivo da interpretação, o processo de compreensão bettiano, tendo em mente a tradição histórica, busca mostrar que a interpretação correta somente se fará quando somar-se a subjetividade do autor, vista a partir da inversão do processo criativo, com a objetividade da coisa, que se representa pelas formas significativas do objeto, *pois a interpretação de Betti busca averiguar unicamente o que o autor quis dizer sobre algo*⁵⁰².

Mas é interessante observar que a interpretação em Emilio Betti, além desse momento meramente cognitivo, possui também uma operação complementar, de uma função normativa, “na qual o entender serve um fim ulterior, que é o de fornecer

⁵⁰⁰ Não pretendemos, aqui, apresentar um rol exaustivo das correntes modernas e pós-modernas que trataram, ainda que mediatamente, do tema da interpretação jurídica, mesmo porque algumas delas, como a Escola Histórica do Direito (Savigny) e a Jurisprudência dos Valores (Rudolf Stammler e Heinrich Rickert), entre outras, por não terem relação direta com o tema central deste trabalho, ou por enquadrarem-se nas correntes já mencionadas no corpo do texto por nós apresentado, deixaram de ser analisadas de maneira específica.

⁵⁰¹ De qualquer forma, fica registrada a existência delas para um possível desenvolvimento do seu estudo em um trabalho futuro.

⁵⁰² **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 106-107. (Os grifos são do autor.)

a máxima da decisão ou, em geral, da ação, em ordem a uma tomada de posição na vida social”⁵⁰³. Estariam presentes, assim, no modelo oferecido por Betti, uma função cognitiva ou recognitiva fundada na hermenêutica tradicional (nos métodos hermenêuticos) para uma reconstrução objetiva do sentido; e uma função normativa irredutível àqueles métodos hermenêuticos, o que gerou a seguinte crítica de Castanheira Neves:

Pelo que também em Betti ou a “função normativa” da interpretação (...) se pretende verdadeiramente cumprir e terá então de se ultrapassar a estrita intenção hermenêutica, ou visa-se dar prevalência a esta intenção e, nesse caso, terá que sacrificar-se a função normativa. Pois que a intenção hermenêutica e a função normativa não são, nem intencionalmente idênticas, nem metodologicamente coextensivas – com corresponder essencialmente à primeira, digamo-lo de novo, uma natureza cognitiva (a compreensão-determinação de significações objectivadas ou de objectivações significantes) e essencialmente à segunda uma natureza judicativo-decisória (a decisão de problemas práticos mediante juízos normativos irredutíveis ao conhecimento hermenêutico dos pressupostos critérios que invoquem)⁵⁰⁴.

Abstraindo essa aparente inconsistência do modelo bettiano, e tendo em vista a prevalência que oferece ao momento cognitivo (que, na sua tese, resolve-se por meio de técnicas capazes de revelar objetivamente o sentido do texto), podemos concluir que seu modelo de interpretação oferece uma preponderância aos aspectos sintático e, especialmente, semântico. Somente no momento da função normativa é que ganha relevância o aspecto pragmático, que, contudo, por ser precedido pela fixação de sentido (que se dá tecnicamente), terá sua função quase que integralmente anulada.

Contrariamente, a hermenêutica filosófica, como tivemos oportunidade de observar⁵⁰⁵, concentra a atividade de produção de sentido sempre em relação a um caso concreto de aplicação (a interpretação, aqui, ocorre por meio de atividade que relaciona o texto a uma situação concreta – real ou imaginária – com seus utentes), enfatizando elementos como “existência”, “faticidade”, filosofia (em vez de método), relação sujeito-sujeito (em superação à relação sujeito-objeto), enfim, defendendo uma “antecipação de sentido por um intérprete que é reconhecido desde sempre como um ser-no-mundo, que o constrói lingüisticamente por meio da interpretação”.

⁵⁰³ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 39.

⁵⁰⁴ *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, v. I, p. 62.

⁵⁰⁵ Ver, *supra*, item 6.6.

Por tais motivos, prevalecem, na hermenêutica filosófica, as dimensões semântica e pragmática, com o que contribui diretamente para a função transformadora/emancipadora que o direito deve desempenhar em um Estado Democrático de Direito.

Daí porque Lenio Streck, ao analisar as concepções defendidas por Gadamer (hermenêutica como filosofia) e Betti (hermenêutica como método), formulou o seguinte comentário crítico:

Contemporaneamente (Gadamer), abriu forte polêmica com Emilio Betti, que sustentava a possibilidade de um sentido autônomo do texto, que garantiria o encontro do sentido originário e a intenção do autor. Para sua teoria, Betti busca um espaço intermediário entre o elemento objetivo e o subjetivo de toda a compreensão. Formula todo um conjunto de princípios hermenêuticos, onde o ponto central é a autonomia do sentido do texto. *Gadamer vai dizer que a interpretação bettiana se assemelha à interpretação psicológica de Schleiermacher.* Nesse sentido, por mais que Betti intente superar o reducionismo psicológico, por muito que conceba sua tarefa como a reconstrução do texto espiritual de valores e conteúdos de sentido, não consegue fundamentar esse autêntico projeto hermenêutico mais do que através de uma espécie de analogia com a interpretação psicológica, redargue o mestre alemão, acrescentando que, com isto, Betti segue Schleiermacher, Boeckh, Croce e outros. E surpreendentemente, aduz Gadamer, Betti considera que, com este psicologismo estrito de cunho romântico, está assegurada a objetividade da compreensão (...)

Sustentado no paradigma da linguagem e na medida em que rompe com a possibilidade de saberes reprodutivos, fica muito claro que a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido (*Sinngebung*). Neste contexto, Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. (...) Evidentemente, uma hermenêutica jurídica não pode contentar-se seriamente em empregar como padrão de interpretação o princípio subjetivo da idéia e intenção do legislador. (...)

A compreensão como mola mestra do interpretar aparece na discussão acerca da hermenêutica jurídica gadameriana como fazendo parte do conteúdo universalizante do seu projeto hermenêutico, *ao dizer que o modelo da hermenêutica jurídica se tem mostrado efetivamente fecundo.* Assim, aduz o mestre, quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, *o que faz é o que de todos os modos têm lugar em qualquer forma de compreensão.* Esta compreensão se dá no modo de ser do intérprete. E este intérprete é um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros. Por isto a hermenêutica será filosofia, e não método. Será existência. Será faticidade⁵⁰⁶.

Concluída essa análise, passaremos, desde logo, à contextualização do que estudamos até o momento com a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem oferecida por Paulo de Barros Carvalho.

⁵⁰⁶ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 217-219. (Os grifos são do autor.)

7.2 O sistema jurídico positivo e a semiótica

Temos sustentado neste trabalho a necessidade de uma superação da hermenêutica como método (própria do paradigma da consciência, que valoriza um senso comum teórico liberal-individualista e viabiliza a manutenção do poder de violência simbólica⁵⁰⁷) pela hermenêutica filosófica (de matiz lingüístico e transformador/emancipador da sociedade).

Por outro lado, temos observado que a hermenêutica filosófica, ao propiciar que, por meio da interpretação, sejam produzidos sentidos (e não a revelação de um único sentido), se incorretamente utilizada, ela pode acabar por gerar arbitrariedades. Necessário se faz, então, dispensar grande atenção para que da relação entre o texto a ser interpretado, a pré-compreensão do intérprete (que deve ser reconhecido como ser-no-mundo), o contexto vivenciado (“horizontes da nossa cultura”⁵⁰⁸) e de aplicação da norma (caso concreto) e os princípios, na construção de sentido (de produção da norma jurídica), não resulte uma atividade arbitrária do intérprete.

E é com esse objetivo que passaremos, a partir deste ponto, a contextualizar a hermenêutica filosófica com a proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem, apresentada por Paulo de Barros Carvalho, em que relaciona a semiótica e a teoria dos signos à hermenêutica jurídica, vinculando ainda a atividade interpretativa à obediência dos princípios constitucionais como mandamentos nucleares do sistema.

A respeito da influência da semiótica no direito, conforme já tivemos a oportunidade de observar⁵⁰⁹, trata-se de fenômeno recente. Nesse sentido destaca Lenio Streck:

(...) pode-se dizer que foi somente na década de 40 deste século que a análise semiótica foi introduzida no campo jurídico, através da obra de Felix Oppenheim (*Outline of a Logical Analysis of Law*). As análises iniciais partiram dos seguintes pressupostos: a) o Direito é visto como uma linguagem, tanto de signo lingüístico – regras jurídicas, decisões, mandatos, etc., expressos em linguagem natural, como não-lingüístico, como as luzes que controlam o trânsito, a sirene da polícia, etc., os mesmos que podem traduzir-se em uma linguagem de palavras; b) o Direito positivo de uma comunidade, seu sistema jurídico, é a classe destes enunciados que

⁵⁰⁷ A respeito, ver, *supra*, item 6.7.

⁵⁰⁸ A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência, p. 83-84.

⁵⁰⁹ Ver, *supra*, item 2.1.

constituem uma linguagem. O sistema jurídico está composto pelos enunciados jurídicos; c) a ciência do Direito consiste em proposições acerca dos enunciados jurídicos (...)⁵¹⁰.

E Paulo de Barros Carvalho, tomando conta disso, ou seja, de que “o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo”, conclui que “a linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo), o que permite a ilação forte segundo a qual não podemos cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão”⁵¹¹. E tendo em vista que o conhecimento de toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais (sintaxe, semântica e a pragmática)⁵¹², Paulo de Barros Carvalho demonstra, então, como isso ocorre no âmbito do sistema normativo do direito:

Exemplificando, no sistema normativo do direito temos que o aspecto sintático se apresenta nas articulações das normas entre si. É sintática a relação entre a norma da Constituição e aquela da lei ordinária (...). De ordem sintática, também, a estrutura intra-normativa e, dentro dela, o laço condicional que une antecedente (hipótese) a conseqüente.

Semântica jurídica é o campo das significações do direito. É o meio de referência que as normas guardam com relação aos fatos e comportamentos tipificados. Essa relação é justamente a ponte que liga a linguagem normativa à conduta do mundo social que ela regula. O aspecto semântico nos leva ao tormentoso espaço das acepções dos vocábulos jurídicos, às vezes vagos, imprecisos e multissignificativos.

Mas, para além do estudo da arrumação dos termos jurídicos dentro da fraseologia da lei (sintaxe) e da pesquisa dos seus significados (semântica), o conhecimento da linguagem do direito supõe a indagação da maneira como os sujeitos a utilizam dentro da comunidade em que vivem (pragmática). Como motivar a conduta, realizando os valores da ordem jurídica, é o grande tema da pragmática.

Interpretar o discurso prescritivo do direito é percorrer esses planos, compondo a significação adequada do produto legislado.

Pertencem ao plano sintático todos os critérios que se detêm no arranjo dos signos jurídicos. (...)

Por sua vez, situam-se no prisma semântico os importantes estudos das denotações e conotações dos termos jurídicos. (...)

Implementa-se a investigação da linguagem pela verificação do plano pragmático. E aqui radicam muitos dos problemas atinentes à eficácia, à vigência e à aplicação das normas jurídicas, incluindo-se o próprio fato da interpretação, com seu forte ângulo pragmático. A aplicação do direito é promovida por alguém que pertence ao contexto social por ele regulado (aqui Paulo de Barros reconhece o intérprete enquanto ser-no-mundo) e

⁵¹⁰ **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 184 (os grifos são do autor).

⁵¹¹ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 62.

⁵¹² Ver, *supra*, item 2.10.

emprega os signos jurídicos de conformidade com pautas axiológicas (aqui ele reconhece a influência da pré-compreensão e dos princípios) comuns à sociedade⁵¹³.

Desde logo verificamos, portanto, que Paulo de Barros Carvalho, apesar de – na sua doutrina (em geral) – dar maior ênfase ao plano sintético no estudo que faz do direito, ao tratar do tema da interpretação, ele acaba por atribuir grande ênfase à dimensão pragmática da linguagem. E isso porque reconhece que a interpretação do direito é promovida por alguém que pertence ao contexto social por ele regulado, ou seja, por um sujeito enquanto ser-no-mundo. Mais que isso, reconhece que o direito, objeto cultural que é⁵¹⁴, é impregnado de valor. Daí porque o intérprete, na atividade de produção de sentido, emprega os signos jurídicos de conformidade com pautas axiológicas comuns à sociedade, que compõem sua pré-compreensão e que estão positivadas na forma de princípios na Constituição. É a partir dessa relação do texto com o contexto, do texto com o universo dos utentes da linguagem no momento da aplicação (a um caso concreto: real ou fictício⁵¹⁵), portanto, que o intérprete produzirá

⁵¹³ **Curso de direito tributário**, p. 100-102.

⁵¹⁴ Nesse sentido, ressalta Paulo de Barros Carvalho: “Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem consideração da norma.” (**Curso de direito tributário**, p. 150-151). Em outra obra, complementa: “Venho assinalando, também, que a linguagem, típica realização do espírito humano, é sempre um objeto da cultura e, como tal, carregando consigo valores. Como decorrência imediata, o direito positivo se apresenta aos nossos olhos como objeto cultural por excelência, plasmado numa linguagem que porta, necessariamente, conteúdos axiológicos.” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 62)

⁵¹⁵ Conforme já destacamos no item 6.6, *supra*, o intérprete, ainda que não se dê conta, sempre que realiza a atividade de interpretação de um texto acaba por relacioná-lo a um caso concreto. Nesse sentido, elucida Eros Roberto Grau: “Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2ª ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61-62). Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício.” E, mais adiante, conclui: “Ademais, vimos que interpretar o direito é concretizar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar a lei (Gadamer, *Verdad y método*, 4ª ed., trad. de Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1991, p. 401); daí dizermos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em vista de um determinado caso dado (Gadamer, *Verdad y método*, 1991, p. 397). (...) Isso significa – como anotei linhas atrás – que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela

o sentido (norma jurídica), sendo imprescindível, destarte, a incursão na dimensão pragmática da linguagem para o entendimento do fenômeno da interpretação.

Além dessa análise da linguagem jurídica nas dimensões da semiótica, Paulo de Barros Carvalho destaca, ainda, que toda linguagem, como conjunto sínico que é, oferece os três ângulos (suporte físico, significado e significação⁵¹⁶) de análise que integram a estrutura triádica ou trilateral do signo, isto é: “compõe-se de um substrato material, de natureza física, que lhe sirva de suporte, uma dimensão ideal na representação que se forma na mente dos falantes (plano da significação) e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos em com os quais mantêm ele relação semântica”⁵¹⁷.

Com base nessas ferramentas (semiótica e teoria dos signos) das teorias da linguagem e comunicacional do direito é que Paulo de Barros Carvalho vai, então, apresentar sua proposta de interpretação do direito positivo como um sistema de linguagem, que ele decompõe em quatro subsistemas, todos eles qualificados como jurídicos. São eles: a) o conjunto de “enunciados, tomados no plano da expressão”; b) o conjunto de “conteúdos de significação dos enunciados prescritivos” ou das “proposições prescritivas”; c) o domínio articulado de “significações normativas”; e d) a forma superior do “sistema normativo”⁵¹⁸.

Um dos alicerces dessa proposta hermenêutica está na diferenciação entre “enunciado”, “proposição” (norma jurídica em sentido amplo) e “norma jurídica” (em sentido estrito)⁵¹⁹. Aqui, o termo “enunciado” aparece para aludir ao suporte físico (à forma expressional), ou seja, ao texto resultante da atividade de enunciação,

aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).” (**Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 25 e 92-93) (os grifos são do autor).

⁵¹⁶ Adotamos aqui as denominações de que se serve Edmund Husserl (a respeito, ver *supra* item 2.1, em nota de rodapé).

⁵¹⁷ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 17.

⁵¹⁸ A respeito, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 61-84.

⁵¹⁹ Advertimos que Paulo de Barros Carvalho tratou essa questão de um modo um pouco diferente. Deveras, afirmou que um dos alicerces que suportam sua proposta hermenêutica “(...) reside no discernir entre *enunciados e normas jurídicas* (...)” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 62). Ou seja, não se prendeu à distinção entre enunciado, proposição e norma, mas tão-somente à distinção entre enunciado e norma. E assim o fez porque “(...) os enunciados pertencem à plataforma da literalidade textual, suporte físico de significações, ao mesmo tempo em que participam do plano de conteúdo, com o sentido que necessariamente suscitam.” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 69). Ou seja, porque, por enunciado, podemos entender tanto o “plano da expressão”; como o “plano do conteúdo”, sendo que, quando se refere ao plano do conteúdo, ele se confunde com a proposição. E, para evitar imprecisões de ordem semântica, optamos por, desde o início, apresentar para cada qual um sentido único para os fins do nosso trabalho. A respeito, ver, *supra*, item 2.2.

apresentando-se, portanto, como conjunto de fonemas ou de grafemas que, organizados sintaticamente, possibilitam a transmissão da mensagem no contexto da comunicação. Já o termo “proposição”, por sua vez, aparece como conteúdo significativo que é extraído do enunciado. É, portanto, a carga semântica do enunciado. Assim, um enunciado poderá conter duas ou mais proposições; e uma única proposição poderá decorrer de diversos enunciados.

Por outro lado, enquanto separadas e portadoras de um significado atômico, as proposições, conforme temos sustentado⁵²⁰, tratam-se de “normas jurídicas em sentido amplo”. Já as “normas jurídicas em sentido estrito” compõem-se de um conjunto de proposições capazes de formar uma “unidade irreduzível de manifestação do deôntico” e, assim, orientar a conduta em sua integralidade. Destarte, somente a partir da junção de proposições prescritivas (“normas jurídicas em sentido amplo”) em fórmulas moleculares, capazes de transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade, que poderemos chegar à “norma jurídica em sentido estrito” com sua estrutura hipotética-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente mediante a causalidade jurídica ou imputação deôntica.

Essas definições serão de extrema importância para entendermos a proposta hermenêutica oferecida por Paulo de Barros Carvalho, já que em cada subsistema estaremos tratando de uma das categorias acima referidas. Ou seja, no subsistema dos “enunciados tomados no plano da expressão” estaremos a lidar com os *enunciados prescritivos*. No subsistema dos “conteúdos de significação dos enunciados prescritivos” estaremos a lidar com as *proposições prescritivas*. Já no subsistema das “significações normativas” estaremos a lidar com as *normas jurídicas em sentido estrito*. E, por fim, no subsistema que aparece na forma superior do “sistema normativo”, estaremos tratando do conjunto das *normas jurídicas em sentido estrito* nas suas relações de coordenação e subordinação, que compõem o sistema jurídico-normativo. Vale ainda ressaltar que as “proposições” e as “normas jurídicas em sentido estrito” decorrentes dos enunciados implícitos também estarão compondo o subsistema dos “conteúdos de significação dos enunciados prescritivos” e o subsistema das “significações normativas”, respectivamente.

Especificamente a respeito da proposta de interpretação do direito positivo como um sistema de linguagem, temos que ela parte da idéia de que “o

⁵²⁰ A respeito, ver, *supra*, itens: 2.2, 2.8 e 4.3.

procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscentes há de ser orientado pela busca da compreensão desses textos prescritivos”. Nesse sentido, tendo em vista que “(...) todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem (...)”, Paulo de Barros Carvalho vai então apresentar uma primeira noção da sua proposta, que resume nos seguintes termos:

(...) é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contacto com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para constituir um domínio. Se retivermos a observação de que o direito se manifesta sempre nesses quatro planos: o das formulações literais, o de suas significações enquanto enunciados prescritivos, o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante o agrupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação), e o da forma superior de sistema, que estabelece os vínculos de coordenação e subordinação entre as normas jurídicas criadas no plano anterior; e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para estruturar essas normas contidas num estrato de linguagem; não será difícil verificar a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, *na trajetória da interpretação*⁵²¹.

Além de apresentar de forma sintética sua proposta, nesse trecho de sua obra Paulo de Barros Carvalho também lança um alerta ao intérprete quanto aos obstáculos que encontrará no percurso que terá que percorrer para produção de sentido, ou seja, para produção da norma jurídica.

Deveras, “a missão do exegeta dos textos jurídico-positivos, ainda que possa parecer facilitada pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a seqüência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador (no direito escrito), oferece ingentes dificuldades, se a proposta for a de um exame mais sério e atilado.” Isso porque, conclui Paulo de Barros Carvalho, “(...) sendo o direito um objeto da cultura, invariavelmente penetrado por valores, teremos, de um lado, as estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta; de outro, os intrincados problemas que cercam a metalinguagem, também inçada de dúvidas sintáticas e de problemas de ordem semântica e pragmática”⁵²².

⁵²¹ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 63-64 (os grifos são do autor).

⁵²² *Ibidem*, p. 64.

A respeito da complexidade da atividade hermenêutica, podemos completar a argumentação lançada por Paulo de Barros Carvalho lembrando que no percurso de geração de sentido devem ser considerados, ainda, a pré-compreensão do intérprete (que deve ser reconhecido como ser-no-mundo), o contexto vivenciado (“horizontes da nossa cultura”) e os princípios constitucionais (valores maiores do sistema), na esteira do que propõe a hermenêutica filosófica, por nós aqui contemplada.

E é em decorrência dessa complexidade da atividade hermenêutica, que é produtora (e não meramente reveladora) de sentido, que a doutrina seguidora da hermenêutica filosófica tem sustentado a fragilidade e a insuficiência da utilização das técnicas da hermenêutica tradicional para a interpretação. Tem, em verdade, até mesmo demonstrado o completo equívoco de alguns de seus cânones, como destaca Castanheira Neves:

A exigência da interpretação, ou a sua necessária mediação em toda a problemática realização concreta do direito, devia fazer com que se considerasse já hoje obsoleta a tese da exclusão da interpretação desde que a fonte interpretada se exprimisse num texto claro e inequívoco: *in claris non fit interpretatio, interpretatio cessat in claris*, como exprimiam os juristas medievais e do “direito comum”, e pôde ainda proclamar entre nós a Lei da Boa Razão. E exclusão que se proporia o objectivo, já de combater o ‘arbítrio’ judicial (as “abusivas interpretações”), já de garantir uma estrita certeza do direito (uma sua previsível e indubitável aplicação). Temos, no entanto, de reconhecer não só uma surpreendente sobrevivência dessa tese, como inclusivamente uma actual recuperação no pensamento jurídico de perspectiva analítica (...). Mas tese em absoluto inadmissível: porque é impossível mesmo a nível lingüístico, porque é errada a nível exegético, sobretudo porque é inaceitável a nível normativo^{523/524}.

A complexidade da atividade interpretativa decorrente da proposta ora defendida, contudo, não pode servir de desestímulo. De fato, a interpretação literal e a simples obediência às demais técnicas hermenêuticas embasadas no paradigma da consciência tornam sobremaneira mais leve o fardo da atividade interpretativa. Contudo, a hermenêutica tradicional também traz consigo o esvaziamento dessa atividade interpretativa, imobilizando o direito e, com isso, favorecendo a manutenção

⁵²³ A respeito da sua inaceitabilidade a nível normativo (nível da realização do direito vinculado a um caso concreto), completa António Castanheira Neves: “não é a falta de clareza (lingüístico-hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar.” (**O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, v. I, p. 28-29)

⁵²⁴ **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, v. I, p. 14-16 (os grifos são do autor).

do poder de violência simbólica. Conseqüentemente, impede também a transformação/emancipação social prometida pelo Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira de 1988, o que não podemos admitir.

Devemos, portanto, optar por uma atividade interpretativa emancipadora, nos moldes como proposto pela hermenêutica filosófica – e isso apesar de não ser ela a mais confortável, pois exige o envolvimento do intérprete criticando seus pré-juízos (e pré-conceitos) e contextualizando o texto com os horizontes da nossa cultura diante de cada caso concreto, bem como seu comprometimento com os princípios constitucionais que fixam os valores maiores da nossa sociedade –, de modo a que, enfim, o direito possa assumir o papel de agente de transformação social que o Estado Democrático de Direito reservou-lhe para viabilizar a concretização das promessas da modernidade de que temos falado neste trabalho⁵²⁵.

Para evitar confusões de ordem semântica quando da apresentação dos subsistemas da proposta metodológica do Professor Paulo de Barros Carvalho, que passaremos a analisar adiante, vale ainda fixar que Constituição, lei, decreto, ato administrativo, contrato e demais enunciados do direito positivo, enquanto suportes físicos de linguagem prescritiva, pertencem à plataforma da expressão dos textos prescritivos e, como tais, são veículos introdutórios de enunciados prescritivos, constituindo a base empírica da qual o intérprete parte para produção das proposições e normas jurídicas. O conteúdo de sentido daqueles enunciados, por sua vez, enquanto apreendidos isoladamente, trata-se das proposições. Verificamos, portanto, que entre os suportes físicos e as normas jurídicas estão, ainda, as proposições. É que, antes de agrupar os conteúdos segundo fórmulas moleculares caracterizadas pelo conectivo implicacional, teremos tão-somente significados atômicos. Nesse momento intermédio, estamos diante daquilo que, na esteira de Paulo de Barros Carvalho, poderíamos chamar de “sistema de significações proposicionais”. E, seguindo um patamar mais adiante, passaremos a juntar significações colhidas por todo o sistema, “(...) algumas no tópico do antecedente, outras no lugar sintático de conseqüente, tudo para constituir as entidades mínimas e irreduzíveis (com o perdão do pleonismo) de manifestação do deôntico, *como sentido completo*, uma vez que as frases prescritivas, insularmente tomadas, são

⁵²⁵ A respeito, ver *supra* itens 6.7 e 6.8.

também portadoras de sentido (...). Teremos, assim, “(...) as unidades normativas, regras ou normas jurídicas que, articuladas em relações de coordenação e subordinação, acabarão compondo a forma superior do *sistema normativo*”⁵²⁶.

Cumpre-nos, aqui, elucidar que os quatro subsistemas a que temos nos referido, na esteira dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, são constitutivos do texto em sentido amplo, entendido como produto da enunciação, ou seja, na sua mais ampla dimensão semântica. Nesse sentido, adverte Paulo de Barros Carvalho, tais subdivisões em subsistemas “respondem a cortes metódicos que os objetivos da investigação analítica impõem ao espírito do pesquisador”⁵²⁷. Tudo, entretanto, está contido em uma unidade, que é o sistema jurídico.

7.3 Subsistema como conjunto dos enunciados tomados no plano da expressão

Todo ato ou atividade comunicativa exige um suporte físico capaz de servir-lhe de veículo para a transmissão da mensagem. Assim é com as ondas sonoras que se propagam pelo ar, com as marcas de tinta no papel e com os objetos e meios de que nos utilizamos para transmitir sinais. No caso do direito positivo, é o texto jurídico (Constituição, lei, decreto, sentença, ato administrativo, contrato etc.) que aparece como suporte físico ou, se preferirmos, como base empírica da mensagem jurídica. E é a partir do contato com esse texto, tomado no seu plano da expressão (e, assim, sem qualquer preocupação com seu conteúdo), que tem início função hermenêutica.

Neste subsistema do conjunto dos enunciados tomados no plano da expressão, portanto, analisamos o texto jurídico sem qualquer preocupação e intenção de colher o significado da mensagem que procura transmitir. De fato, o texto jurídico, no plano da expressão ou dos significantes, aparece tão-somente como suporte físico da mensagem, podendo indicar o conjunto das letras, palavras, orações, frases, períodos e parágrafos, ou seja, o conjunto de grafemas que, manifestados nos documentos produzidos pelos órgãos de criação do direito, e organizados morfológica e sintaticamente segundo as regras gramaticais de uma determinada língua, possibilitam a transmissão da mensagem jurídica no contexto da

⁵²⁶ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 65-66 (os grifos são do autor).

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 66.

comunicação do direito. E, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho a respeito desse plano de análise da linguagem, é a “sua composição morfológico-sintática que lhe dá as proporções de um verdadeiro sistema (...)”⁵²⁸.

É a partir do contato com o texto jurídico, tomado nessa estreiteza de significação, destarte, que tem início a função hermenêutica. Nesse sentido, destaca Paulo de Barros Carvalho que “o plano do conteúdo, por mais importante que seja, tem como *prius* a boa organização sintática do texto, de tal sorte que, *sem atinência às diretrizes fundamentais de organização de frases*, sejam elas oracionais ou não, enunciativas (ou declarativas), interrogativas, expressivas ou imperativas, *não haverá enunciados e, portanto, inexistirá sentido*”⁵²⁹.

Interessante observar que o plano dos significantes, como base empírica de significações, tem uma importância grande para a estrutura do direito, pois é o único e exclusivo dado objetivo que aparece aos integrantes da comunidade comunicacional. Deveras, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, “tudo mais será entregue ao teor das subjetividades. Apenas o texto, na instância de sua materialidade existencial, se oferece aos sujeitos como *algo que adquiriu foros de objetivação*”⁵³⁰.

Neste plano da investigação cognoscitiva devemos concentrar a atenção na análise da literalidade textual, evitando entrar no plano do conteúdo, que será objeto de análise no próximo subsistema. Devemos neste momento, portanto, centralizar a atenção na análise morfológica dos grafemas e unidades por eles formadas, bem como na maneira como ocorrem as combinações sintáticas que aproximam os vocábulos, formando as orações, as sentenças, os períodos e os parágrafos a partir das regras gramaticais da língua portuguesa, tudo para uma futura e satisfatória compreensão do texto. Entretanto, devemos reconhecer, na esteira de Paulo de Barros Carvalho, que “(...) não operamos exclusivamente com a base material do texto, mesmo porque, ao travarmos contacto com ele, já se desencadeiam os processos de elaboração de sentido, invadindo o plano de conteúdo. Mas o objetivo é conter esses impulsos de nossa subjetividade, mantendo-nos, o mais possível, no nível físico da literalidade textual, para concretizar o fim epistemológico que nos propusemos”. Nesse sentido, conclui: “Só assim nos será dado apreendê-lo (o plano

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 82.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 67 (os grifos são do autor).

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 68 (os grifos são do autor).

dos significantes ou dos enunciados prescritivos) como sistema, ou melhor, como subsistema da totalidade discursiva”⁵³¹. Mais adiante, sustenta ainda a grande importância das investigações a serem realizadas neste plano de análise (plano da expressão), conforme podemos observar da seguinte passagem da sua obra:

Muito rico é o campo especulativo que se abre à investigação desse subsistema. Mesmo que admitido no vulto de sua parcialidade, numerosíssimas são as questões gramaticais que o interessado pode levantar sobre o material da comunicação jurídico-positiva, seja nos domínios da Morfologia ou da Sintaxe, já que cingimos esta análise à linguagem escrita. Quanto ao quadro morfológico, por exemplo, o exegeta poderá pesquisar a estrutura e a formação dos signos jurídicos, suas flexões e classificações, examinando as peculiaridades que a mensagem prescritiva vai determinando na seleção dos vocábulos empregados nas variadas comunicações. No que tange ao âmbito sintático, também é muito vasto o horizonte do investigador, examinando a composição frásica em termos de concordância, de regência e de colocação. Por esse caminho, ingressará na análise sintática da sentença, procurando isolar seus termos essenciais, os demais integrantes, bem como os termos acessórios. Da sentença, passará ao exame do período como conjunto de uma única oração ou de duas ou mais, compondo uma formação significativa que se completa pela agregação concatenada dos sentidos isolados de cada uma das sentenças, unidas estas, geralmente, por conjunções⁵³².

Com relação ao plano dos significantes, é importante ressaltar, ainda, que é por meio dele que são promovidas as mais relevantes alterações no sistema jurídico. Deveras, é pela revogação e edição de novas leis (por exemplo), ou seja, de seus textos tomados no plano da literalidade, que se promovem as mais significativas mudanças do ordenamento jurídico. Com isso, entretanto, não queremos afirmar que não é possível a superveniência de importantes alterações no sistema jurídico em virtude de mudanças que ocorram nos demais subsistemas, pois, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, “(...) é sabido que a pragmática das comunicações jurídicas vai provocando, a cada passo, modificações até substanciais nas mensagens deônticas, o que implica, igualmente, transformação no todo do sistema”⁵³³.

⁵³¹ *Idem.*

⁵³² *Ibidem*, p. 68-69.

⁵³³ Ainda sobre esse tema, vale citar mais um trecho da obra de Paulo de Barros Carvalho, no qual inclusive apresenta exemplos para ilustrar e facilitar a compreensão: “Devemos reconhecer que as modificações introduzidas pelo plano da literalidade textual representam, usualmente, o caminho mais prático e direto, sendo, por isso mesmo, deliberado, consciente, querido pelas fontes produtoras de direito posto, em termos de alteração do ordenamento, uma vez que as oscilações ocorrentes na instância pragmática são incontroláveis. Ninguém pode prever, com visos de racionalidade, o rumo que os utentes da linguagem do direito, num dado momento histórico, vão

Por fim, concluímos a análise das possibilidades de investigação hermenêutica no âmbito desse subsistema ressaltando que elas se concentram no âmbito sintático da semiótica. Efetivamos, aqui, única e exclusivamente a relação dos signos com eles próprios, evitando relacioná-los com os objetos e conteúdos de significação, bem como com os utentes da linguagem.

7.4 Subsistema como conjunto dos “conteúdos de significações dos enunciados prescritivos” ou das “proposições jurídicas”

Após o intérprete ter separado os textos (enquanto suporte físico) a partir dos quais irá produzir a norma jurídica, bem como realizado a análise morfológica e sintática deles, passará então a implementar a pesquisa quanto ao conteúdo semântico daqueles textos.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, o intérprete, neste momento, irá avançar “(...) disposto a atribuir valores unitários aos vários signos que encontrou justapostos, selecionando significações e compondo segmentos portadores de sentido”⁵³⁴. Neste subsistema, no entanto, o conteúdo dos enunciados, que darão origem a proposições jurídicas com significados atômicos (normas jurídicas em sentido amplo), ainda serão analisados isoladamente. Somente em um próximo momento, ressalta-se, é que as proposições jurídicas (conteúdos dos enunciados prescritivos) serão agrupadas em fórmulas moleculares, capazes de transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade (norma jurídica em sentido estrito), com sua estrutura hipotética-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente

imprimir às significações de certas palavras. Quem, por exemplo, poderia antecipar que o vocábulo ‘casamento’, sempre ajustado a situações tradicionalmente configuradas, pudesse assumir, como nos dias atuais, a amplitude de significação que vem adquirindo? A radical mutação significativa da palavra ‘tributo’ é outro modelo eloqüente, apesar de que o processo transformativo se tenha operado num trato de tempo muito mais largo do que no primeiro caso. Com o sensível aumento na velocidade das informações, os processos de alteração significativa dos termos jurídicos vêm se desenvolvendo em intervalos cada vez mais curtos, o que valoriza a pesquisa da dimensão pragmática na busca do reconhecimento das mudanças por que passam os sistemas jurídico-positivos. Mesmo assim, porém, não chega ao ponto de roubar a primazia da plataforma física das formulações literais, como o *locus* mais adequado para que o legislador faça inserir, no sistema, as modificações que lhe parecem mais convenientes. Afinal de contas, matérias sociais novas reivindicam, a todo instante, sua absorção pelas hipóteses normativas, passando a ser reguladas pelo direito. Isso se faz, regularmente, mobilizando-se as fontes produtoras de normas jurídicas, que se assentam por meio de enunciados expressos, em documentos formalmente concebidos para exprimi-las em linguagem técnica.” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 69-70) (os grifos são do autor).

⁵³⁴ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 70.

mediante a causalidade jurídica ou imputação deôntica. Destarte, ainda não estaremos a lidar, neste âmbito, com as normas jurídicas em sentido estrito, tendo em vista a estrutura lógica peculiar que possuem, mas tão-somente com proposições com significados atômicos.

Por outro lado, também não estaremos mais a lidar, neste subsistema, com enunciados tomados no plano da expressão, como suportes físicos, mas sim com enunciados na sua proporção de sentido, ou seja, como proposições. Deveras, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, “(...) a porção que nos interessa do enunciado, neste momento, é a proposicional, vale dizer, a substância significativa que se pode adjudicar à base material que lhe dá sustentação física. Proposição, não no sentido da Lógica Clássica, como expressão verbal de um juízo, mas enquanto conteúdo de significação constituído a partir da fórmula gráfica do enunciado”. E, mais adiante, a respeito da função do intérprete neste subsistema, complementa afirmando que ele “lida, agora, com o significado dos signos jurídicos, associando-os e comparando-os, para estruturar não simplesmente significações de enunciados, mas significações de cunho jurídico, que transmitam algo peculiar ao universo das regulações das condutas intersubjetivas”⁵³⁵. Já em uma outra parte de sua obra, essa atividade de produção de sentido é apresentada de uma forma mais completa, onde inclusive Paulo de Barros Carvalho deixa claro seu posicionamento contrário à Hermenêutica tradicional (que via na interpretação uma mera atividade de *revelação* de sentido do texto), afirmando expressamente que o intérprete, em verdade, *produz* sentido a partir do texto, o que demonstra que se filia à hermenêutica filosófica de raiz heideggeriana e gadameriana:

Sobre o sentido dos enunciados, é preciso dizer que ele é construído, produzido, elaborado, a contar das marcas gráficas percebidas pelo agente do conhecimento. Desde que se mostre como manchas de tinta sobre o papel, no caso do direito escrito, insisto, assumindo a natureza de um ente físico, materialmente tangível, não se poderia imaginar, em sã consciência, que essa base empírica contivesse, dentro dela, como uma jóia, o conteúdo significativo, algo abstrato, de estrutura eminentemente ideal. Muito menos que o teor de significação estivesse envolvendo o material empírico, ou sobre ele flutuando como nuvens que recobrem os elevados rochedos. Não, o sentido é constituído ao longo de um processo, iniciado, na hipótese, pela percepção visual de letras, dos vocábulos e das partículas que unem os vocábulos, organizando formações mais amplas. *É o ser humano que, em contacto com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações.* Daí a asserção peremptória segundo a qual é a interpretação que faz surgir o sentido, inserido na profundidade do

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 71.

contexto, mas sempre impulsionada pelas formas literais do direito documentalmente objetivado. Sim, porque já foi dito e redito que não há texto sem contexto ou, de outro modo, não há plano de expressão sem plano de conteúdo e vice-versa⁵³⁶.

Importante ressaltar, portanto, que no âmbito deste subsistema não será simples a atividade a ser desenvolvida pelo intérprete, pois se trata de um ser-no-mundo, mundo este extremamente complexo e que é pelo próprio sujeito constituído linguisticamente, circunstância que influencia diretamente sua atuação no momento de adjudicar valores aos signos lingüísticos do texto de direito positivo. Da mesma forma, deve o intérprete ter ciência da influência que sobre ele exerce sua pré-compreensão, pré-compreensão esta que é delimitada pelos horizontes de sua cultura (contexto) formada historicamente pela tradição e que deve, no mento da interpretação dos textos jurídicos, ser filtrada a partir dos *axiomas fixados com caráter deontológico* (princípios) na Constituição.

Deveras, tendo em vista que a pré-compreensão é composta por pré-juízos e pré-conceitos, muitos decorrentes do paradigma próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista que, apesar de já ter sido ultrapassado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado no “sentido comum teórico” dos juristas brasileiros, o intérprete deve, no momento da adjudicação de valores aos signos, reconhecer essa sua situação hermenêutica. Ou seja, deve reconhecer sua condição de ser-no-mundo e portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos (e pré-conceitos) para, criticando-os, formatar uma compreensão prévia guiada pelos valores maiores esculpidos na Constituição na forma de princípios.

Somente assim, acreditamos, o intérprete proporcionará que o direito alcance seu lugar constitucionalmente assegurado de agente de transformação social, produzindo, a partir dos textos positivos, sentidos (normas jurídicas) que sejam capazes de garantir as promessas do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 (que, no campo do direito tributário, seria a implementação da chamada “justiça tributária”, ou, se preferirmos, do “tributo democrático”) ao regular a complexa gama de condutas de natureza não só interpessoal, mas também de natureza transindividual, que são cada vez mais freqüente neste complexo mundo pós-moderno em que vivemos.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 73.

Aliás, é a respeito desses obstáculos que assolam o intérprete no momento da produção de sentido no âmbito desse subsistema que Paulo de Barros Carvalho faz referência ao afirmar que

toda a problemática que cerca a comunicação das mensagens jurídicas, no seu particularíssimo modo de existir, está presente nesse domínio em que os campos de irradiação semântica dos signos se aglutinam, se cortam, se interpenetram, com efeitos de potencialização, já que o objetivo final é levar disciplina às situações em que os comportamentos sociais se cruzam, marcando contingências de inter pessoalidade⁵³⁷.

Outro dado importante que merece destaque no âmbito desse subsistema é que os enunciados dos textos jurídicos, a partir dos quais o intérprete produzirá sentidos (aqui ainda de forma isolada, não agrupando as proposições resultantes em fórmulas moleculares), por vezes aparecem na forma apofântica, restando o dever-ser por ficar implícito na sua estrutura frásica. Isso, contudo, não deve ser recepcionado pelo intérprete como indicativo de que está a lidar com proposições descritivas de objetos, pois o dever-ser estará sempre contido, ainda que implicitamente, nos enunciados que compõem o sistema de direito positivo, atribuindo a função deôntica às proposições deles resultantes⁵³⁸.

Entretanto, ainda que o intérprete deva ter consciência de que, no âmbito desse subsistema, está a manipular frases (enunciados) com conteúdo prescritivo, ou seja, da Lógica Deôntica, é preciso, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, “(...) considerá-las na forma em que se apresentam, para que seja possível,

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 71.

⁵³⁸ Nesse sentido, esclarece Paulo de Barros Carvalho: “A forma, ainda que importante, não será decisiva, porque o predomínio é da função e essa estará sempre voltada para a regulação das condutas intersubjetivas. Sua prescritividade reside no modo como tal linguagem é empregada, a despeito da composição sintático-gramatical que presidir seu revestimento. Os enunciados do direito positivo não são expressões de atos de objetivação cognoscente. Longe disso, o vetor semântico que os liga ao ‘mundo da vida’ contém, invariavelmente, um *dever-ser*, assim no estado neutro, sem modalização, ou operando por intermédio dos funtores *obrigatório*, *proibido* ou *permitido*, com que se exaure o campo material das possíveis condutas interpessoais. O *dever-ser*, freqüentemente, aparece disfarçado na forma apofântica, como se o legislador estivesse descrevendo situações da vida social ou eventos da natureza, a ela relacionados: *A existência da pessoa natural termina com a morte...* (art. 10 do CC). *A capacidade tributária passiva independe: I – da capacidade civil das pessoas naturais...* (art. 126 do CTN). Em outros momentos, porém, os modalizadores deônticos vêm a tona, expressando-se, ostensivamente, na linguagem do direito posto, com o que denunciam, de forma evidente, sua função prescritiva: *O tutor, antes de assumir a tutela, é obrigado a especializar, em hipoteca legal (...)* (art. 418 do CC). *O contribuinte do ITR entregará obrigatoriamente, em cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR (...)* (art. 8º da Lei n. 9.393, de 19-12-1996).” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 72) (os grifos são do autor).

posteriormente, congregá-las em unidades normativas, em que o sentido completo da mensagem deôntica venha a aparecer com toda a força de sua juridicidade”. A respeito, complementa:

E esse ‘considerá-las na forma em que se apresentam’ implica, muitas vezes, a utilização da Lógica Apofântica, com o modelo clássico “S é P”. Nesse intervalo, a tomada de consciência sobre a prescritividade é importante, mas o exegeta não deve preocupar-se, ainda, com os cânones da Lógica Deôntico-Jurídica, porque o momento da pesquisa requer, tão-somente, a compreensão isolada de enunciados, e estes, quase sempre, se oferecem em arranjos de forma alética⁵³⁹.

E, antes de encerrar o exame das possibilidades de investigação hermenêutica no âmbito desse subsistema para, então, passarmos ao próximo subsistema, no qual iremos investigar a produção das unidades de manifestação do deôntico com sentido completo (normas jurídicas em sentido estrito), concluímos enfatizando que as investigações ora analisadas concentram-se nas dimensões semântica e pragmática da semiótica, com maior ênfase à primeira, com o objetivo de adjudicar valor aos signos lingüísticos e, assim, produzir sentidos a partir deles.

7.5 Subsistema como domínio das significações normativas

Enquanto no subsistema dos enunciados prescritivos tomados no plano da expressão o intérprete teve seu primeiro contato com o texto (na sua porção de suporte físico), realizando a análise morfológica e sintática de seus componentes; e no subsistema das proposições jurídicas ele passou a implementar a pesquisa quanto ao conteúdo dos enunciados prescritivos constantes naquele texto, produzindo sentidos (proposições com significado atômico) a partir de enunciados isoladamente considerados; agora, no âmbito do subsistema das significações normativas ele irá iniciar o processo de aglutinação daquelas proposições para a formulação de “unidades irreduzíveis de manifestação do deôntico” (norma jurídica em sentido estrito) que terão a potencialidade de orientar a conduta em sua integralidade. Destarte, somente a partir da junção de proposições prescritivas (“normas jurídicas em sentido amplo”) em fórmulas moleculares, capazes de transmitir a mensagem deôntica em sua integridade, que chegamos à “norma jurídica em sentido estrito” com sua estrutura hipotético-condicional, em que uma

⁵³⁹ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 73 (os grifos são do autor).

hipótese implica um conseqüente mediante a causalidade jurídica ou imputação deôntica.

De fato, conforme já tivemos a oportunidade de verificar, para que a mensagem do direito possa ser recebida pelo destinatário com sentido deôntico completo, ela deve portar um esquema formal mínimo, representado pela fórmula “D [F → (S' R S'')]”.

E ao partirmos para o processo de desformalização da mencionada fórmula lógica, para preencher aqueles símbolos com signos dotados de conteúdo semântico, perceberemos que isso somente será possível caso o intérprete venha a colher conteúdos de significação de diversos textos, por vezes inclusive de diplomas diferentes e dos mais variados escalões (Constituição, lei, decreto etc.).

Isso ocorre porque aquela estrutura reclama não só uma hipótese que descreva um fato de possível ocorrência, mas também um conseqüente que contenha uma prescrição capaz de instaurar uma relação jurídica entre dois sujeitos com direitos e deveres correlatos. E são os conteúdos de significação capazes de formular essas estruturas que dificilmente conseguimos extrair de um único texto.

Será, portanto, da análise conjunta de diversos textos, que, em separado, propiciam a produção de fragmentos de norma (norma em sentido lato) na mente do intérprete (o que se dá no âmbito do subsistema anteriormente analisado), que este produzirá, no subsistema ora examinado, expressões completas de sentido deôntico-jurídico (normas em sentido estrito). A respeito, Karl Engisch ensina que “só da combinação delas [fragmentos de norma] entre si resulta um sentido completo”⁵⁴⁰.

No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, sobre o tema, destaca que “às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enunciá-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos do direito em vigor”^{541/542}. E, uma vez realizado

⁵⁴⁰ **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 38.

⁵⁴¹ **Curso de direito tributário**, p. 9.

⁵⁴² Em outra obra, ao tratar desse mesmo tema e para melhor elucidá-lo, Paulo de Barros Carvalho apresentou o seguinte exemplo: “Vamos aos exemplos, que sempre foram ponto de apoio fundamental para o conhecimento. Imaginemos enunciado constante de lei tributária que diga, sumariamente: *A alíquota do imposto é de 3%*. Para quem souber as regras de uso dos vocábulos ‘alíquota’ e ‘imposto’, não será difícil construir a significação dessa frase prescritiva. Salta aos

esse labor construtivo da norma jurídica, poderemos, então, identificar a hipótese e o conseqüente da norma, que, no entanto, ainda estarão aparecendo de forma precária.

É que, também conforme adverte Paulo de Barros Carvalho, o intérprete deve ter a consciência de que “(...) o *quantum* de significação obtido com o isolamento do arcabouço da norma jurídica não é suficiente para expressar a orientação da conduta, como algo definitivo”. Isso tendo em vista que “sua completude, perante o sistema, continua parcial, representando, apenas, o vencimento de um ciclo do processo exegético, que passa, a partir de então, a experimentar novo intervalo de indagações atinentes ao que poderíamos chamar de *esforço de contextualização*”⁵⁴³.

Deverá o intérprete, portanto, passar a contextualizar esse arcabouço de norma com as demais proposições do sistema jurídico, em especial aquelas decorrentes dos princípios constitucionais. Terá, em função disso, que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas para, ao final, chegar à norma jurídica em sentido estrito coerente com o sistema visto como um todo e capaz de implementar os valores constitucionais na solução do caso concreto que lhe é correlato. É o que nos ensina Paulo de Barros Carvalho ao dizer que:

olhos, contudo, a insuficiência do comando, em termos de orientação jurídica da conduta. A primeira pergunta certamente será: mas 3% do quê? E o interessado sairá à procura de outros enunciados do direito posto para entender a comunicação deôntica em sua plenitude significativa. Digamos que não lhe custe deparar com oração prescritiva gravada assim: *A base de cálculo é o valor da operação*. Pronto, o montante a ser recolhido a título de imposto já pode ser imediatamente apurado. Remanescem, ainda, na mente do intérprete, outras dúvidas que hão de ser esclarecidas. A quem deve pagar a quantia do tributo? Quem será o sujeito ativo dessa exação? E, novamente, continuará ele na busca de outras unidades de significação que possam completar o sentido da mensagem. Não encontrando disposição expressa no texto examinado, o interessado consultará a Lei Constitucional brasileira, investigando a quem fora outorgada a competência legislativa para legislar sobre a matéria, índice seguro, na maior parte dos casos, para identificar-se o titular do direito subjetivo público à exigência do gravame. Para que se componha a obrigação tributária, fica faltando, ainda, a indicação do sujeito passivo, quer dizer, aquele a que foi cometido o dever jurídico de prestar o valor pecuniário. A essa altura, já é conhecido o montante da prestação e os dois sujeitos do vínculo obrigacional. Agora, por que razão se instaurou o laço, estabelecendo uma conduta obrigatória para um dos sujeitos e, correlativamente, o direito de exigi-la, para o outro? Dito de maneira diferente: qual o fundamento jurídico que suporta e justifica a instalação do liame obrigacional? Bem, aqui ingressa o enunciado de fato, pressuposto da incidência tributária e cuidadosamente selecionado pelo legislador para desencadear os efeitos disciplinadores de comportamentos subjetivos. Na estrutura normativa, aparece no tópico da hipótese (suposto, antecedente ou prótese do juízo condicional) ligando-se ao enunciado relacional (relação jurídica) por força da imputação deôntica, numa síntese de dever-ser posta pela vontade imperativa dos detentores do poder político.” (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 75-76) (os grifos são do autor).

⁵⁴³ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 76 (os grifos são do autor).

Se todo o trabalho desenvolvido no processo de geração de sentido tem sua importância, proposição que paira acima de qualquer dúvida, surge essa última etapa como seu aperfeiçoamento, como o coração do desempenho construtivo levado a cabo pelo agente do conhecimento. Tendo a tarefa interpretativa caminhado pelos meandros do ordenamento, primeiramente à cata de sentidos isolados de fórmulas enunciativas, para depois agrupá-las consoante esquema lógico específico e satisfatoriamente definido, o objetivo presente é confrontar as unidades obtidas com o inteiro teor de certas orações portadoras de forte cunho axiológico, que o sistema coloca no patamar de seus mais elevados escalões, precisamente para penetrar, de modo decisivo, cada uma das estruturas mínimas e irredutíveis (vale novamente o pleonasma) de significação deontica, outorgando unidade ideológica à conjunção de regras que, por imposição dos próprios fins regulatórios que o direito se propõe implantar, organizam os setores mais variados da convivência social⁵⁴⁴.

Veja-se, portanto, a importância desse momento da atividade de produção de sentido. É aqui que o intérprete, com base nos valores maiores da sociedade fixados na forma de princípios na Constituição, estará legitimado a direcionar a produção de sentido de forma a que a norma resultante seja capaz de concretizar aqueles valores no contexto do caso concreto a que terá aplicabilidade, fazendo com que ali sejam implementadas as promessas constitucionais.

Legitimará, portanto, a produção de um sentido capaz de propiciar ao direito que exerça em definitivo seu papel reservado na Constituição Democrática de Direito, ou seja, seu papel de agente transformador/emancipador da sociedade. É que, tendo em vista que a Constituição brasileira oferece, por meio do seu conjunto principiológico, as bases para uma construção de sentido (de uma norma jurídica) emancipadora da sociedade, será nesse momento da atividade interpretativa – em que o sentido em construção será contextualizado e, assim, penetrado por aqueles princípios – que o intérprete estará legitimado a fazer com que seu labor produtivo tenha como resultado final uma norma jurídica que incorpore aqueles valores e, assim, promova a transformação social. Não é outro o entendimento de Paulo de Barros Carvalho. Deveras, após tratar da importância desse momento da atividade interpretativa, enfatiza:

Ao mencionar esse apogeu da missão hermenêutica, penso não haver incorrido em qualquer excesso, pois é nesse clímax, momento de maior gradação do processo gerativo, que aparece a norma jurídica em sua pujança significativa, como microssistema, penetrada, harmonicamente, pela conjunção dos mais prestigiados valores que o ordenamento consagra. Enquanto tal, representa o cruzamento, a força resultante de um sistema em

⁵⁴⁴ *Idem*.

que o plano dos significantes se integra ao plano de conteúdo, numa síntese que dá a autêntica profundidade do texto examinado. A regra jurídica assim apresentada terá o condão de exprimir, na sua singeleza estrutural, a orientação jurídica da conduta, precisamente do modo como determinada pela totalidade sistêmica. Não é mais um ente isolado, que pode ser visto, na sua soledade, como alguma coisa que porta os traços de pertinência a certo conjunto normativo. Mais do que isso, é o próprio domínio, reduzido a sua expressão mais simples, tanto em termos sintáticos como nas proporções semânticas e pragmáticas⁵⁴⁵.

Concluimos a análise da função do intérprete no âmbito desse subsistema ressaltando que nele há uma ênfase ao aspecto pragmático. De fato, aqui as proposições são agrupadas e contextualizadas tendo em vista um caso concreto, ou seja, à produção de sentido capaz de transmitir a mensagem deôntica completa, orientando determinada conduta em sua integralidade, e de modo a que sejam implementados os valores expressos na Constituição (na forma de princípios) no seio da sociedade. Mas temos aqui a presença também da sintaxe e da semântica, pois referida contextualização – para a produção de sentido – também impõe o retorno, sempre que preciso, aos outros dois subsistemas na busca de novos sentidos capazes de proporcionar a produção de uma norma jurídica em conformidade com os valores constitucionais.

7.6 A organização das normas constituídas no domínio das significações normativas – o vínculo de subordinação e de coordenação que se estabelece entre as normas

Chegamos, agora, ao último subsistema da proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem, apresentada por Paulo de Barros Carvalho. Nele as normas jurídicas são relacionadas em vínculos de coordenação e subordinação, para que, ao final, atinjam a qualidade superior de sistema jurídico-normativo, processo esse que tem nas regras de estrutura o meio para sua concretização.

Verificamos, assim, que há uma semelhante sistematização de elementos na passagem do subsistema anterior para o ora analisado, em comparação com a passagem do plano do conteúdo dos enunciados prescritivos para o plano das significações normativas, pois em ambas as passagens de planos há semelhante

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 77.

sistematização dos elementos componentes do plano anterior. Daí Paulo de Barros Carvalho inclusive sustentar que, “em linguagem de razões e proporções, poderíamos dizer que $S4:S3::S3:S2$ ($S4$ está para $S3$, assim como $S3$ está para $S2$)”⁵⁴⁶.

A respeito do conjunto das regras de estrutura e da sua função no âmbito desse subsistema, Paulo de Barros Carvalho, fazendo um paralelismo com os sistemas idiomáticos, vem a defini-lo como a “gramática-jurídica”, ou seja,

(...) subconjunto de regras que estabelecem como outras regras devem ser postas, modificadas ou extintas no interior de certo sistema. São unidades da mesma espécie daquelas produzidas no plano $S3$, com a particularidade de participarem na composição do sistema jurídico-normativo como conjunto auto-referencial, ou seja, como um domínio que se autoconstitui em processo dialético interno⁵⁴⁷.

E, partindo das lições de Lourival Vilanova, complementa:

Lembrando as lições de Lourival Vilanova, o direito, como técnica de modificação social, não vem para representar o mundo, mas sim alterá-lo, implantando valores. E esse projetar-se sobre o fluxo do suceder humano, na sua peculiar e característica instabilidade, ocorre num contínuo processo dialético que se estabelece entre normas gerais e abstratas, de um lado, e normas individuais e concretas ou individuais e abstratas, de outro, dinâmica da qual participam, invariavelmente, as regras gerais e concretas como veículos introdutórios dos comandos prescritivos (tal como o lançamento, a sentenças judiciais ou até mesmo a própria Constituição). Tudo isso se opera mediante a presença indispensável da linguagem, num contexto de crenças, idéias e convicções, a que chamamos de ideologia. (...)

É nessa incessante movimentação empírico-dilática que se forma o conhecimento da mensagem prescritiva. (...)

(...) Já no que se refere especificamente às articulações de coordenação e de subordinação do plano $S4$, presumidas na constituição semântica do texto legislado, elas apresentarão o contexto em que se insere a mesma mensagem normativa, entendido como todo o campo lógico-sitêmico do direito que permite essa construção de sentido do texto. A interpretação só se completa quando faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto e sempre impulsionada pelas fórmulas literais do direito documentalmente objetivado. Esta é a razão para se concluir que “não há texto sem contexto”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ *Idem*. Na fórmula apresentada, os símbolos representam, respectivamente: $S1$ – o subsistema dos enunciados prescritivos tomados no plano da expressão; $S2$ – o subsistema dos conteúdos dos enunciados prescritivos; $S3$ – o subsistema das significações normativas; e $S4$ – o subsistema dos vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as normas jurídicas.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 77-78.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 78-80.

Verificamos, portanto, que o método empírico-dialético, próprio dos objetos culturais, está fortemente presente na doutrina de Paulo de Barros Carvalho ora estudada. Por meio do referido método, o intérprete, partindo do texto jurídico enquanto suporte físico, vai progredindo em direção aos níveis mais elevados de compreensão, percurso no qual trará contato com sua pré-compreensão, com os horizontes de sua cultura e com os valores maiores da sociedade expressos na forma de princípios na Constituição, sempre fazendo referência a um caso concreto a ser regulado e que reclama a atuação do direito como agente transformador, capaz de implementar as promessas do Estado Democrático de Direito. Contudo, após cumprir este percurso, o intérprete deverá retornar para conferir se os signos que compõem o sentido por ele produzido estão no plano dos significantes, percorrendo este caminho tantas vezes quanto necessário. Isso porque o sentido produzido deve guardar relação com o texto, sob pena de a interpretação redundar em nefasta atividade arbitrária.

7.7 Determinações impostas pelo sistema à atividade de produção da norma jurídica

Conforme destaca Marcelo Neves, “os modelos de interpretação jurídica variam conforme o tipo de sociedade e a respectiva forma jurídico-política dominante”⁵⁴⁹. E esses modelos, por sua vez, geralmente são dotados de determinações e diretrizes específicas para o desenvolvimento da atividade interpretativa.

Neste trabalho temos procurado fixar a atenção no modelo próprio de um Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, naquele constituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Daí o porquê de nos filarmos mais à tese substancialista em detrimento da procedimentalista⁵⁵⁰, bem como à hermenêutica filosófica em prejuízo da hermenêutica como método.

De fato, tendo em vista que nossa Constituição é repleta no que se refere à proteção dos direitos fundamentais e à previsão de mecanismos jurisdicionais capazes de garantir a implementação de tais direitos, inclusive nos casos de inércia e contradição decorrentes de atos e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo

⁵⁴⁹ **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**, p. 356.

⁵⁵⁰ A respeito do que entendemos das teses substancialista e procedimentalista, ver, *supra*, item 6.8.

em relação aos preceitos constitucionais, não temos como deixar de nos filiar à tese substancialista, afastando-nos da procedimentalista (mas apropriando o que ela tem de virtuoso para o nosso sistema).

Já com relação à prevalência da hermenêutica filosófica em relação à hermenêutica como método, tal fica clara tendo em vista o vasto arsenal principiológico contido na Constituição, que privilegia em muito uma hermenêutica de natureza filosófica (produtora de sentido a partir de textos com conteúdo amplo e flexível), em detrimento de uma hermenêutica metódica (reveladora de sentido objetivo e absoluto).

E especificamente com relação às determinações que o sistema jurídico, instaurado a partir da Constituição de 1988, fixou para a atividade de produção de sentido no Brasil, são elucidativas as palavras de Paulo de Barros Carvalho, que se vale inclusive de alguns exemplos para demonstrar seu entendimento sobre o tema:

(...) as ordenações jurídico-normativas costumam estabelecer caminhos próprios para a realização do processo construtivo, nele fixando os valores que lhe pareçam convenientes para integrar as múltiplas unidades produzidas. Nesse sentido, a Constituição brasileira é abundante, fazendo constar uma série de estimativas sem as quais as regras elaboradas pelo intérprete não encontrarão o devido respaldo de fundamento constitucional.

Justamente para atender a estipulações dessa índole é que o esforço de pesquisa de enunciados fica tolhido, uma vez que o exegeta não poderá recolhê-lo à sua vontade, em qualquer região do direito posto, devendo circunscrever a escolha dentro de certos segmentos da ordem legislada, que o texto constitucional expressamente indica. O princípio da legalidade, entre nós, compele o agente a procurar frases prescritivas, única e exclusivamente, entre as introduzidas no ordenamento positivo por via de lei ou de diploma que tenha o mesmo *status*. (...)

Modelo interessante para exibir esse aspecto do processo construtivo, principalmente pelo grande rigor que encerra, encontramos no direito tributário. A regra-matriz de incidência, como estrutura lógico-sintática, há de ser saturada com as significações do direito positivo. Entretanto, pela diretriz da estrita legalidade, não podem ser utilizados outros enunciados, senão aqueles introduzidos por lei. Seja a menção genérica do acontecimento factual, com seus critérios compositivos (material, espacial e temporal), seja a regulação da conduta, firmada no conseqüente, também com seus critérios próprios, vale dizer, indicação dos sujeitos ativo e passivo (critério pessoal), bem como da base de cálculo e da alíquota (critério quantitativo), tudo há de vir expresso em enunciados legais, não se admitindo, sob qualquer pretexto, que sequer um desses elementos possa ser retirado de orações prescritivas de hierarquias inferiores.

E assim por diante, toparemos com determinações especiais para a formação de regras pelo Poder Judiciário, bem como sobre normas administrativas, contratuais etc., constantes do direito positivo e salientadas descritivamente pela Dogmática⁵⁵¹.

⁵⁵¹ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 80-81.

7.8 Síntese conclusiva a respeito do percurso de construção da norma jurídica

De posse do referencial teórico até aqui apreendido, podemos dizer que o percurso do intérprete no labor construtivo da norma jurídica tem início a partir do contato com o texto de direito positivo no plano dos significantes ou da expressão, ou seja, enquanto suporte físico da mensagem do direito. “Trata-se do sistema S1, de maneira objetiva, sendo exatamente o mesmo para todos os sujeitos, com independência do lugar e do tempo que for submetido a exame”⁵⁵². Neste momento do percurso, o intérprete deve centralizar sua atenção na análise morfológica dos grafemas e unidades dos enunciados prescritivos, bem como na maneira como ocorrem as combinações sintáticas que aproximam os vocábulos, formando as orações, as sentenças, os períodos e os parágrafos a partir das regras gramaticais da língua portuguesa, tudo para uma futura e satisfatória compreensão do texto.

Continuando sua trajetória, passará a lidar com os conteúdos dos enunciados prescritivos, formulando, no entanto, apenas proposições jurídicas com significado atômico, ou seja, neste plano construirá sentidos tão-somente a partir de enunciados prescritivos isoladamente considerados, sem aglutiná-los ainda em conjuntos tendentes à composição de sentidos completos de manifestação do deôntico. Ressaltamos que no âmbito deste subsistema não será simples a atividade a ser desenvolvida pelo intérprete, pois se trata (o intérprete) de um ser-no-mundo, mundo este extremamente complexo e que é pelo próprio sujeito constituído linguisticamente, circunstância que influencia diretamente sua atuação no momento de adjudicar valores aos signos lingüísticos do texto. Da mesma forma, deve o intérprete ter ciência da influência que sobre ele exerce sua pré-compreensão. Isso porque ela é delimitada pelos horizontes de sua cultura (contexto) e, como tal, é composta por pré-juízos e pré-conceitos, muitos desses decorrentes do paradigma próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista, que, apesar de já ter sido ultrapassado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado no “senso comum teórico” da maioria dos juristas brasileiros. Sendo assim, o intérprete, no momento da adjudicação de valores aos signos, deve reconhecer essa sua situação hermenêutica. Ou seja, deve reconhecer sua condição de ser-no-mundo e portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos (e pré-conceitos)

⁵⁵² *Ibidem*, p. 82.

para, criticando-os, formar uma compreensão prévia guiada pelos valores maiores esculpidos na Constituição na forma de princípios, compreensão prévia que o levará a produzir sentidos em conformidade com os valores constitucionais.

Concluída a produção de sentido a partir de enunciados isoladamente considerados, passará o intérprete a promover a conexão das proposições obtidas no subsistema anterior, e isso tendo em vista a produção de unidades lógicas (normas jurídicas) com estrutura hipotético-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente mediante a causalidade jurídica ou imputação deôntica, capazes de transmitir a mensagem deôntica em sua integridade. Deverá o intérprete, ainda no âmbito desse plano, contextualizar o arcabouço de norma que acabou de produzir com as demais proposições do sistema jurídico, em especial aquelas decorrentes dos princípios constitucionais, tendo em vista um caso concreto (real ou fictício) a ser regulado. Terá, em função disso, que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas para, em conformidade com o método empírico-dialético, chegar a uma norma jurídica coerente com o todo sistemático e capaz de implementar os valores constitucionais⁵⁵³ no correlato caso concreto. Veja-se, portanto, a importância desse momento da atividade de produção de sentido. É aqui que o intérprete, com base nos valores maiores da sociedade fixados na forma de princípios na Constituição, estará legitimado a direcionar a produção de sentido, de forma que a norma resultante seja capaz de concretizar aqueles valores no contexto do caso concreto a que terá aplicabilidade, fazendo com que sejam observados os mandamentos constitucionais.

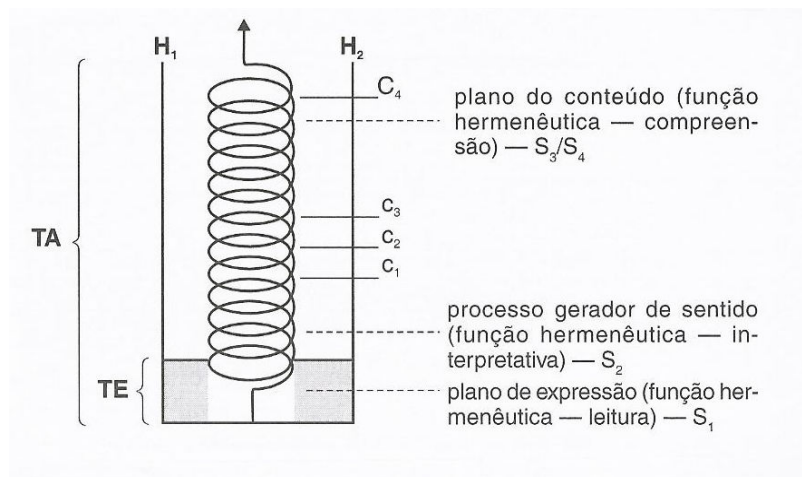
Por fim, conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, "(...) há que se pensar na integração das normas, nos eixos de subordinação e de coordenação, pois aquelas unidades não podem permanecer soltas, como se não pertencessem à totalidade sistêmica"⁵⁵⁴. E é exatamente isso o que ocorre no quarto e último subsistema, ou seja, no plano da organização das normas constituídas no domínio

⁵⁵³ Conforme destaca Paulo de Barros Carvalho, "tornam-se imprescindíveis, nesse nível de elaboração exegética, uma série de incursões aos outros dois subsistemas, na atividade ingente de procurar significações de outras sentenças prescritivas que, por imposição da hierarquia constitucional, não podem estar ausentes do conteúdo semântico da norma produzida. É precisamente na amplitude dessas idas e vindas aos sistemas S1 e S2 que o sujeito gerador de sentido vai incorporando as diretrizes constitucionais." (**Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 82-83).

⁵⁵⁴ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 83.

das significações normativas para que atinjam a qualidade superior de sistema jurídico-normativo.

Com isso, resta concluído o processo de produção de sentido da norma jurídica a partir da proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem apresentada por Paulo de Barros Carvalho. Para melhor elucidá-la, Paulo de Barros Carvalho faz uso do seguinte⁵⁵⁵ gráfico, por ele próprio elaborado:



A respeito desse gráfico, esclarece Paulo de Barros Carvalho:

Observa-se a existência dos quatro planos da linguagem, representados por S1, S2, S3 e S4, partindo a interpretação do plano da literalidade textual (S1) que compõe o texto em sentido estrito (TE), passando, mediante o processo gerador de sentido, para o plano do conteúdo dos enunciados prescritivos (S2), até atingir a plena compreensão das formações normativas (S3) e a forma superior do sistema normativo (S4), cujo conjunto integra o texto em sentido amplo (TA). Esse processo interpretativo encontra limites nos horizontes de nossa cultura (H1 e H2), pois fora dessas fronteiras não é possível a compreensão (c1, c2, c3, c4). Na visão hermenêutica adotada, a interpretação exige uma pré-compreensão que a antecede e a torna possível⁵⁵⁶.

E, mais adiante, conclui enfatizando que são os cruzamentos decorrentes dos avanços – a partir do texto em direção à compreensão – e retornos – do alto da compreensão para o texto – que proporcionam ao intérprete transitar pelos subsistemas com o objetivo de produção do sentido. A esse respeito, destaca:

⁵⁵⁵ *Idem*. No mencionado gráfico, a tradução dos símbolos é a seguinte: TA = texto em sentido amplo; TE = texto em sentido estrito; H1 e H2 = horizontes da nossa cultura.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 84.

Tais cruzamentos entre os quatro planos de elaboração, deles não saindo em qualquer dos momentos do percurso gerativo de sentido, exibem, entre outras coisas, a unidade do sistema jurídico, visto como um todo, tecido pelo intérprete numa concepção que salvaguarda, acima de tudo, o dado de sua integridade textual, uniforme e consistente, adaptando-se o predicado de “consistência” que convém à função pragmática com que o direito positivo utiliza sua linguagem prescritiva⁵⁵⁷.

Ainda com relação à exposição teórica da construção da norma jurídica a partir dos sistemas de linguagem, não podemos deixar de ressaltar, novamente, a forte presença – no percurso gerador de sentido – do método empírico-dialético, próprio dos objetos culturais. Deveras, ele aparece de forma cristalina nessa atividade desenvolvida pelo intérprete. É que o intérprete, partindo do texto jurídico enquanto suporte físico, vai progredindo em direção aos níveis mais elevados de compreensão, percurso no qual travará contato com sua pré-compreensão, com os horizontes de sua cultura e com os valores maiores da sociedade expressos na forma de princípios na Constituição, sempre fazendo referência a um caso concreto a ser regulado e que reclama a atuação do direito como agente de transformação social, capaz de implementar as promessas do Estado Democrático de Direito. E, após cumprir este percurso, o intérprete então retorna para conferir se os signos que compõem o sentido por ele produzido estão no plano dos significantes, realizando essa trajetória de progressão e retorno – que revela a presença do método empírico dialético – tantas vezes quanto necessário. Isso porque o sentido produzido deve sempre guardar relação com o texto, sob pena de a interpretação redundar em arbítrio.

Deveras, conforme temos sustentado, a atividade interpretativa deve partir do texto e ir além dele. Isso, contudo, não pode implicar a construção de uma norma arbitrária, que não guarde relação com os textos que serviram de base para a atividade interpretativa. De forma semelhante, aliás, é que Souto Maior Borges sustenta que o intérprete deve ir além do texto sem sair dele: “Muito bem, o que é que nós podemos fazer diante do texto, do que o pensador autêntico pensou? É procurar extrair dele todas as suas virtualidades e fazer exatamente aquilo que Cossio preconizava, com relação a Kelsen, ir além dele sem sair dele”⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 84.

⁵⁵⁸ **A isonomia tributária na Constituição de 1988**, p. 10. Não é outra a lição de Juarez Freitas, que, sobre o tema, destaca: “As melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar

E partindo desse referencial teórico, para contextualizá-lo com um caso concreto recentemente apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (caso referente à negativa de atribuição de efeitos prospectivos às decisões do Supremo Tribunal Federal que, após mais de sete anos de posicionamento favorável ao contribuinte, passaram a reconhecer a inexistência do direito de crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta), verificamos que, ao menos no nosso entendimento, a solução final não atendeu às orientações traçadas pelo giro lingüístico e pela hermenêutica filosófica, as quais temos defendido como necessárias para o bom desenvolvimento da atividade de interpretação/aplicação do direito.

Conforme destacamos em nota de rodapé, quando do desenvolvimento do item 5.1 (*supra*), o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (vencido o Ministro Ricardo Lewandowski), no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 353.657/PR, posicionou-se contrariamente à atribuição de efeitos prospectivos à decisão que representou a mudança de posicionamento há mais de sete anos adotado pacificamente pelo citado Tribunal, em lesão direta, ao que nos

pela soberania da vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio texto constitucional. (...) mesmo posturas mais sofisticadas e instigantes, como a do textualismo, tornam-se insatisfatórias diante das exigências prioritárias do sistema constitucional, que implicam *transcendência em relação ao texto*. (...) O constituinte *determina apreciações prudenciais e axiológicas*, que forçosamente estarão situadas no plano da pré-compreensão e do pós-textual. (...) A interpretação tópico-sistêmica não permite a imposição passiva da imaginária vontade do texto ao intérprete. A recíproca é verdadeira. Não se deve assumir postura tirânica que desconsidere o texto. E suma: o exame crítico do textualismo de Scaila revela quão indispensável é ultrapassar o paradigma antigo e datado de relações sujeito/objeto, sobretudo porque contrário às evidências empíricas.” (**A interpretação sistemática do direito**, p. 202-206). Também Lenio Streck, autor por nós tantas vezes citado, não deixou de fazer semelhante ressalva: “Com efeito, *defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenheorem da Constituição*. Mais do que isto, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). (...) Em outras palavras, *o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, etc.* Daí a necessidade desse esclarecimento, uma vez que, freqüentemente, a hermenêutica – na matriz aqui trabalhada – tem sido acusada de relativismo. Definitivamente, é preciso dizer que a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de ‘decisionismo’, ‘relativismo’ ou ‘direito alternativo’, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundado em Gadamer, *rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo (ou irracionalismo) à hermenêutica filosófica*. (...) Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitados os conteúdos de base do texto.” (**A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**, p. 166 e 168-169) (os grifos são do autor)

parece, ao princípio da segurança jurídica (em geral) e da irretroatividade (em especial).

É que, como temos defendido, a interpretação dos textos de direito positivo cria lingüisticamente a realidade jurídica. Cria as normas jurídicas, que são os elementos que compõem o repertório do sistema jurídico. O intérprete parte do texto enquanto base empírica (sistema S1) e, sem se resumir ao texto, após percorrer os sistemas S2 e S3, produz o seu sentido, ou seja, produz a norma jurídica (produz direito/realidade jurídica). Daí defendermos que o texto é o que o intérprete/aplicador diz que ele é.

Portanto, tendo em vista que o STF disse, por mais de sete anos, que a RMIT para o IPI deveria respeitar os créditos decorrentes de operação anterior isenta, ele criou essa realidade jurídica. Dessa forma, a norma existente (componente da realidade jurídica) possuía um determinado conteúdo, que era o conteúdo conhecido pelos operadores desse sistema e por aqueles a ele subordinados.

Ora, conforme demonstramos no decorrer do presente trabalho (e, em especial, nos itens de n. 7.2 a 7.5), apesar de as mudanças mais bruscas no sistema jurídico ocorrerem a partir da edição de novos textos de direito positivo (plano da expressão – sistema S1), pois essas mudanças alteram a base (suporte físico) de onde parte o intérprete para construção da norma jurídica, tais alterações também podem ocorrer no plano do conteúdo (sistema S2) e das significações normativas (S3), e isso ocorrerá sempre que o intérprete, sem que haja alteração de um determinado texto (base empírica), passe, a partir dele, a construir uma diferente norma jurídica, dando origem a uma nova realidade jurídica.

Em ambos os casos, verificamos uma mudança da realidade jurídica, ou seja, uma alteração dos elementos – normas jurídicas – que compõem o repertório do sistema jurídico. E, havendo essa mudança na ordem jurídica, determinam os princípios da segurança jurídica (em geral) e da irretroatividade (em especial) que a nova norma jurídica criada não retroaja para prejudicar o contribuinte. Luís Roberto Barroso, semelhantemente, embora com base em fundamentos um pouco distintos (não se utiliza diretamente da teoria da linguagem como fundamento para sustentar seu posicionamento), assim se manifestou a respeito do tema:

Há muito já se superou a concepção que visualizava a atividade de interpretação e aplicação do direito como uma operação mecânica, mero exercício de lógica formal consistente na revelação de um conteúdo inteiramente preexistente, objetivamente posto pelo legislador. A moderna dogmática jurídica, pelo contrário, reconhece ao Poder Judiciário o papel de co-criador do direito. É certo, porém, que quanto mais complexo for o sistema jurídico, muitas vezes composto de um emaranhado de atos normativos [textos] que exigem harmonização, e mais aberto, valendo-se de expressões polissêmicas, princípios ou cláusulas gerais, maior será o espaço reservado à interpretação judicial e, conseqüentemente, mais próxima a atividade jurisdicional estará da própria criação do direito.

Por isso mesmo, a doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo [prescritivo] não se confunde com a norma, que é produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário, tanto assim que, a partir de um mesmo enunciado, podem ser construídas várias normas distintas. É até possível, como acontece no caso aqui em exame, que com o passar do tempo normas diferentes sejam extraídas de um mesmo conjunto de enunciados. (...)

(...) Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o *direito*, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o *direito* vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale, em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislativo. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes⁵⁵⁹.

Trata-se de posicionamento que privilegia a segurança jurídica (um dos pilares do conjunto principiológico da nossa Constituição) nas relações verificadas no interior do sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual merece nosso acolhimento, quanto mais porque, a partir das premissas que temos adotado, ele adquire uma base de sustentação ainda mais sólida. Deveras, aplicando os legados da teoria da linguagem e da hermenêutica filosófica ao referido entendimento de Luís Roberto Barroso, nos termos como sustentamos nos parágrafos anteriores à exposição do citado professor, conseguimos atribuir à sua tese uma maior sustentabilidade jurídica, tudo de modo a preservar o sistema principiológico constitucional, que tem na segurança jurídica uma das suas vigas mestras⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**, p. 272-273 (os grifos são do autor).

⁵⁶⁰ Com fundamento no princípio da segurança jurídica, há juristas que inclusive sustentam que os Tribunais Superiores não poderiam alterar sua jurisprudência firmada, a não ser diante de casos de alteração legislativa. Nesse sentido é a doutrina de Márcia Regina Machado Molaré e Luiz Antonio Caldeira Moretti: "Por isso, não admitimos que haja revisão da jurisprudência firmada pelas Cortes Supremas, sem qualquer alteração de cunho normativo legal ou constitucional que pudesse dar ensejo a novo entendimento, pois tal comprometeria a referida estabilidade" (**A separação dos poderes e a segurança jurídica em matéria tributária**, p. 764). Partindo das premissas que adotamos para o desenvolvimento do presente trabalho, não temos como concordar

Não podemos deixar de ressaltar que esse entendimento somente tem lugar diante de reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal em um único sentido. Ou seja, quando o Tribunal Máximo, a partir de reiteradas interpretações de determinados textos de direito positivo, produz sempre a mesma norma jurídica. É que, conforme também temos destacado (e restou bem esclarecido no texto acima transcrito de Luís Roberto Barroso), a partir de um único texto o intérprete/aplicador, após percorrer os sistemas S1, S2 e S3, pode construir mais de uma norma. Sendo assim, nos casos em que, a partir de determinado texto, são produzidas diferentes normas (revelando a existência de posicionamentos divergentes do Poder Judiciário), não haverá espaço para sustentar a atribuição de efeitos prospectivos, pois nesses casos não mais estaremos diante de mudanças inesperadas da realidade jurídica – de mudanças dos elementos/normas que compõem o sistema jurídico, pois os diferentes posicionamentos já vinham sendo adotados e, assim, já compunham a realidade jurídica –, única situação, nesse contexto, que cederia espaço à aplicação dos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade como fundamentos para a modulação dos efeitos das decisões judiciais⁵⁶¹.

Finalizamos, com isso, a análise da proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem apresentada por Paulo de Barros Carvalho, bem como sua contextualização com a hermenêutica filosófica, demonstrando suas

com o referido entendimento, em especial por provocar um engessamento da atividade interpretativa, o que é inadmissível para a hermenêutica filosófica, para a qual a interpretação nunca se apresenta inacabada, possibilitando, a cada nova interpretação, a produção de um novo texto. O que precisa ser reconhecido (isso sim temos defendido) é que tais mudanças, por alterarem o repertório do sistema jurídico, não atinjam situações já consolidadas.

⁵⁶¹ A respeito da insegurança gerada pela mudança dos posicionamentos jurisprudenciais firmados pelos Tribunais Superiores, em especial em matéria tributária, assim se manifestou o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça: “Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos condutores, e eu – Ministro de um Tribunal, cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança (...) Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim (...) Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 382.736/SC, Recorrente: Amir Carlos Mussi e Advogados Associados; Recorrido: União Federal, Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 08.10.2003, DJ 25.02.2004, órgão julgador: Primeira Seção. Voto-Vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<https://ww2.stj.br>>).

virtudes e efeitos. Sendo assim, passaremos, agora, para o item conclusivo deste trabalho, no qual estaremos examinando de forma mais detalhada como se dá a interação dos princípios constitucionais no processo de construção da norma jurídica tributária.

8. INTERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

8.1 A construção da RMIT e a influência dos princípios que fixam limites “objetivos”

Mantendo coerência com o referencial teórico adotado para elaboração do presente trabalho, a partir deste ponto, com base na filosofia da linguagem e na hermenêutica filosófica, passaremos a verificar a influência dos princípios jurídicos no labor construtivo da norma jurídica tributária, norma esta (como qualquer outra norma jurídica) por nós reconhecida como objeto cultural e, portanto, impregnada de valor.

De fato, conforme temos sustentado, o direito e, mais particularmente, as normas jurídicas, são produzidos por linguagem, que é típica realização do espírito humano e, como tal, objeto cultural. Portanto, sendo objeto do mundo da cultura, estão sempre impregnados de valor. Mas esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função de seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes proporções do ordenamento, informando o sentido que devem seguir. Para denotar as mensagens legislativas cunhadas dessa alta carga axiológica, o direito utiliza-se do termo “princípio”⁵⁶².

Disso já podemos perceber (conforme, aliás, temos sustentado no presente trabalho⁵⁶³) a forte influência que os princípios constitucionais desempenham na atividade do intérprete de produção da norma jurídica, pois, além de terem posição hierárquica privilegiada no sistema, eles também portam os valores maiores da sociedade que se irradiam por todo o sistema jurídico, determinando-o e conferindo-lhe unidade. Não por outro motivo, aliás, que Eros Roberto Grau ressalta que “a interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios”⁵⁶⁴. Mais que isso, complementa o citado professor, enfatizando que inclusive “(...) a interpretação

⁵⁶² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 150-151.

⁵⁶³ Ver, *supra*, item 4.

⁵⁶⁴ **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito**, p. 51.

das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios (...)”⁵⁶⁵. E, em recentes julgados, na condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, não só vem deixando expresso que “norma jurídica é texto (...) interpretado”⁵⁶⁶, ou seja, que “a norma é produzida pelo intérprete”⁵⁶⁷, como também que tal, “(...) qual anota Paolo Grossi (*Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 358-359), são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam, a da [i] certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e da sua [ii] contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação”⁵⁶⁸, esta sempre determinada pelos princípios.

Também conforme já tivemos a oportunidade de observar (amparados nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁵⁶⁹), o termo “princípio” pode ser dividido em duas classes: *princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação*; e *princípios que fixam limites “objetivos”*. É que, em muitos casos, o que denominamos de princípio não traz aquela ampla possibilidade de subjetividade na atividade de interpretação de que falamos no decorrer deste trabalho, ficando muito mais singela a construção de seu sentido. A estes é que temos chamado de *limites “objetivos”*⁵⁷⁰.

Deveras, na aplicação prática do direito, o conteúdo desses limites ficam mais evidentes, de modo que é mais simples a atividade de construção de sentido a partir dos textos jurídicos que lhes servem de veículo introdutor, não exigindo tal atividade maiores esforços por parte do intérprete. Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho bem demonstra, partindo do exemplo do princípio da anterioridade, que:

Sua comprovação em linguagem competente (a linguagem das provas admitidas em direito brasileiro) é de uma simplicidade franciscana: basta exibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 353.657/PR, Recorrente: União Federal; Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda., Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 25.06.2007 (ainda não publicado no DJ), órgão julgador: Tribunal Pleno. Voto do Sr. Ministro Eros Roberto Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RE353657.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ *Idem* (os grifos são do original).

⁵⁶⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, p. 150.

⁵⁷⁰ Ver, *supra*, item 4.5.

tornou de conhecimento público, e podemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade⁵⁷¹.

Por igual modo, mas agora demonstrando a natureza de limite “objetivo” do princípio da legalidade, conclui referido Professor: “se o tributo foi introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado”⁵⁷².

E esses princípios que fixam limites “objetivos”, em especial aqueles por nós estudados nos itens 5.3 deste trabalho, por se tratarem de princípios constitucionais, possuem função relevantíssima no labor construtivo da regra-matriz de incidência tributária. De fato, conforme tivemos a oportunidade de verificar, os princípios constituem os mandamentos nucleares e o fundamento do sistema jurídico, motivo pelo qual influenciam de forma determinante a produção de sentido de todo e qualquer texto que enuncia regras de direito positivo.

Sendo assim, o intérprete, no percurso construtivo da regra-matriz de incidência tributária, em especial no plano S3 (subsistema como domínio das significações normativas), onde passa a relacionar e aglutinar os sentidos produzidos no plano S2 (subsistema dos conteúdos de significações dos enunciados prescritivos), sentirá a forte influência dos princípios enquanto limites “objetivos”.

Conforme tivemos a oportunidade de verificar, no plano S2 o intérprete, analisando isoladamente os textos de direito positivo, produz seus respectivos sentidos. Assim, com relação à regra-matriz do imposto sobre produtos industrializados, por exemplo, ele produzirá o sentido dos textos que enunciam: i) o “critério material” (realizar operação com produtos industrializados⁵⁷³); ii) o critério temporal (momento da saída do produto industrializado do estabelecimento produtor); iii) o “critério espacial” (estabelecimento produtor); iv) o “critério pessoal” (a - sujeito ativo: União Federal; b - sujeito passivo: industrial); v) o “critério quantitativo” (a - base de cálculo: valor da operação; b - alíquota: porcentagem aplicada sobre o valor da operação)⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ **Curso de direito tributário**, p. 154-155.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 155.

⁵⁷³ A respeito, ver: VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p. 71-75.

⁵⁷⁴ Alertamos para o fato de que reduzimos a análise da regra-matriz do IPI sem levar em consideração os casos de importação e outras peculiaridades, que implicariam na alteração do conteúdo de alguns dos citados critérios.

Mas, além de produzir o sentido desses textos, também irá produzir, no plano S2, o sentido dos textos que enunciam os princípios que fixam limites “objetivos” relacionados à tributação, como é o caso, por exemplo, daqueles por nós estudados no item 5.3 (estrita legalidade; tipicidade; vinculabilidade da tributação; anterioridade; anterioridade nonagesimal ou noventa; irretroatividade da lei tributária; uniformidade geográfica; não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens; territorialidade da tributação; indelegabilidade da competência tributária; e não-cumulatividade).

E é ao aglutinar, relacionar e sistematizar no plano S3 as proposições com significado atômico (normas jurídicas em sentido amplo) produzidas no plano S2 para, então, produzir a regra-matriz de incidência tributária (norma jurídica em sentido estrito), que o intérprete deverá dar atenção preeminente aos princípios que fixam limites “objetivos”, pois esses princípios devem direcionar, limitar e determinar a produção daquela regra-matriz.

Deverá o intérprete, portanto, passar a contextualizar os sentidos decorrentes dos textos que enunciam regras (normas *lato sensu*), ou seja, que fixam os critérios para a produção da regra-matriz, com aqueles decorrentes dos princípios enquanto limites “objetivos” (também normas *lato sensu*). Terá, em função disso, que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas (S1 e S2) para, ao final, chegar à norma jurídica em sentido estrito (no caso, a RMIT) coerente com o sistema visto como um todo e capaz de implementar os valores constitucionais na solução do caso concreto que lhe é correlato.

Partindo de uma situação simplória, que nenhum jurista comprometido com o texto constitucional questionaria, podemos demonstrar como isso tudo se procede na prática interpretativa, ainda tomando como base os princípios da legalidade e da anterioridade. De fato, não há quem questione que o intérprete, caso venha a se deparar com um texto inserido no sistema por um veículo introdutor infralegal que enuncie um dos critérios da regra-matriz, deverá, de imediato, inutilizá-lo como base para construção da regra-matriz de incidência tributária, pois, caso contrário, estará construindo uma norma em contradição com o princípio da legalidade e, portanto, ilegal. Por outro lado, caso venha a deparar-se com um texto decorrente de um veículo introdutor publicado no mesmo exercício financeiro, deverá, da mesma forma, inutilizá-lo no seu labor de construção da regra-matriz, pois o limite “objetivo”

da anterioridade assim determina. Diante dessa situação, não lhe restará outra alternativa senão retornar ao plano S1 para buscar novos textos referentes àqueles critérios da regra-matriz, constituindo seus respectivos sentidos no plano S2 e, caso não contrariem os princípios de regência (entre eles os da legalidade e da anterioridade), poderão, então, ser utilizados para construção da regra-matriz de incidência tributária no plano S3.

Daí porque destacamos, alhures, o constante ir e vir do intérprete pelos subsistemas no seu percurso construtivo da norma jurídica. Não basta a simples produção de sentido a partir de enunciados isoladamente considerados, que ocorre no plano S2. Concluída essa fase, deverá o intérprete promover a conexão das proposições obtidas no citado subsistema, e isso tendo em vista a produção de unidades lógicas com estrutura hipotética-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente mediante a causalidade jurídica ou imputação deôntica, capazes de transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade (normas jurídicas em sentido estrito), labor este que se dá no plano S3. E, ainda no plano S3, o intérprete também deverá contextualizar o arcabouço de norma que acabou de produzir com as demais proposições do sistema jurídico, em especial aquelas decorrentes dos princípios constitucionais, tendo em vista um caso concreto (real ou fictício) a ser regulado, sendo que, caso neste momento venha a se deparar com um limite “objetivo” que entre em contradição com aquele arcabouço de norma, deverá então afastar da estrutura daquela norma em sentido estrito (regra-matriz) a norma em sentido amplo (proposição referente a um ou mais dos critérios daquela regra-matriz) conflitante com o limite “objetivo” (também norma em sentido amplo) analisado. O intérprete, destarte, terá que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas para, em conformidade com o método empírico-dialético, chegar a uma norma jurídica em sentido estrito coerente com o todo sistemático e capaz de implementar os valores constitucionais.

Apesar de termos concentrado nossos exemplos nos princípios da estrita legalidade e da anterioridade, ressaltamos que o processo será o mesmo com relação aos demais limites “objetivos”. Ou seja, sempre que o intérprete, no plano S3, deparar-se com normas em sentido amplo que componham a estrutura da regra-

matriz, mas que contrariam qualquer que seja dos limites “objetivos”⁵⁷⁵, deverá ele afastar referida proposição da norma jurídica em sentido estrito que tem produzido, com o que terá que retornar aos outros subsistemas para a produção de um sentido completo (no caso, a regra-matriz de incidência tributária) que seja coerente com o conjunto principiológico do sistema jurídico analisado como um todo unitário.

Ainda com relação à influência dos princípios que fixam limites “objetivos” no labor do intérprete de construção da regra-matriz de incidência tributária, não podemos deixar de lembrar que ele deve sempre ser reconhecido como um ser-no-mundo e, assim, portador de uma pré-compreensão delimitada pelos horizontes de sua cultura (contexto) e, como tal, composta por pré-juízos e pré-conceitos, muitos desses decorrentes do paradigma próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista que, apesar de já ter sido ultrapassado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado no “senso comum teórico” dos juristas brasileiros. Sendo assim, o intérprete, no momento da adjudicação de valores aos signos, deve reconhecer essa sua situação hermenêutica. Ou seja, deve reconhecer sua condição de ser-no-mundo e portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos (e pré-conceitos) para, criticando-os, formar uma compreensão prévia guiada pelos valores maiores esculpidos na Constituição na forma de princípios, compreensão prévia esta que o capacitará para produzir sentidos (normas jurídicas) hábeis a implementar os valores constitucionais na solução dos casos concretos que reclamam solução jurídica.

⁵⁷⁵ Sem a pretensão de esgotar o tema, podemos citar mais alguns limites “objetivos” – além daqueles por nós já tratados no corpo do texto do nosso trabalho (estrita legalidade e anterioridade) – que influenciam diretamente a construção da regra-matriz de incidência tributária: i) tipicidade – que impede, por exemplo, o uso da analogia na construção da regra-matriz; ii) vinculabilidade da tributação – que não deixa espaço para atuação discricionária do aplicador na construção da regra-matriz; iii) anterioridade nonagesimal ou noventa – que impede a construção da regra-matriz, de determinados tributos, a partir de textos decorrentes de veículos introdutórios publicados a menos de 90 dias; iv) irretroatividade da lei tributária – que impede a construção da regra-matriz com regras que atinjam fatos pretéritos; v) uniformidade geográfica – que impede a construção da regra-matriz a partir de regras que atribuam tratamento não uniforme entre as pessoas políticas; vi) não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens – que impede a construção da regra-matriz a partir de textos que alteram as alíquotas ou bases de cálculo dos tributos levando em conta a região de origem dos bens e serviços ou o local para onde se destinam; vii) territorialidade da tributação – que impede a construção da regra-matriz com regras introduzidas no sistema por determinadas pessoas políticas para atingirem fatos impositivos ocorridos nos limites territoriais de outras pessoas políticas; viii) indelegabilidade da competência tributária – veda a construção da regra-matriz a partir de regras introduzidas no sistema por pessoas delegadas pelas pessoas políticas titulares da competência tributária; e ix) não-cumulatividade – que veda a construção da regra-matriz com regras que impeçam ou inviabilizem que valor do tributo devido em cada operação seja compensado com a quantia incidente sobre as operações anteriores.

Percebemos, portanto, que os princípios que fixam limites “objetivos” aparecem na atividade interpretativa justamente guiando e determinando a compreensão do intérprete para que a norma jurídica produzida (no caso, RMIT) concretize os valores que eles visam proteger.

8.2 A construção da RMIT e a influência dos princípios que fixam valores densamente indeterminados

Conforme verificamos no ponto anterior, os valores injetados pelo legislador nos *princípios como limites “objetivos”* possuem uma baixa intensidade subjetiva e são constituídos por linguagem mais rigorosa, tudo no intuito de limitar e rigidamente delinear a atividade do intérprete – de construção da norma jurídica – tendo em vista a garantia e concreção de determinados valores constitucionais.

Com os “princípios que fixam valores densamente indeterminados” a situação é outra, bem diversa.

Nestes, a intensidade subjetiva do valor injetado é maior, como também é maior a indeterminação dos termos e fórmulas expressivas que os constituem, e isso porque a função deles (ao contrário do que ocorre com os limites) não é a de limitar e rigidamente delinear a atividade do intérprete, mas sim a de flexibilizar tal atividade de modo a melhor atender as necessidades de concretização da justiça constitucional tributária frente a cada caso concreto. Vale lembrar, no entanto, na esteira de Paulo de Barros Carvalho, que essa flexibilização, “(...) longe de trazer insegurança que desde logo imaginamos, significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discurso persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa”⁵⁷⁶, tudo de modo a viabilizar que o direito, por meio da atuação do intérprete/aplicador, assuma sua função transformadora, concretizando os valores maiores da sociedade insertos na Constituição na forma de princípios em todos os casos que reclamam solução jurídica. Eis o papel de agente transformador da sociedade que o direito deve assumir nos limites de um Estado Democrático de Direito e do qual tratamos intensamente nos pontos 6.6 e 6.7 deste trabalho.

⁵⁷⁶ **Tributo e segurança jurídica**, p. 355.

Podemos citar, como exemplos de “princípios que fixam valores densamente indeterminados”, aqueles por nós estudados no item 5.2, ou seja, os princípios da *capacidade contributiva*, do *não-confisco*, do *mínimo existencial*, da *progressividade* e da *seletividade*, além dos sobreprincípios da *justiça*, da *igualdade*, da *certeza do direito*, da *segurança jurídica*, *republicano* e da *razoabilidade* (examinados no item 5.1 do nosso trabalho), todos fortes instrumentos para a obtenção da justiça tributária, a qual, de mais a mais, é uma exigência do Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Tendo em vista a maior intensidade subjetiva do valor constante destes princípios, bem como a maior indeterminação dos termos e fórmulas expressonais que os constituem, é que temos sustentado que, se na prática jurídica é de certa forma simples, a partir dos *princípios que fixam limites “objetivos”*, produzir seus respectivos sentidos, o mesmo não ocorre com os *princípios que fixam valores densamente indeterminados*. Estes princípios exigem do intérprete um labor bem mais intenso e crítico, inclusive com uma maior atenção aos seus pré-juízos e pré-conceitos, tendo em vista que, com a alta carga subjetiva dos valores neles injetados, teremos a influência das estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta. Por outro lado, a elevada indeterminação dos termos que compõem os enunciados destes princípios adjudicam-lhes grande vagueza, o que também exige um maior trabalho na construção dos seus respectivos sentidos.

Ademais, o caso concreto, bem como o seu contexto, também exercem forte influência na atividade do intérprete de construção dos sentidos destes os *princípios que fixam valores densamente indeterminados*, tendo em vista especialmente a flexibilidade que eles oferecem para tal produção de sentido, permitindo, com isso, uma melhor adaptação das suas proposições ao caso concreto para a realização dos valores constitucionais.

Tudo isso, agregado ao fato de que os princípios em geral, como mandamentos nucleares, irradiam seus valores por todo o sistema, determinando o conteúdo e o sentido dos enunciados prescritivos, revela a importância que os *princípios que fixam valores com alto grau de indeterminação* adquirem e a atenção que a eles deve ser oferecida pelo intérprete no percurso que desenvolve pelos subsistemas S1, S2, S3 e S4 para a construção da regra-matriz de incidência tributária.

De fato, o intérprete, no percurso construtivo da regra-matriz, já quando da produção isolada dos conteúdos de significação dos textos jurídicos (que se dá no plano S2: subsistema dos conteúdos de significações dos enunciados prescritivos) deverá utilizar os *princípios que fixam valores densamente indeterminados* para produção daqueles sentidos. Ou seja, terá que reconhecer sua condição de ser-no-mundo e portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos (e pré-conceitos) para, criticando-os, formatar uma compreensão prévia guiada por aqueles valores maiores esculpidos na Constituição na forma de princípios, que o guiarão, no plano S2, à construção de sentidos, a partir dos textos que enunciam regras, compatíveis com referido conjunto principiológico constitucional.

Contudo, será no âmbito do subsistema S3, ou seja, no momento de relacionar, aglutinar, e contextualizar as proposições com significados atômicos (normas em sentido amplo) produzidas no plano S2 para a produção da regra-matriz de incidência tributária (norma em sentido estrito), que se verificará com maior intensidade a influência dos *princípios que fixam valores densamente indeterminados* no labor construtivo do intérprete.

Enquanto no plano S2 o intérprete, analisando isoladamente os textos de direito positivo que dizem respeito – direta ou indiretamente – a um determinado tributo⁵⁷⁷, produz seus respectivos sentidos, ou seja, produz isoladamente o sentido de cada um dos critérios (normas *lato sensu*) da RMIT e dos princípios (também normas *lato sensu*) que influem a produção da norma *stricto sensu* (no caso que nos interessa, a RMIT), já no plano S3 ele irá sistematizar todas essas normas em sentido amplo para constituir uma única fórmula proposicional (norma jurídica em sentido estrito, no caso, a RMIT) que seja capaz de transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade.

Portanto, além de produzir isoladamente o sentido de cada um dos textos necessários à formação dos critérios regra-matriz, o intérprete também deverá produzir, no plano S2, o sentido dos textos que enunciam os *princípios que fixam*

⁵⁷⁷ Vale apresentar novamente aqui, para fins didáticos, o exemplo do IPI, ou seja, dos critérios da regra-matriz deste imposto que são produzidos isoladamente pelo intérprete no plano S2: i) o “critério material” (realizar operação com produtos industrializados); ii) o critério temporal (momento da saída do produto industrializado do estabelecimento produtor); iii) o “critério espacial” (estabelecimento produtor); iv) o “critério pessoal” (a – sujeito ativo: União Federal; b – sujeito passivo: industrial); v) o “critério quantitativo” (a – base de cálculo: valor da operação; b – alíquota: porcentagem aplicada sobre o valor da operação).

limites “objetivos” e dos princípios que fixam valores densamente indeterminados relacionados à tributação, pois será da sistematização desses princípios e regras (normas *lato sensu*) no âmbito do plano S3 que ele chegará à RMIT (norma *stricto sensu*) compatível com a Constituição.

No plano S3, portanto, o intérprete deverá passar a sistematizar os sentidos decorrentes dos textos que enunciam regras (ou, se preferirmos, que enunciam os critérios para composição da RMIT) com as demais proposições do sistema jurídico, em especial aquelas decorrentes dos princípios constitucionais, bem como dedicar atenção ao caso concreto e ao seu contexto de aplicação. Terá, em função disso, que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas (S1 e S2) para, ao final, chegar à norma jurídica em sentido estrito (RMIT) coerente com o sistema visto como um todo e capaz de implementar os valores constitucionais na solução dos casos concretos que reclamam solução jurídica.

Para melhor elucidar como ocorre esse processo, tomemos como exemplo a influência que deve(ria)⁵⁷⁸ ser exercida pelo princípio da capacidade contributiva (enunciado no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal) na produção da regra-matriz de incidência tributária.

Segundo temos sustentado⁵⁷⁹, este princípio, indubitavelmente, é o que melhor expressa a noção de justiça como tratamento isonômico no subsistema do direito tributário brasileiro. É ele que permite, no âmbito da tributação, a concretização da igualdade material, que impõe tratamento igual aos que se encontram na mesma situação, e desigual àqueles que se encontram em circunstâncias distintas, na medida de suas desigualdades. Aliás, a respeito dessa forte relação entre o princípio da igualdade e o da capacidade contributiva, já tivemos a oportunidade de extrair das lições de Elizabeth Nazar Carrazza afirmação no sentido de que, “(...) nas constituições brasileiras, o princípio da capacidade contributiva sempre esteve presente nas dobras do princípio da igualdade. Em rigor, é possível afirmar-se que, em matéria tributária, o princípio da igualdade traduz-se, de modo especial, no tratamento diferenciado dos contribuintes, de acordo com suas

⁵⁷⁸ Apresentamos, com o fragmento entre parenteses, o verbo no futuro do pretérito, e isso para lançar uma crítica, pois na prática jurídica não temos verificado a obediência pelos operadores do direito a este princípio, em que pese sua extrema importância para concretização da “justiça constitucional tributária”..

⁵⁷⁹ Ver, *supra*, item 5.2.

aptidões econômicas”⁵⁸⁰. Isso ocorre porque o princípio da capacidade contributiva impõe àqueles que apresentam uma maior manifestação de riqueza a obrigação de contribuir mais, fazendo com que o imposto seja progressivo⁵⁸¹, ou seja, que grave com alíquota progressiva as manifestações de riqueza (bases de cálculo) na medida em que essas aumentam, mas sem gerar o confisco, e, por outro lado, que proteja o mínimo existencial, ou seja, que não grave o montante sem o qual nenhuma pessoa seria capaz de sobreviver dignamente.

Também não podemos deixar de relembrar que se trata de um princípio que, se corretamente observado, viabiliza inclusive que se minimize a má distribuição de renda. De fato, ao se exigir menos de quem recebe menos (revela uma menor riqueza); e mais de quem recebe mais (revela uma maior riqueza), em ordem progressiva de aumento da alíquota, o Estado estará progressivamente retirando mais de quem tem mais e revertendo essa riqueza maior para benefício de todos, na execução de seus fins públicos. Ligados ao princípio da capacidade contributiva, portanto, temos, em um patamar mais elevado, os princípios da “justiça”, da solidariedade e da “igualdade” (que temos denominado de sobreprincípios⁵⁸²) e, como decorrência dele, os princípios do “não-confisco”, do “mínimo existencial” e da “progressividade”.

Sendo assim, partindo das premissas que temos adotado, o intérprete deverá construir a regra-matriz de incidência tributária sob a influência direta do princípio da capacidade contributiva, que deverá determinar a sua atividade de produção de sentido, ou seja, de produção da norma jurídica tributária. Destarte, já no plano S2 a construção dos sentidos isolados dos critérios da regra-matriz deverá ser feita a partir de uma pré-compreensão formatada por este princípio, ou seja, por uma antecipação do sentido do que seja capacidade contributiva para a Constituição. E, no plano S3, quando da sistematização destes critérios da RMIT com o princípio da capacidade contributiva e sua contextualização com o caso concreto, deverá o intérprete trabalhar de forma a produzir, ao final, uma regra-

⁵⁸⁰ **Progressividade e IPTU**, p. 21.

⁵⁸¹ Vale aqui a ressalva de que não podemos confundir essa progressividade com a proporcionalidade. O princípio da capacidade contributiva não indica que a tributação deve incidir de forma proporcional em cada situação concreta de manifestação de riqueza abarcada pela lei tributária, mas sim que essa incidência deve ser progressiva, aumentando-se a alíquota na proporção em que aumenta a base de cálculo, até um patamar razoável, que impeça o confisco.

⁵⁸² Ver, *supra*, item 5.1.

matriz que acolha este princípio em sua integralidade, ainda que essa acolhida implique a própria impossibilidade de criação de uma regra-matriz para o caso concreto analisado, impedindo, assim, que ocorra o fenômeno da incidência.

A regra-matriz de incidência tributária produzida pelo intérprete para um determinado caso concreto, com efeito, deverá respeitar o mínimo existencial do suposto contribuinte; não poderá ter efeitos confiscatórios; e deverá estar em consonância com os mandamentos da progressividade. Somente assim o princípio da capacidade contributiva estará sendo respeitado na sua integralidade e os princípios da justiça fiscal, da solidariedade e da igualdade material serão concretizados pelo intérprete/aplicador do direito.

Importante destacar, aqui, que, caso o intérprete venha a se deparar com uma norma jurídica em sentido lato que fixe um dos critérios da regra-matriz (qualquer que seja ele) em contradição com o ora analisado princípio da capacidade contributiva, ele deverá inutilizá-la no seu labor de construção da norma jurídica *stricto sensu* (RMIT), da mesma forma como enfatizamos que deverá inutilizar aquelas normas em sentido amplo em contradição com os limites “objetivos”. Diante dessa situação, não lhe restará outra alternativa senão retornar ao plano S1 para buscar novos textos referentes àquele critério da regra-matriz para, no plano S2, a partir deles, construir novas normas em sentido lato que, caso não contrariem os princípios constitucionais de regência (entre eles o da capacidade contributiva, ora analisado), poderão, então, ser utilizadas para a construção da regra-matriz de incidência tributária.

Nesse sentido é que Paulo de Barros Carvalho sustenta que se tornam imprescindíveis, neste nível do labor interpretativo, “(...) uma série de incursões aos outros dois subsistemas, na atividade ingente de procurar significações de outras sentenças prescritivas que, por imposição da hierarquia constitucional, não podem estar ausentes do conteúdo semântico da norma produzida. É precisamente na amplitude dessas idas e vindas aos sistemas S1 e S2 que o sujeito gerador de sentido vai incorporando as diretrizes constitucionais”⁵⁸³. Daí porque temos insistido em tratar do constante ir e vir do intérprete pelos subsistemas no seu percurso construtivo da norma jurídica.

⁵⁸³ **Fundamentos jurídicos da incidência**, p. 82-83.

É que não se apresenta suficiente a análise sintática e morfológica que se dá no plano da expressão (S1), como também não basta a produção de sentido a partir de enunciados isoladamente considerados, que ocorre no plano S2. Concluída essas fases, deverá o intérprete promover a conexão das proposições (normas *lato sensu*) obtidas no subsistema S2, e isso tendo em vista a produção normas jurídicas em sentido estrito, labor este que se dá no plano S3. E, ainda no plano S3, o intérprete também deverá contextualizar o arcabouço de norma que acabou de produzir com as demais proposições do sistema jurídico, em especial aquelas decorrentes dos princípios constitucionais, tendo em vista um caso concreto (real ou fictício) a ser regulado, sendo que, caso neste momento venha a se deparar com princípios que entrem em contradição com aquele arcabouço de norma, deverá então afastar da estrutura daquela norma em sentido estrito (RMIT) a norma em sentido amplo (proposição referente a um ou mais dos critérios daquela RMIT) conflitante com o princípio analisado. O intérprete, destarte, terá que realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas para, em conformidade com o método empírico-dialético, chegar, ao final, a uma norma jurídica coerente com o todo sistemático e capaz de implementar os valores constitucionais.

Evidente, portanto, a forte presença do método empírico-dialético, próprio dos objetos culturais, nesse percurso gerador de sentido. É que o intérprete, partindo do texto jurídico enquanto suporte físico, vai progredindo em direção aos níveis mais elevados de compreensão, percurso no qual trará contato com sua pré-compreensão, com os horizontes de sua cultura, com o contexto de aplicação e com os valores maiores da sociedade expressos na forma de princípios na Constituição, sempre fazendo referência a um caso concreto a ser regulado e que reclama a atuação do direito como agente de transformação social, capaz de implementar as promessas do Estado Democrático de Direito. E, após cumprir esse percurso, o intérprete então retorna para conferir se os signos que compõem o sentido por ele produzido estão no plano dos significantes (no enunciado prescritivo do qual partiu para a produção de sentido), realizando essa trajetória de progressão e retorno tantas vezes quanto for necessário.

Destacamos que o citado retorno ao texto é de extrema importância, pois é por meio dele que o intérprete irá certificar se o sentido por ele produzido guarda relação com o texto. Deveras, será por meio desse retorno ao texto que o intérprete

confirmará se a norma jurídica que produziu guarda relação de pertinência com o texto do qual partiu para realizar sua atividade interpretativa, evitando, assim, que essa sua atividade redunde em arbítrio. É que, conforme temos sustentado⁵⁸⁴, a atividade interpretativa deve partir do texto e ir além dele, mas sem dele se separar, sob pena de configurar uma atividade arbitrária.

Durante a realização de toda essa trajetória (de progressão e retorno), por sua vez, deverá o intérprete estar consciente de sua situação de ser-no-mundo, mundo este extremamente complexo e que é pelo próprio sujeito constituído linguisticamente. Isso porque, como ser-no-mundo que o constrói linguisticamente, o intérprete sofre direta influência dele no momento de adjudicar valores aos signos lingüísticos do texto de direito positivo. Igualmente, deve o intérprete ter ciência da influência que sobre ele exerce sua pré-compreensão, a qual é delimitada pelos horizontes de sua cultura formada historicamente pela tradição e que deve, no momento da interpretação dos textos jurídicos, ser filtrada a partir dos axiomas fixados com caráter deontológico na forma de princípios na Constituição. Deveras, tendo em vista que a pré-compreensão é composta por pré-juízos e pré-conceitos, muitos desses decorrentes do paradigma próprio de um modelo de direito liberal-individualista que ainda permanece arraigado no “senso comum teórico” dos juristas brasileiros, o intérprete deve, no momento da adjudicação de valores aos signos, reconhecer essa sua situação hermenêutica. Ou seja, deve reconhecer sua condição de ser-no-mundo e portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos e pré-conceitos para, criticando-os, formatar uma compreensão prévia guiada pelos valores maiores da sociedade esculpidos na Constituição na forma de princípios.

É nesse momento que o intérprete, com base nos valores maiores da sociedade fixados na forma de princípios na Constituição, estará legitimado a direcionar a produção de sentido dos textos de direito positivo de forma a que a norma resultante seja capaz de concretizar aqueles valores no contexto do caso concreto a que terá aplicabilidade, fazendo com que ali sejam implementadas as promessas constitucionais.

Somente assim, acreditamos, o direito conseguirá alcançar seu lugar constitucionalmente assegurado de agente de transformação social. Somente assim

⁵⁸⁴ Ver, *supra*, itens 6.6 e 7.8.

o intérprete, partindo dos textos de direito positivo, produzirá sentidos (normas jurídicas) que sejam capazes de garantir as promessas do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 (que, no campo do direito tributário, seria a implementação da denominada justiça constitucional tributária e, com ela, a solução da redistribuição social, apontada por Boaventura de Sousa Santos como sendo o maior problema deste início de século XXI⁵⁸⁵) ao regular a complexa gama de conflitos que reclamam solução jurídica em matéria tributária.

Partindo dessas premissas e da noção por nós apresentada no ponto 4.3 deste trabalho de que um princípio, como norma *lato sensu* que é, tem a estrutura de uma proposição prescritiva atômica onde “(NI¹ . NI² . NI³. ... NIⁿ) → Ns” (nessa representação simbólica NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são normas jurídicas *lato sensu* que implicam Ns, ou seja, a norma jurídica *stricto sensu*), bem como que cada um dos critérios da regra-matriz (antes de serem aglutinados na fórmula molecular que dá origem à RMIT) também possuem a estrutura de uma proposição com significado atômico, ou seja, de uma norma *lato sensu* (“NI”), e, por fim, que temos representado a regra-matriz de incidência (norma jurídica *stricto sensu*: “Ns”) por meio da seguinte estrutura lógica: DSn {Ht [Cm (v · c) · Ce · Ct]} → Cst [Cp (Sa · Sp) · Cq (Bc · Al)]}

$$\longleftrightarrow$$

DSm

então podemos concluir que:

$$(NI^1.NI^2.NI^3. \dots NI^n) \rightarrow \{DSn \{Ht [Cm (v \cdot c) \cdot Ce \cdot Ct]\} \rightarrow Cst [Cp (Sa \cdot Sp) \cdot Cq (Bc \cdot Al)]\}$$

$$\longleftrightarrow$$

DSm

onde NI¹, NI², NI³ e NIⁿ são os princípios e os critérios da regra-matriz, ou seja, proposições com significado atômico (normas jurídicas em sentido lato) que, aglutinadas, criticadas, contextualizadas e sistematizadas, implicam a regra-matriz de incidência tributária (norma jurídica em sentido estrito).

Pretendemos, por meio da exposição da referida fórmula, tão-somente demonstrar como os princípios interagem com as regras no processo de construção da norma jurídica tributária. Trata-se de uma redução formal que limita a análise a apenas uma das dimensões da linguagem (no caso, a dimensão sintática). Antes de

⁵⁸⁵ “A redistribuição social é o problema mais sério com que nos deparamos neste início de século XXI.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política –

chegarmos a essa fórmula lógica, contudo, tivemos a oportunidade de examinar longamente os outros dois aspectos (semântico e pragmático) da interação dos princípios no processo de construção da regra-matriz de incidência tributária.

Cumprimos, assim, o objetivo a que nos propusemos no presente trabalho, sabendo, entretanto, das suas limitações e, porque não dizer, também das utopias que contém e que nos levaram a sonhar, por meio das palavras, com um direito exercendo sua função de agente de transformação social, função, aliás, exigida pelo Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Boaventura de Sousa Santos, no entanto, reserva-nos um mínimo de esperança com as seguintes palavras, escritas em semelhante circunstância: “Este projeto pode parecer bastante utópico. É certamente, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria. Como disse Sartre, antes de concretizada, uma idéia apresenta uma estranha semelhança com a utopia. Nos tempos que correm o importante é não reduzir a realidade apenas ao que existe”⁵⁸⁶.

Coleção para um novo senso comum, v. 4, p. 411).

⁵⁸⁶ **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política – Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 4, p. 470.

CONCLUSÃO

A partir das premissas que adotamos e da investigação realizada, concluímos:

1. Para as correntes filosóficas que antecederam a filosofia da linguagem (e o movimento conhecido por “giro lingüístico”), a linguagem serviu de mero instrumento para comunicação do conhecimento, meio de ligação entre o sujeito e o objeto.

2. Com o advento do denominado giro lingüístico, a linguagem deixa de ser mero instrumento para ser constituinte não só do objeto como também do sujeito cognoscente. A realidade passa a ser algo criado lingüisticamente por meio da interpretação, e encontra na linguagem os seus limites (Wittgenstein). O mundo que podemos compreender é constituído por linguagem, sendo essa, aliás, a base de sustentação da afirmação de que o ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer). Daí porque o objeto do conhecimento, a partir de então, deixa de ser uma determinada coisa ou fato para ser a própria linguagem que os cria. Verdadeiro ou falso não mais é o fato ou a coisa, mas sim o enunciado que os criou e que lhes diz respeito.

2.1 O processo por meio do qual se dá a criação lingüística da realidade é a interpretação. Antes da atividade interpretativa e da respectiva objetivação em linguagem competente, há somente o “Real” (Lacan), ou seja, aquilo que não tem existência para a realidade humana. O homem apreende cognoscitivamente algo da existência concreta e, após atribuir-lhe significado em seu intelecto via interpretação, lingüisticamente vai transformando o Real em realidade. Daí porque nunca sabemos o que pode acontecer com o Real até o momento em que se o reduz definitivamente em linguagem constituinte da realidade humana.

2.2 Há linguagens competentes para a constituição das diferentes realidades (social, jurídica, política etc.). Enquanto a realidade social é constituída por linguagem natural, a realidade jurídica é constituída pela linguagem do direito, formando, cada qual, um sistema próprio. A linguagem jurídica, assim, é entendida como aquela que preenche os critérios de pertinencialidade para compor o sistema jurídico.

3. Definimos “sistema” como o conjunto de elementos que formam uma totalidade ordenada. Distinguem-se normalmente em: “reais” – se o repertório (Ferraz Jr.) pertence ao mundo da experiência; e proposicionais – se o repertório é caracterizado por enunciados lingüísticos. Por reconhecermos a linguagem como

constitutiva da realidade, sustentamos apenas a existência de sistemas proposicionais.

3.1 A sociedade aparece como um grande sistema (macrossistema social) que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação, e que se divide em diversos outros subsistemas (jurídico, econômico, político, religioso etc.). Esses subsistemas distinguem-se pela diferença que guardam com seu ambiente, sendo compostos, cada qual, por comunicações diferenciadas entre si (cada sistema parcial possui seu próprio código: esquema binário que caracteriza a comunicação do sistema) e por operações específicas de reprodução que garantem sua clausura operativa e abertura cognitiva com relação ao ambiente (Luhmann).

3.2 A sociedade (como macrossistema) é constituída a partir dos atos de comunicação que a determinam. A comunicação, por sua vez, depende de linguagem (daí a inter-relação entre comunicação e linguagem), que pode ser idiomática ou não. Sem comunicação, ou seja, sem troca de informações entre os seres vivos, por meio da qual constituem a realidade social, não temos sociedade. Sem este relato lingüístico, constitutivo do fato social, o evento se esvai no tempo, deixando de integrar o macrossistema social. Somente entra no macrossistema social o relato dos eventos, e não eles próprios. A coisa em si e o sujeito não entram, mas tão-somente a linguagem que os cria.

3.3 O direito forma um sistema comunicacional diferenciado, especializado em produzir um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamentos assentados em normas jurídicas (Campilongo). Possui, portanto, uma linguagem que lhe é peculiar (linguagem normativa), que o constitui.

3.4 Essa linguagem própria do direito define, autonomamente, o que nele entra. O fato social, para que ingresse no sistema jurídico, precisa ser vertido em linguagem competente do direito, o que somente ocorre caso haja a subsunção de uma norma (programa operacional) àquele fato, que o juridicize (Pontes de Miranda). A própria norma/programa cria as ações que podem ser qualificadas como jurídicas, e o fato de regular a ação não significa que a ação jurídica exista antes do texto normativo, mas sim que é esse texto que a constitui (Gregorio Robles).

3.5 Por outro lado, o sistema jurídico recebe informações do ambiente para que possa acompanhar as evoluções nele verificadas. Daí falarmos também em abertura cognitiva. É por ela que se processam as informações recebidas do ambiente. Mas

essas informações, para que entrem no sistema do direito, precisam ser vertidas em linguagem do direito, o que impõe a observância das regras internas do sistema, que determinam a forma como aquelas informações – percebidas em virtude da abertura cognitiva do sistema jurídico – serão recepcionadas. Por isso ele é autopoietico.

4. A linguagem é integrante constitutivo do direito e, portanto, da norma jurídica, que aparece como uma estrutura de linguagem. Daí a importância das teorias da linguagem e comunicacional do direito e da semiótica e da teoria dos signos como nossos instrumentos de aproximação do direito.

4.1 A norma jurídica, contudo, não é texto, tomando-se por este termo a palavra escrita (suporte físico/enunciado), como, por exemplo, o texto de uma lei ou decreto. O texto escrito é apenas a base de onde partimos para a construção da norma (proposição), a qual aparece como *significação* construída a partir daqueles textos. A norma jurídica, em última análise, está no vértice do triângulo básico que contém a “significação”, dependendo sua construção, contudo, dos outros vértices do triângulo, que são o “suporte físico” (base material) e o “significado” (plano do conteúdo, das condutas).

4.2 É equivocado falar em normas implícitas e explícitas. Só podemos falar em “enunciados” jurídicos explícitos e implícitos, mas não em normas (“proposições”) jurídicas explícitas e implícitas, pois estas estão sempre na implicitude dos textos.

5. Analisando a estrutura da norma jurídica em sentido estrito, verificamos que ela se apresenta na forma de juízo hipotético-condicional, em que uma hipótese implica um conseqüente por meio da causalidade jurídica, e que, simbolicamente, pode assim ser representada: $D [f \rightarrow (S' R S'')]$ (Paulo de Barros Carvalho).

5.1 A hipótese normativa (enunciado conotativo) é uma estrutura aberta que apresenta os critérios para preenchimento pelos fatos que possuam os elementos materiais e os dados da posição espaço-temporal correspondentes àqueles critérios. Além da hipótese, a norma também é composta por um conseqüente e por dois operadores deônticos. Um desses operadores é o dever-ser neutro, que tem a função de estabelecer o vínculo de causalidade jurídica entre a hipótese e o conseqüente da norma (chamado de conectivo interproposicional). O outro é o dever-ser modalizado (O; P; V), que está contido no conseqüente da norma (operador intraproposicional), onde encontramos uma proposição que estabelece uma relação entre dois ou mais sujeitos.

5.2 Não podemos confundir a norma primária dispositiva com a norma primária sancionadora e, muito menos, confundir essas com a norma secundária sancionadora, que é de natureza processual, de aplicação pelo Estado-jurisdição, sendo a norma jurídica, na sua estrutura completa, formada pela norma primária acrescida da norma secundária (ambas possuindo a mesma estrutura lógica, em que uma hipótese implica um conseqüente), que representamos, simbolicamente, a partir da seguinte fórmula lógica: $D \{[(f \rightarrow (S' R' S'')) \vee [(f \cdot \neg R') \rightarrow (S' R'' S''')]]\}$.

5.3 A norma jurídica *stricto sensu* é todo conjunto de proposições jurídicas capaz de transmitir a mensagem deôntica em sua completude. Já a norma jurídica *lato sensu* é toda proposição com significado atômico que, como tal, apresenta-se incapaz de transmitir a mensagem deôntica em sua integralidade. Ou seja, ao contrário da norma jurídica *stricto sensu*, a norma *lato sensu* não compõe uma “unidade irreduzível de manifestação do deôntico” (Paulo de Barros Carvalho) em que uma hipótese implica um conseqüente por meio da causalidade jurídica.

6. A estrutura da regra-matriz de incidência tributária (RMIT) é a estrutura lógico-semântica necessária ao entendimento de toda e qualquer norma de conduta dispositiva em sentido estrito que estipule a incidência do tributo. Na hipótese, a RMIT é composta pelos seguintes critérios: (i) material; (ii) espacial; e (iii) temporal. Já no conseqüente encontramos os critérios: (i) subjetivo; e (ii) quantitativo. Todos esses dados – da hipótese e do conseqüente –, quando conjugados, oferecem-nos a possibilidade de exhibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da RMIT. Permite-nos, portanto, chegar àquela “unidade irreduzível de manifestação do deôntico” capaz de indicar aos destinatários da norma jurídica dispositiva tributária o comportamento que devem adotar.

7. Com o pós-positivismo e a conseqüente sedimentação da figura da Constituição como a lei maior do sistema jurídico, com seus preceitos principiológicos, é que estes passaram a ter efetiva força normativa.

7.1 São os princípios que, como verdadeiros vetores do edifício jurídico, conferem-lhe unidade e lógica (Elizabeth Nazar Carrazza). Enquanto as regras podem contradizer-se entre si, ou omitir-se sobre determinada conduta, os princípios, por sua vez, estão sempre perfeitamente conjugados e aptos a prescrever a solução da totalidade dos conflitos dependentes de solução jurídica e, por serem os valores maiores da sociedade fixados na Constituição com força prescritiva (verdadeiros

mandamentos nucleares e fundamento do sistema jurídico), devem determinar a construção de toda e qualquer norma jurídica.

7.2 Os princípios possuem a estrutura de proposições prescritivas com significado atômico (normas jurídicas *lato sensu*) que, para transmitir a mensagem deôntica em sua integridade, necessitam ser colhidas em conjunto com outras proposições jurídicas com significado atômico, onde: $(NI^1.NI^2.NI^3...NI^n) \rightarrow Ns$. Nessa representação NI^1 , NI^2 , NI^3 e NI^n são normas jurídicas *lato sensu* (princípios e regras isoladamente analisados) que, em conjunto, implicam Ns (norma *stricto sensu*). Eventualmente, dependendo do caso concreto correlato, o intérprete/aplicador terá que construir a norma *stricto sensu* tão-somente com base em princípios, e isso ocorrerá sempre que inexistirem regras para solução de um caso que reclama solução jurídica.

7.3 A construção da norma jurídica em sentido estrito se dá a partir da análise conjunta dos diversos textos de direito positivo que, em separado, propiciam tão-somente a produção de fragmentos de norma (normas em *sentido lato*) na mente do intérprete. Somente da combinação dos fragmentos de norma entre si que resulta um sentido completo (Karl Engisch). E nessa análise conjunta sempre deverão estar presentes textos que enunciam princípios, pois estes, como valores maiores e fundamento último do sistema jurídico, não podem ser ignorados pelo intérprete/aplicador do direito no momento da construção da norma jurídica. Pelo contrário, devem determinar a produção de sentido de todo e qualquer texto que enuncia regras jurídicas, e isso para que as normas produzidas a partir deles estejam sempre a refletir os valores maiores da sociedade, que são justamente aqueles fixados deontologicamente na forma de princípios na Constituição.

8. O gênero norma jurídica subdivide-se em princípios e regras. Ambos são normas jurídicas, contudo com conteúdos e graus distintos entre si, sendo o sistema jurídico ideal aquele que possui uma distribuição equilibrada de regras e princípios, no qual as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e “objetividade” das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade e alta carga axiológica, viabilizam a realização da *justiça* do caso concreto (Luís Roberto Barroso).

9. Há princípios que são postos em termos vagos e excessivamente genéricos, ao lado de outros com enunciados tão precisos que passam a ser escassas as dissensões a respeito de seu conteúdo, o que permite a sua classificação tomando

como critério de pertinencialidade o grau de objetividade no momento de sua efetiva aplicação, ou seja, no momento da construção de seu sentido, o que se dá sempre tendo em vista um caso concreto (real ou fictício).

9.1 Os princípios com maior grau de imprecisão compõem a classe dos *princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação* e, os outros, a classe dos *princípios que fixam limites “objetivos”* (colocamos entre aspas a palavra “objetivo” para relativizar seu sentido, e isso por não ser possível atingir uma objetividade pura diante de enunciados que contêm valores).

10. Encontramos os princípios em todos os escalões do sistema jurídico. Os princípios constitucionais são os que se encontram no topo da hierarquia, sobrepairando aos demais princípios (legais e infralegais) e, também, às regras (inclusive às constitucionais).

10.1 Os princípios constitucionais, na posição de mandamentos nucleares e fundamento do sistema jurídico, dirigem não somente a atuação do legislador, mas também a atuação do intérprete/aplicador do direito, interferindo, por conseguinte, de forma determinante não só no exercício das competências tributárias, como também na construção de sentido das normas jurídicas tributárias aplicáveis a cada caso concreto.

11. Podemos diferenciar os princípios constitucionais gerais – que são aqueles que influenciam diretamente a plenitude do sistema jurídico – dos princípios constitucionais que se relacionam com apenas um (ou alguns) dos subsistemas do direito, como são, por exemplo, os princípios constitucionais tributários.

11.1 Entre os princípios constitucionais gerais de maior importância e que exercem maior influência sobre o subsistema de direito tributário, destacamos os seguintes: da *justiça*; da *certeza do direito*; da *segurança jurídica*; da *igualdade*; da *legalidade*; da *irretroatividade das leis*; da *universalidade da jurisdição*; do *direito de defesa e o devido processo legal*; da *isonomia das pessoas constitucionais*; do *direito de propriedade*; da *liberdade de trabalho*; do *direito de petição*; da *supremacia do interesse público ao do particular*; da *indisponibilidade dos interesses públicos*; *republicano*; *federativo*; da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

11.2 Já entre os princípios constitucionais tributários que fixam valores com alta carga de indeterminação, destacamos os seguintes: *capacidade contributiva*; *não-confisco*; *mínimo existencial*; *progressividade e seletividade*. Todos eles possuem

papel de grande importância para a realização da justiça constitucional tributária, devendo influenciar de forma determinante tanto o legislador como o intérprete/aplicador do direito, em especial porque há, diante deles, relevante espaço para a atuação subjetiva na atividade de construção da norma tendo em vista a concreção dos valores constitucionais frente um caso concreto que reclama solução jurídica.

11.3 Entre os princípios constitucionais tributários que fixam limites “objetivos”, por sua vez, destacamos os seguintes: *estrita legalidade; tipicidade; vinculabilidade da tributação; anterioridade; anterioridade nonagesimal ou noventena; irretroatividade da lei tributária; uniformidade geográfica; não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens; territorialidade da tributação; indelegabilidade da competência tributária; não-cumulatividade*. Diferentemente dos princípios que fixam valores com alta carga de indeterminação, os princípios que fixam limites “objetivos” não abrem espaço para uma relevante atuação subjetiva do intérprete/aplicador na atividade de construção da norma jurídica tributária.

12. Interpretação não se confunde com hermenêutica. Apesar de se relacionarem, possuem conteúdo semântico e pragmático distinto. Enquanto a hermenêutica detém-se no estudo da atividade interpretativa, a interpretação é a atividade em si.

12.1 Não reduzimos a hermenêutica à simples teoria que estabelece técnicas para “descobrir” o sentido dos textos jurídicos por meio da interpretação, conforme defendido pela hermenêutica tradicional, mas sim a tomamos em termos mais amplos, para englobar a “hermenêutica filosófica” instaurada por Heidegger e desenvolvida Gadamer, que passaram a reconhecer a interpretação como atividade “produtora” de sentido.

12.2 Interpretar é produzir sentido. No caso do direito, é construir a norma jurídica, atividade que parte da análise do texto positivado, mas que não se resume a ele, pois envolve também a crítica aos pré-juízos e aos pré-conceitos do intérprete (que compõem sua pré-compreensão), o contexto vivenciado e, em especial, o conteúdo principiológico da Constituição que, aliás, deve determinar a atividade interpretativa.

12.3 Apesar de a atividade interpretativa ter natureza constitutiva, não se resumindo ao texto, ela deve ir além do texto sem sair dele (Souto Maior Borges).

13. Interpretações escudadas em suposta cientificidade obtida pela utilização de técnicas da hermenêutica tradicional encobrem subjetivações inconfessas e, portanto, o arbítrio. O intérprete/aplicador, ao poder legitimar o sentido do texto com

base na simples afirmação de que o obteve a partir da utilização de uma técnica hermenêutica, consegue legitimamente escolher o sentido que melhor lhe convém, mesmo que contrário ao texto constitucional. Basta, para tanto, apontar a técnica que lhe possibilitou chegar àquele sentido, mesmo porque não existe qualquer regra jurídica que indique uma hierarquia entre as técnicas hermenêuticas.

13.1 O enunciado do artigo 111 do CTN, ao impor as amarras da literalidade, engessa não só a interpretação como também, em última análise, o próprio direito, impedindo sua atualização e aplicação com base nos princípios. Mesmo os argumentos de segurança jurídica, tão exaltados quando da discussão desse tema, não merecem acolhida. É que podemos evitar que a atividade interpretativa redunde em arbítrio ao simplesmente condicionar seu exercício à observância dos princípios constitucionais. Ademais, a literalidade não implica segurança jurídica, pois os textos, no mais das vezes, são impregnados de linguagem vaga e ambígua, fato que coloca em xeque, por si só, a segurança calcada na literalidade.

13.2 O artigo 108 CTN, por sua vez, trata-se de dispositivo legal que somente teria lugar no âmbito do positivismo estrito, que se utilizava das técnicas de fechamento operacional do sistema para atribuir-lhe uma suposta natureza de completude, privando as disposições expressas, por outro lado, de uma interpretação produtora de sentido e fundada nos princípios constitucionais. Com relação aos artigos 110 e 111 do CTN, por sua vez, verificamos que se tratam de dispositivos legais que nada acrescentam ou contribuem em relação à disciplina da temática da interpretação/construção das normas jurídicas tributárias.

14. A origem da hermenêutica filosófica remonta à escola alemã com Heidegger e Gadamer, tendo, em especial este filósofo, apresentado uma nova roupagem à hermenêutica, passando a concebê-la não mais como *teoria destinada ao estudo de técnicas que viabilizam a revelação do sentido das coisas*, mas sim como *filosofia que estuda a interpretação como atividade produtora de sentido*. Essa mudança somente foi possível devido à quebra de paradigma proporcionada pelo surgimento da filosofia da linguagem em superação à filosofia da consciência. E, com essa quebra de paradigmas, formaram-se as bases também para a superação da “hermenêutica como método” – em que a interpretação utilizava a linguagem como mero instrumento para a *revelação* de sentido de determinado objeto pelo sujeito interpretante, através de técnicas preestabelecidas –, pela “hermenêutica filosófica”

– em que a linguagem aparece como constituinte tanto do objeto como do sujeito interpretante, deixando a interpretação, assim, de ser atividade de mera *revelação* de sentido, para ser atividade de *produção* de sentido (no caso do direito, de produção das normas jurídicas: interpretando, partimos da análise dos textos para produzir normas).

14.1 Dada a condição de ser-no-mundo do intérprete, ou seja, sendo ele portador de uma pré-compreensão historicamente formada pela tradição, sua atividade interpretativa acaba por sofrer influência dos seus pré-juízos e pré-conceitos e do contexto vivenciado, todos determinantes do sentido que resultará da interpretação. Trata-se da consciência ou momento histórico efetual (Gadamer), que mantém aberta e inacabada toda interpretação, possibilitando, a cada nova interpretação, a produção de um novo sentido. E essa possibilidade de constante mutação do conteúdo e do sentido construídos lingüisticamente a partir do texto dá origem a novas realidades, apesar de a base empírica (texto) continuar sendo a mesma.

14.2 A hermenêutica filosófica, ao colocar a pré-compreensão como condição para a compreensão e, portanto, para a interpretação (Heidegger), inclui legitimamente na atividade interpretativa os pré-juízos e pré-conceitos (integrantes da pré-compreensão) do sujeito, superando, assim, talvez a maior barreira da filosofia da consciência, que era a desejada (mas inalcançável) neutralidade do sujeito.

14.3 A crítica aos pré-juízos (e pré-conceitos) na atividade de interpretação aparece, então, como necessária, pois, se ignorados pelo intérprete – sendo por ele utilizados arbitrariamente –, poderão contaminar toda a atividade de produção de sentido.

14.4 Trazendo a discussão especificamente ao âmbito do direito, deve o intérprete – quando diante do texto a ser interpretado para produção da norma – criticar seus pré-juízos e pré-conceitos a partir dos valores maiores da sociedade, fixados na forma de princípios na Constituição, para, protegendo-se contra o arbítrio que os pré-juízos contrários aos valores constitucionais poderiam provocar, formatar uma antecipação de sentido (uma compreensão prévia) que lhe possibilite produzir uma norma jurídica conforme à Constituição.

15. No Brasil, ainda vivemos sob a hegemonia do paradigma próprio de um modelo de direito liberal-individualista e do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que funcionam como obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 (e, assim, ao papel transformador do Estado

Democrático de Direito por ela constituído), bem como à implementação de uma hermenêutica de matiz filosófico capaz de superar essa inefetividade. A reconhecida crise do direito hoje vivenciada no Brasil é, na realidade, uma crise de paradigmas: uma crise de “modelo” e uma crise de caráter “epistemológico” (Lenio Streck).

15.1 O modelo de direito liberal-individualista, apesar de já ter sido superado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado na tradição do nosso Poder Legislativo. Não temos como falar, aqui, de um sólido movimento democrático de elaboração das leis (daí a crise de “modelo”), pois a classe baixa (maioria do povo brasileiro) é privada das condições ideais de fala (Habermas) e, assim, não tem como influenciar a elaboração de uma legislação infraconstitucional capaz de concretizar seus direitos já constitucionalmente assegurados. Daí a dificuldade, no Brasil, de obtermos (ao menos) uma minimização dos problemas relacionados à redistribuição social.

15.2 Por outro lado, nossa doutrina e jurisprudência, presas ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência, resistem a modificar seu modo de compreensão do mundo e, assim, a superar a relação sujeito-objeto, em que o intérprete deve estar isolado (neutro) em relação ao texto a ser interpretado. Ao traçarmos um diagnóstico a respeito da dogmática e da jurisprudência brasileiras, percebemos com nitidez que os intérpretes continuam a lidar com os textos infraconstitucionais sem um devido comprometimento com os princípios constitucionais. Pinçam aqueles textos e, numa posição acrítica de pretensa neutralidade científica, acreditam estar “revelando” seu verdadeiro sentido, que seria único e absoluto, ao invés de perseguirem a produção de um sentido que concretize os valores constitucionais (daí a crise de caráter “epistemológico”).

15.3 A doutrina e o Judiciário brasileiros, cegos frente ao papel emancipador que devem desenvolver em um Estado Democrático de Direito, acabam por construir uma dogmática e uma jurisprudência estandarizada, que se arraiga no imaginário dos juristas (aquilo que Warat designa de *senso comum teórico*), compondo sua pré-compreensão com pré-juízos (e pré-conceitos) deveras negativos. Ao invés de construírem uma dogmática e uma jurisprudência emancipatórias dos direitos dos cidadãos – capazes de contribuir, por exemplo, para a solução da redistribuição social, o mais sério problema deste início de século XXI (Boaventura Santos) –, limitam-se a uma atividade interpretativa acrítica e reprodutiva do senso comum

teórico, e, assim, descomprometida com a totalidade principiológica da Constituição Democrática de Direito. Com isso, simplesmente reproduzem o poder de violência simbólica sem levantar qualquer crítica, mesmo porque desconhecem a dominação por ele exercida, que se trata, assim, de uma perfeita forma de dominação, pois o poder que não é percebido é, de todos, o mais perfeito (Ferraz Jr.).

15.4 Tendo em vista a importância que creditamos ao Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como a força que atribuímos aos princípios constitucionais na atividade (do intérprete) de produção da norma jurídica, aproximamo-nos da teoria substancialista, e não da teoria procedimentalista, sem que isso implique negar a importância do procedimento/processo.

15.5 Com base na teoria substancialista, entendemos que sempre que o Executivo e o Legislativo atuarem em contradição ou se mantiverem inertes frente ao que prescreve a Constituição, o Judiciário – em resposta aos recursos constitucionais disponíveis e utilizados pela sociedade em busca da concretização da Constituição – deve agir, fazendo com que sejam cumpridos os mandamentos constitucionais.

15.6 Percebemos, no Brasil, que o Executivo e o Legislativo ora se omitem, ora atuam em contradição com a Constituição, e, por outro lado, que o Judiciário não tem cumprido sua função essencial de sanar tais inércias e antinomias (em relação à Constituição) dos outros dois Poderes quando acionado para tal fim. Pelo contrário, tem o Judiciário não só se omitido, como, não raro, servido de instrumento do Executivo e do Legislativo nas suas barbáries contra a Constituição. A Carta de Outubro, no entanto, ainda é uma esperança para que o Brasil venha a ter um efetivo Estado Democrático de Direito, em que a concretização dos direitos fundamentais e uma melhor redistribuição social sejam realidades. O que precisa é ser melhor interpretada (Celso Antônio Bandeira de Mello), dependendo, para tanto, da superação dos paradigmas liberal-individualista e da filosofia da consciência.

16. O conhecimento interdisciplinar do jurista, a ser aplicado na sua atividade de construção de sentido das normas jurídicas, é de extrema relevância. A idéia de transformar o direito em ciência técnica, prestigiada pelo positivismo (com base na filosofia da consciência), tem privado o direito do senso de humanidade e de sua função de agente de transformação social. Por isso defendemos que o intérprete jurídico não pode ser apenas um técnico capaz. Tem, antes, que ser um ser humano capaz de lidar com noções de justiça constitucional e de convivência social.

17. As correntes hermenêuticas modernas, nos quadros dos Estados de Direito e Democrático de Direito, analisadas sob um ponto de vista semiótico, ora frisaram a dimensão sintática, ora a semântica, ora a pragmática, sendo que, contemporaneamente, há uma tendência no sentido de se enfatizar cada vez mais a dimensão pragmática. Prevaecem, na hermenêutica filosófica, as dimensões semântica e pragmática, contribuindo assim à função transformadora/emancipadora que o direito deve desempenhar em um Estado Democrático de Direito.

18. A hermenêutica filosófica, ao propiciar que, por meio da interpretação, sejam produzidos sentidos, tem a característica de flexibilizar o direito. Para que dessa flexibilização não resulte uma atividade arbitrária do intérprete, impõe-se dispensar grande atenção para a relação entre o texto interpretado, a pré-compreensão do intérprete (que deve ser reconhecido como ser-no-mundo), o contexto vivenciado e os princípios. E, com o objetivo de superar esse problema é que vinculamos a hermenêutica filosófica à proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem, apresentada por Paulo de Barros Carvalho, na qual relaciona a semiótica e a teoria dos signos à hermenêutica jurídica, bem como subordina a atividade interpretativa à estrita obediência dos princípios constitucionais.

18.1 Paulo de Barros Carvalho, apesar de, na sua doutrina (em geral), dar maior ênfase ao plano sintático no estudo que faz do direito, ao tratar do tema da interpretação, acaba por atribuir grande ênfase à dimensão pragmática da linguagem, mas sem ignorar que toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais (sintaxe, semântica e pragmática). E, além dessa análise da linguagem jurídica nas dimensões da semiótica, ele também trabalha com os três ângulos (suporte físico, significado e significação – Husserl) que integram a estrutura triádica ou trilateral do signo. E é com base nessas ferramentas (semiótica e teoria dos signos) que Paulo de Barros Carvalho apresenta sua proposta de interpretação do direito como um sistema de linguagem, que ele decompõe em quatro subsistemas.

19. O percurso desenvolvido pelo intérprete para a construção da norma jurídica – a partir da proposta de interpretação do direito oferecida por Paulo de Barros Carvalho – tem início a partir do contato com o texto de direito positivo no plano dos significantes ou da expressão, ou seja, do contato com o texto enquanto suporte físico da mensagem do direito (sistema S1). Nesse momento do percurso, o

intérprete deve centralizar sua atenção na análise morfológica dos grafemas e unidades dos enunciados prescritivos, bem como na maneira como ocorrem as combinações sintáticas que aproximam os vocábulos, formando as orações, as sentenças, os períodos e os parágrafos, tudo a partir das regras gramaticais da língua portuguesa para, assim, viabilizar uma satisfatória compreensão do texto.

19.1 Continuando sua trajetória, passará o intérprete a lidar com os conteúdos dos enunciados prescritivos, formulando, no entanto, apenas proposições jurídicas com significado atômico (normas jurídicas *lato sensu*). Nesse momento de adjudicação de valores aos enunciados prescritivos, deve o intérprete reconhecer sua situação hermenêutica: texto + pré-compreensão + contexto e, criticando seus pré-juízos e pré-conceitos, formatar uma compreensão prévia, guiada pelos valores maiores inscritos na Constituição na forma de princípios, capaz de viabilizar a produção de sentidos (proposições jurídicas com significado atômico/norma jurídica *lato sensu*) em conformidade com os valores constitucionais.

19.2 Concluída a produção de sentido a partir de enunciados isoladamente considerados, passará o intérprete (no sistema S3) a promover a conexão das proposições com significado atômico obtidas no sistema S2. Iniciará, então, a produção de unidades lógicas com estrutura hipotético-condicional capazes de transmitir a mensagem deontica em sua integridade (norma jurídica *stricto sensu*). Deverá o intérprete, ainda no âmbito do sistema S3, contextualizar e harmonizar o arcabouço de norma que acabou de produzir com as demais proposições do sistema (em especial as decorrentes dos princípios constitucionais) tendo em vista um caso concreto (real ou fictício) a ser regulado. Terá, em função disso, que realizar novas incursões nos dois subsistemas anteriores para, em conformidade com o método empírico-dialético, chegar a uma norma jurídica coerente com o todo sistemático e capaz de implementar os valores constitucionais no caso concreto correlato.

19.3 Por fim, há o sistema S4, em que as normas jurídicas em sentido estrito são sistematizadas em relações de subordinação e de coordenação, de modo que não permaneçam soltas, como se não pertencessem à totalidade sistêmica, cuja unidade decorre dos mandamentos nucleares do sistema jurídico, ou seja, dos princípios constitucionais. E é isso o que ocorre nesse quarto e último subsistema, ou seja, no plano da organização das normas constituídas no domínio das significações normativas para que atinjam a qualidade superior de sistema jurídico-normativo.

19.4 E o método empírico-dialético, próprio dos objetos culturais, é que informa esse percurso gerador de sentido. Por meio dele, o intérprete, partindo do texto jurídico enquanto suporte físico, vai progredindo em direção aos níveis mais elevados de compreensão, percurso no qual trará contato com sua pré-compreensão, com o contexto e com os valores maiores da sociedade expressos na forma de princípios na Constituição, sempre fazendo referência a um caso concreto a ser regulado e que reclama a atuação do direito como agente transformador, capaz de implementar as promessas do Estado Democrático de Direito. E, após cumprir este percurso, o intérprete então retorna para conferir se os signos que compõem o sentido por ele produzido estão no plano dos significantes, realizando essa trajetória de progresso e retorno tantas vezes quanto necessário. E esse retorno ao texto faz-se essencial, pois o intérprete deve verificar se o sentido por ele produzido mantém relação de pertinência com o texto, sob pena de a interpretação redundar em arbítrio.

20. Devido à função sintática exercida pelos princípios constitucionais no sistema jurídico, eles influenciam de forma determinante a atividade do intérprete de produção da norma jurídica. Além de terem posição hierárquica privilegiada, os princípios constitucionais também portam os valores maiores da sociedade que se irradiam por todo o sistema, determinando-o, portanto, e conferindo-lhe unidade.

21. Na aplicação do direito, o conteúdo dos princípios que fixam limites “objetivos” fica mais evidente e é mais facilmente determinável, de modo que é mais simples a atividade de construção de sentido a partir dos textos jurídicos que lhes servem de veículo introdutor, não exigindo tal atividade maiores esforços por parte do intérprete. Partindo do exemplo do princípio da anterioridade, verificamos que, caso o intérprete/aplicador tenha alguma dúvida – no momento da construção da RMIT – quanto à observância desse limite “objetivo”, bastará verificar a data de publicação dos textos legislativos que estão sendo por ele utilizados para estipulação dos critérios da RMIT. E esses princípios constitucionais que fixam limites “objetivos”, em especial aqueles examinados no item 5.3 deste trabalho, possuem relevante função no labor construtivo da RMIT, influenciando de forma determinante sua produção.

21.1 O intérprete, no percurso construtivo da RMIT, em especial no plano S3, onde passa a relacionar e aglutinar os sentidos produzidos no plano S2, sentirá a forte influência dos princípios enquanto limites “objetivos”. No plano S2, o intérprete, analisando isoladamente os textos de direito positivo, produz seus respectivos

sentidos. Assim, no que concerne à RMIT, ele produzirá o sentido dos textos que enunciam seus critérios (material, temporal etc), bem como dos textos que enunciam os princípios que fixam limites “objetivos” relacionados à tributação (que foram por nós estudados no item 5.3 deste trabalho). E é ao aglutinar e sistematizar no plano S3 as proposições com significado atômico (normas jurídicas *lato sensu*) produzidas no plano S2 para, então, produzir a RMIT (norma jurídica *stricto sensu*), que o intérprete deverá dar atenção preeminente aos princípios que fixam limites “objetivos”, pois são esses princípios que devem direcionar, limitar e determinar a produção daquela RMIT. Com isso, sempre que um dos critérios da RMIT (nesse momento de sistematização das regras e princípios) entrar em contradição com um dos limites “objetivos”, terá o intérprete que afastá-lo e realizar novas incursões nos dois anteriores subsistemas (S1 e S2) para substituí-lo por um outro que não contrarie os limites “objetivos”, para, ao final, chegar a uma RMIT coerente com o sistema visto como um todo e capaz de implementar os valores constitucionais na solução do caso concreto de natureza tributária analisado.

21.2 Exemplificando, caso o intérprete/aplicador, no seu percurso de construção da RMIT, venha a se deparar com um veículo introdutor *infralegal* que enuncie um dos critérios da RMIT, ele deverá inutilizá-lo, pois, caso contrário, construirá uma norma em contradição com o princípio da legalidade (um dos limites “objetivos”) e, portanto, ilegal. Da mesma forma, caso venha a deparar-se com um texto decorrente de um veículo introdutor publicado no mesmo exercício financeiro, deverá inutilizá-lo no seu labor de construção da RMIT, pois o limite “objetivo” da anterioridade assim determina (ressalvadas as exceções previstas pela própria Constituição). Diante dessas situações percebidas no seu labor construtivo da RMIT, não restará outra alternativa ao intérprete senão retornar ao plano S1 para buscar novos textos referentes àqueles critérios da RMIT, constituindo seus respectivos sentidos no plano S2 e, caso não contrariem os princípios de regência (entre eles os da legalidade e da anterioridade), poderá, então, utilizá-los para construção do sentido final da RMIT no plano S3.

21.3 O processo de construção da RMIT será o mesmo diante de quaisquer dos limites “objetivos”. Ou seja, sempre que o intérprete, no plano S3, deparar-se com normas em sentido amplo que componham a estrutura da RMIT, mas que contrariam qualquer que seja dos limites “objetivos”, deverá afastar referida proposição jurídica

(norma *lato sensu*) da norma em sentido estrito que está a produzir, com o que terá que retornar aos outros subsistemas para a produção de um sentido completo (no caso, a RMIT) que seja coerente com o conjunto principiológico constitucional.

22. Com relação aos *princípios que fixam valores densamente indeterminados*, em comparação com os *limites “objetivos”*, verificamos que a abertura subjetiva propiciada pelo valor neles injetado é bem maior, como também é maior a indeterminação dos termos e fórmulas expressões que os constituem, e isso porque a função deles (ao contrário do que ocorre com os limites) não é a de rigidamente delinear a atividade do intérprete, mas sim a de flexibilizar tal atividade.

22.1 Essa flexibilização, contudo, ao invés de trazer insegurança, permite que a construção da RMIT seja operada de forma a melhor concretizar os valores constitucionais e, assim, fazer justiça (constitucional) na aplicação do direito a cada caso concreto. Viabiliza, em última análise, que o direito, por meio da atuação do intérprete/aplicador, assuma sua função transformadora, realizando os valores maiores da sociedade insertos na Constituição na forma de princípios em todos os casos que reclamam solução jurídica. Eis o papel de agente de transformação social que o direito deve assumir nos limites de um Estado Democrático de Direito e do qual tratamos intensamente nos pontos 6.6 e 6.7 deste trabalho.

22.2 A construção de sentido dos *princípios que fixam valores densamente indeterminados* é bem mais complexa, devendo desenvolver-se inclusive com maior atenção por parte do intérprete aos seus pré-juízos e pré-conceitos, tendo em vista que, como decorrência da alta carga subjetiva que os valores neles introduzidos proporcionam, surge também a influência das estimativas, sempre cambiantes em função dos valores de quem interpreta. Por outro lado, a elevada indeterminação dos seus termos (sempre vagos) impõe um maior trabalho na construção dos seus respectivos sentidos para produção da RMIT. O caso concreto, bem como o seu contexto, exercem, da mesma forma, forte influência na atividade do intérprete de construção dos sentidos desses princípios, tendo em vista especialmente a flexibilidade que eles oferecem para tal produção.

22.3 Tudo isso, agregado ao fato de que os princípios em geral, como mandamentos nucleares, irradiam seus valores por todo o sistema, determinando o conteúdo e o sentido dos enunciados prescritivos, revela a importância que os “princípios que fixam valores com alto grau de indeterminação” adquirem e a atenção que a eles

deve ser oferecida pelo intérprete no percurso que desenvolve pelos subsistemas S1, S2, S3 e S4 para a construção da RMIT.

23. Entre os *princípios que fixam valores densamente indeterminados*, destacamos aqueles por nós examinados no item 5.2 deste trabalho, ou seja, os princípios da *capacidade contributiva*, do *não-confisco*, do *mínimo existencial*, da *progressividade* e da *seletividade*, além dos sobreprincípios da *justiça*, da *igualdade*, da *certeza do direito*, da *segurança jurídica*, *republicano* e da *razoabilidade* (examinados no item 5.1), todos fortes instrumentos para a obtenção da justiça constitucional tributária.

24. O intérprete, no percurso construtivo da RMIT, já quando da produção isolada dos sentidos dos textos jurídicos (que se dá no plano S2), deverá sofrer a influência dos “princípios que fixam valores densamente indeterminados”, e isso para que a produção desses sentidos seja determinada por tais princípios. Ou seja, terá que reconhecer sua condição de ser-no-mundo e de portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos (e pré-conceitos) para, criticando-os, formatar uma compreensão prévia determinada pelos valores maiores esculpidos na Constituição na forma de princípios que fixam valores densamente indeterminados, a qual o guiará, no plano S2, à construção de sentidos (a partir dos textos que enunciam regras) compatíveis com o conjunto principiológico constitucional.

24.1 Contudo, será no âmbito do sistema S3, ou seja, no momento de aglutinar, sistematizar e contextualizar as proposições com significados atômicos (normas *lato sensu*) produzidas no plano S2 para a construção da RMIT (norma *stricto sensu*), que se verificará com maior intensidade a influência dos “princípios que fixam valores densamente indeterminados” no labor construtivo do intérprete.

24.2 Para melhor elucidar como ocorre a construção da RMIT sob a influência dos *princípios que fixam valores densamente indeterminados*, tomamos como exemplo a influência que deve(ria) ser exercida pelo princípio da capacidade contributiva, por ser o que melhor expressa a noção de justiça como tratamento isonômico material no subsistema tributário. Estando nas dobras do princípio da igualdade, traduz-se no dever de tratamento diferenciado dos contribuintes de acordo com suas aptidões econômicas (Elizabeth Nazar Carrazza), impondo àqueles que apresentam uma maior manifestação de riqueza a obrigação de contribuir mais, fazendo com que o imposto seja progressivo – grave com alíquota progressiva as manifestações de riqueza (bases de cálculo) na medida em que essas aumentam, respeitado o limite a

partir do qual gera o confisco – e, por outro lado, que proteja o mínimo vital – não grave o montante sem o qual uma pessoa seria incapaz de sobreviver dignamente.

24.3 A capacidade contributiva, se bem observada, viabiliza inclusive que se minimize a má distribuição de renda. De fato, ao se exigir menos de quem recebe menos (revela uma menor riqueza); e mais de quem recebe mais (revela uma maior riqueza), em ordem progressiva de aumento da alíquota, o Estado estará progressivamente retirando mais de quem tem mais e revertendo essa riqueza maior para benefício de todos, na execução de seus fins públicos. Impostos com alíquotas proporcionais (fixas), contrariamente, agravam as diferenças sociais, pois tratam de maneira igual contribuintes que, em termos de capacidade contributiva, são diferentes. Ligados ao princípio da capacidade contributiva, portanto, temos, em um patamar mais elevado, os princípios da “justiça”, da solidariedade e da “igualdade” (por nós denominados de sobreprincípios) e, ajudando a delimitar seu conteúdo, os princípios do “não-confisco”, do “mínimo existencial” e da “progressividade”.

24.4 O intérprete terá, então, que construir a RMIT sob a influência direta do princípio da capacidade contributiva, que deverá determinar sua atividade. Já no plano S2, a construção dos sentidos isolados dos critérios da RMIT deverá se dar a partir de uma pré-compreensão formatada por esse princípio, ou seja, por uma antecipação de sentido do que seja a capacidade contributiva e, assim, do que seja, em geral, uma tributação constitucionalmente justa. E, no plano S3, quando da sistematização desses critérios com o princípio da capacidade contributiva e da contextualização deles com o caso concreto, deverá o intérprete trabalhar de forma a produzir, ao final, uma RMIT que acolha esse princípio em sua integralidade, ainda que essa acolhida implique a própria impossibilidade de criação de uma RMIT para o caso concreto analisado, impedindo, assim, que ocorra o fenômeno da incidência.

24.5 Caso o intérprete venha a se deparar com uma norma jurídica *lato sensu* que fixe um dos critérios da regra-matriz (qualquer que seja ele) em contradição com o princípio da capacidade contributiva (ou qualquer outro *princípio que fixe valor densamente indeterminado*), ele deverá inutilizá-la ou conformá-la ao referido princípio no seu labor de construção da norma jurídica *stricto sensu* (RMIT). Diante dessa situação, não restará outra alternativa ao intérprete senão retornar ao plano S1 para buscar novos textos referentes àquele critério da RMIT para, no plano S2, a partir deles, construir novas normas *lato sensu* que, caso não contrariem os

princípios constitucionais de regência (entre eles o da capacidade contributiva), poderão, então, servir à construção da RMIT. Daí porque insistimos no constante ir e vir do intérprete pelos subsistemas no seu percurso construtivo da RMIT.

25. O intérprete, partindo do texto jurídico enquanto suporte físico, vai progredindo em direção aos níveis mais elevados de compreensão, percurso no qual trará contato com sua pré-compreensão, com os horizontes de sua cultura, com o contexto de aplicação e com os valores maiores da sociedade expressos na forma de princípios na Constituição, sempre fazendo referência a um caso concreto (real ou fictício) a ser regulado e que reclama a atuação do direito como agente de transformação social, capaz de implementar as promessas do Estado Democrático de Direito. E, após cumprir este percurso, o intérprete então retorna para conferir se os signos que compõem o sentido por ele produzido estão no plano dos significantes (no enunciado prescritivo do qual ele partiu para a produção de sentido), realizando essa trajetória de progresso e retorno tantas vezes quanto necessário.

25.1 O intérprete deve reconhecer sua condição de ser-no-mundo, mundo este extremamente complexo e que é pelo próprio sujeito constituído linguisticamente, e que, portanto, acaba por exercer direta influência sobre ele no momento (plano S2) de adjudicar valores aos signos lingüísticos do texto de direito positivo. Igualmente, deve o intérprete ter consciência da influência exercida por sua pré-compreensão, que é delimitada pelos horizontes de sua cultura formada historicamente pela tradição e que deve, no momento da interpretação dos textos jurídicos, ser filtrada pelos axiomas fixados com caráter deontológico na forma de princípios na Constituição. Deveras, tendo em vista que a pré-compreensão é composta por pré-juízos (e pré-conceitos), muitos desses decorrentes do paradigma próprio de um modelo de direito liberal-individualista que, apesar de já ter sido ultrapassado pela Constituição de 1988, ainda permanece arraigado no “senso comum teórico” dos juristas brasileiros, o intérprete deve, no momento da adjudicação de valores aos signos, reconhecer essa sua situação hermenêutica. Ou seja, deve reconhecer sua condição não apenas de ser-no-mundo, mas também de portador de uma pré-compreensão repleta de pré-juízos e de pré-conceitos para, criticando-os, formatar uma compreensão prévia guiada pelos valores maiores da sociedade esculpidos na Constituição na forma de princípios.

25.2 E será nesse momento que o intérprete, com base nos valores maiores da sociedade fixados na forma de princípios na Constituição, estará legitimado a direcionar a produção de sentido dos textos de direito positivo de forma que a norma resultante seja capaz de concretizar aqueles valores no contexto do caso concreto a que terá aplicabilidade, fazendo com que ali sejam implementadas as promessas constitucionais. Somente assim, acreditamos, o direito conseguirá alcançar seu lugar constitucionalmente assegurado de agente de transformação social. Somente assim o intérprete, partindo dos textos de direito positivo, produzirá sentidos (normas jurídicas) que sejam capazes de concretizar as promessas do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 [que, no campo do direito tributário, significa a implementação da denominada justiça constitucional tributária] ao regular a complexa gama de conflitos que reclamam solução jurídica em matéria tributária.

26. Os princípios, como norma *lato sensu* que são, têm a estrutura de uma proposição prescritiva com significado atômico que, em conjunto com outras normas *lato sensu* (no caso que nos interessa, as normas *lato sensu* referentes aos critérios da RMIT), possibilitam a construção da norma *stricto sensu* (no caso, a RMIT). Simbolicamente, temos: " $(NI^1.NI^2.NI^3...NI^n) \rightarrow Ns$ " (nessa representação simbólica NI^1 , NI^2 , NI^3 e NI^n são normas jurídicas *lato sensu* que implicam Ns , ou seja, a norma jurídica *stricto sensu*). Sendo assim, como representamos a RMIT (Ns) por meio da seguinte estrutura: $DSn \{Ht [Cm (v \cdot c) \cdot Ce \cdot Ct] \rightarrow Cst [Cp (Sa \cdot Sp) \cdot Cq (Bc \cdot Al)]\}$,

$$\begin{array}{c} \longleftrightarrow \\ DSm \end{array}$$

concluimos que:

$$(NI^1.NI^2.NI^3...NI^n) \rightarrow \{DSn \{Ht [Cm (v \cdot c) \cdot Ce \cdot Ct] \rightarrow Cst [Cp (Sa \cdot Sp) \cdot Cq (Bc \cdot Al)]\}\},$$

$$\begin{array}{c} \longleftrightarrow \\ DSm \end{array}$$

onde NI^1 , NI^2 , NI^3 e NI^n são os princípios e os critérios da regra-matriz, ou seja, proposições com significado atômico (normas jurídicas *lato sensu*) que, aglutinadas, criticadas, contextualizadas e sistematizadas, implicam a regra-matriz de incidência tributária (norma jurídica *stricto sensu* - Ns). Por meio da exposição dessa fórmula lógica, portanto, verificamos como ocorre a interação dos princípios com as regras no processo de construção da norma jurídica tributária. Trata-se de uma redução formal que limita a análise a apenas uma das dimensões da linguagem (no caso, a dimensão sintática), lembrando que as dimensões semântica e pragmática já foram objeto de anteriores conclusões.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. da 1. ed. brasileira coord. e rev. por Alfredo Bossi, rev. da trad. e trad. dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARENDT, Hanna. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Tradução de Antônio Abranches, César Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará e UFRJ, 1991.
- ASCARELLI, Tullio. **Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. Problemi Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1959. tomo I.
- ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. **Princípios de direito na jurisprudência tributária**. São Paulo: Atlas, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. Do sistema constitucional tributário. In: SÃO PAULO (ESTADO). Coordenação da Administração Tributária – Tribunal de Impostos e Taxas (TIT). **Curso sobre Teoria do Direito Tributário**. São Paulo: Secretária de Estado da Fazenda do Estado de São Paulo, p. 221-254, 1975.
- _____. **Interpretação do preceito do artigo 237 da Constituição Federal**. Parecer inédito apresentado à Associação Brasileira de Importadores de Pneus (atual Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados – ABIP), subscrito em 31 de outubro de 1995.
- _____. **República e Constituição**. 2. ed., atual. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 4. ed., revista. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- _____. Prefácio. In: BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. - 7ª tirag., atual. por Misabel de Abreu Machado Derzi à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- BARRETO, Aires Fernandino; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda – pessoa jurídica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Princípio republicano e motivação dos atos administrativos em matéria tributária. In: BOTTALLO, Eduardo Domingos (Coord.). **Direito Tributário – Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 101-110.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed., rev., atual. e ampl., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional)**. Curitiba, v. 05, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1997.

BECHO, Renato Lopes. **Sujeição passiva e responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. **Tributação das cooperativas**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERLIRI, Antonio. **Principios de Derecho Tributario**. Tradução de Amorós Rica e Eusébio González García. Madrid: Derecho Financiero, 1971. v. II.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1971.

BINENBOJM, Daniel. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Do Estado liberal ao Estado do social**. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, José Souto Maior. A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Tributário** – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, conferência magna. São Paulo: Malheiros, n. 64, p. 8-19, 1994.

_____. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do direito. **Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002.

_____. Progressividade no IPTU e no imposto sobre doações. **Revista de Direito Tributário** – XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, mesa de debates 'B'. São Paulo: Malheiros, n. 85, p. 40-55, 2002.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos jurídicos do IPI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOULANGER, Jean. **Principes généraux du droit positif et droit positif. Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle (Études offertes a Georges Ripert)**. Paris: LGDJ, 1950.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo, RT, 1980.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao Estado de Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Brasília: UnB, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1989.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 1996.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar e BECHO, Renato Lopes. Prefácio. In: BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornélio Pieter de. **O princípio do não-confisco**. São Paulo: Novas Conquistas, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **ICMS**. 9. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Imposto sobre a renda**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Cristiano. Sistema, competência e princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Estatuto do Contribuinte, garantias em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre Fisco e contribuinte. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7-8, p. 135-151, jan./jun. 1979.

_____. Interpretação e percurso gerador de sentido. Conferência ministrada no **III Congresso Nacional de Estudos Tributário**. São Paulo: IBET – DVD, 13.12.2006.

_____. Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, v. 33, p. 142-166, jun. 1998.

_____. Princípio da estrita legalidade - V Congresso Brasileiro de Direito Tributário: mesa de debates. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, p. 119-152, abr./jun. 1991.

_____. Sobre os princípios constitucionais tributários. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, p. 143-155, jan./mar. 1991.

_____. **Teoria da norma tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342-366 (artigo também publicado sob o título “O princípio da segurança jurídica em matéria tributária”. In: MOREIRA FILHO, Aristóteles; LOBO, Marcelo Jatobá. **Questões controvertidas em matéria tributária**: uma homenagem ao Professor Paulo de Barros Carvalho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29-60).

CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. v. I.

CAVALCANTI, José Paulo. **Interpretação e clareza da lei**. Recife: Fasa, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de. A hermenêutica como abertura do texto ao mundo: o modelo da ‘chain of law’ de Dworkin (o direito como texto). **Anais do XIII Colóquio Internacional de Semiótica e Direito**. São Paulo: USP, 1997.

CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

_____. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). **Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261-276.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel de Abreu. **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Bomlivro, 1989.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COSTA, Regina Helena. Imposto de renda e capacidade contributiva. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 873-883.

_____. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1984. v. II.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261-276.

DELGADO, José Augusto. Os postulados e os princípios na Constituição de 1988. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Princípios constitucionais fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 621-643.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**, em co-autoria com Sacha Calmon Navarro Coêlho. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. Nota de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed., rev. e compl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. **Separata da Revista de Direito Tributário**, – V Congresso Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 162-194, jan./mar, 1991

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Les limites de l'interprétation**. Tradução de Myriem Bouzaher. Paris: Bernard Grasset, 1992.

_____. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz e revisado por Vamirech Chacon. Brasília: UnB, 1986. Coleção Cadernos da UnB.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review**. Cambridge: Mass, 1980.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípio constitucional**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. Campinas: Impactus, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Conceito de sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Estudos de filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. Poder tributario y tutela judicial efectiva. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 89-104.

FINK, Bruce. **O sujeito lacaniano**: entre a linguagem e o gozo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática dos princípios gerais do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 1997.

_____. **Verdade e método II**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GARCÍA BELSÚNCE, Horacio. **Temas de derecho tributario**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

GARCÍA DE ETERRÍA, Eduardo. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006.

GARCÍA NOVOA, César. Seguridad jurídica y derecho tributario. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 44-74.

GARGARELA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.

GÉNY, François. **Méthode d'interprétation et sources em Droit Prive Positif**: essai critique. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919.

GIARDINA, Emilio. **Le basi teoriche del principio dela capacità contributiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Editorial M. J. Bosch, SL, 1998.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342-366.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HASSEMER, Winfried. Hermenéutica y derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**: Corrientes y Problemas en Filosofía del Derecho. España: Universidade de Granada, n. 25, 1985.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica (Saraiva), 1947.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimaraes Editores, 1987.

_____. **Ser e tempo**. Tradução e revisão de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. **Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a luz del derecho alemán**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas**: sexta investigação – elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. Tradução de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. tomo I.

KANTOROWICZ, H. La lucha por la ciencia del derecho. **La ciencia del derecho** (coletânea organizada pelo Instituto Argentino de Filosofia Jurídica, presidido por Carlos Cossio). Tradução de Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAN, Jacques. **O Seminário - Livro 2**. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia**. Porto Alegre: IHJ, 2006. n. 4.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005. p. 376-384.

LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad (Das recht der gesellschaft)**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara (no prelo), 2000.

_____. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. v. I e II.

MACHADO, Charles M. **Direito tributário nos Tribunais**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 62, nov. 2000.

MACHADO, Schubert de Farias Machado. O princípio da proporcionalidade e as multas fiscais do art. 44 da Lei 9.430/96. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 107, p. 67-77, ago. 2004.

MALARÉ, Márcia Regina Machado; MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. A separação dos poderes e a segurança jurídica em matéria tributária. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coords.). **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005. p. 873-883.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. Capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Capacidade contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária, 1989. p.141-149.

_____. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Série Pesquisas Tributárias, v. 6, p. 286 e ss.

_____. **ICMS – teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Princípios constitucionais fundamentais no âmbito da tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005. p. 645-656.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun.1981.

_____. Entrevista. **Jornal do 22**. São Paulo: Centro Acadêmico 22 de agosto (entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da PUCSP), n. 03, maio/2005.

_____. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo: Thomson IOB, n. 14/2000, p. 372-361, 2ª quin. jul. 2000.

MOSCHETTI, Francesco. **El principio de capacidad contributiva**. Tradução de M. Calero Gallego y Rafael Navas Vasquez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da interpretação e da aplicação das leis tributárias**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

OHLWEILER, Leonel. A pergunta pela técnica e os eixos dogmáticos do direito administrativo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Anuário/2004, p. 113-140, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, José Marcos Domigues de. **Direito tributário**: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PÉREZ DE AYALA, José Luís. Las cargas públicas: principios para su distribución. **Revista Española de Hacienda Pública**, n. 59, 1979.

PÉREZ ROYO, Fernando. **Derecho financiero y tributario – parte general**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1997.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 2, p. 55-69, abr./jun. 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. Parte Geral, tomo I.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICOUER, Paul. **Do texto à ação**. Porto: Rés Editora, [s.d.].

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Antônio Transito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. **El giro lingüístico**. Introducción de Gabriel Bello. Barcelona: Paidós, 1990.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas Edson Bini – rev. técnica Alysson Leandro Mascaro. 1ª reimpressão. Bauru: Edipro, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Lecciones de derecho financiero**. 9. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1991.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, v. 4.

_____. Boaventura defende o Estado forte. **Correio do Povo**, Seção Geral. Porto Alegre, p. 9, 6 abr. 1988.

SANTOS, Cláudio H. dos; COSTA, Fernanda Reginatto. **Uma metodologia simplificada de estimação da carga tributária brasileira trimestral**. Brasília: IPEA, maio 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual**: pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Tese para a Cátedra/USP, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Verdade e significado. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Anuário/2004 - 2005. p. 67-91.

SPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

STEIN, Ernildo. A consciência da história: Gadamer e a hermenêutica. **F. de São Paulo**, Caderno Especial “Mais” de Domingo, 24.03.2002.

_____. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Anuário/2004, 2005. p. 153-185.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed., rev., ampl. e atual., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista de Direito Administrativo** (edição especial em homenagem ao Professor Caio Tácito). Rio de Janeiro: Renovar, v. 242, p. 43-49, out./dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 1.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade, In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397-450.

_____. **Normas de interpretação e de integração do direito tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarilis de Sousa Birchall, coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UCKMAR, Victor. El sistema tributario: las instituciones, las administraciones fiscales, los contribuyentes. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 105-118.

_____. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. Tradução e notas ao direito brasileiro de Marco Aurelio Greco. 2. ed., rev. e atual. conforme a 2. ed. italiana. São Paulo: Malheiros, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.

_____. Esse obscuro e ardiloso objeto do desejo. **Gazeta do Povo – Caderno Opinião**, p. 10, 17 jul. 2007.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLEGAS, Héctor B. El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria. In: BELSUNCE, Horacio Garcia (Coord.). **Estudios de Derecho Constitucional Tributario em homenagem al Professor Doutor Juan Carlos Luqui**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

WARAT, Luis Alberto. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. In: MEZZAROBBA, Orides et al. (Coords.). **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 235-240.

_____. Incidentes de ternura: breve prelúdio para um discurso sobre o ensino jurídico, os direitos humanos e a democracia nos tempos do pós-talitarismo – ensino jurídico: o fracasso de um sonho. In: MEZZAROBBA, Orides et al. (Coords.). **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 373-394.

_____. Interpretacion de la ley: poder de las significaciones y significaciones del poder. In: MEZZAROBBA, Orides et al. (Coords.). **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 395-423.

_____. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: MEZZAROBBA, Orides et al. (Coords.). **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 27-34.

_____. Universidad sin muros: formacion continua, abierta y permanente. In: MEZZARROBA, Ordes et al (Coords.). **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 447-461.

_____. Confissões pedagógicas diante da crise do ensino jurídico. In: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Ensino jurídico**: diagnósticos, perspectivas e propostas. 2. ed. Brasília: OAB, 1996. p. 215-221.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução castellana de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. **Investigaciones filosóficas**. Tradução castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. 3. ed. Barcelona: Editorial Crítica, 2004.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Manuale di diritto costituzionale - Il sistema delle fonti del diritto**. Torino: Utet, 1993. v. I.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.