

LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, SEGURANÇA JURÍDICA, PÓS-POSITIVISMO E A DIFÍCIL RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO¹

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE²

“Thus, you say, nothing definite has been said about these steps.
Interpretation comes to an end” [WITTGENSTEIN, *BGM*:342].

RESUMO

O formalismo e o positivismo formam o lastro metodológico dos séculos XX e XXI. Esses modelos têm sofrido um forte desgaste metodológico e funcional. No âmbito tributário, entretanto, a forte identificação com pautas liberais (basicamente liberdade e propriedade) e o ódio aos impostos parecem obscurecer a crítica e a constatação da relativização dos pressupostos metodológicos daquelas escolas. A idéia de uma legalidade estrita ou absoluta, com sua ênfase à segurança jurídica e à ingênua crença na possibilidade de fechamento dos conceitos jurídicos é o norte a guiar a produção literária tributária ainda hoje. Derivam dessa filiação político-metodológica o caráter absoluto da propriedade, o primado do direito civil sobre o tributário e a autonomia da vontade. A relação entre política (o realizar político concreto, o embate de forças contingentes) e direito sempre foi difícil e tensa. A tentativa de se buscar a consolidação dos princípios republicanos brasileiros não pode ser fundada tão-somente **(i)** em uma metodologia que se agarre na literalidade e na reserva absoluta legal (tendo em vista já mais de um século de crítica ao formalismo e ao positivismo que o direito tributário brasileiro busca ofuscar), **(ii)** na falsa crença ontológica de que haveria entes normativos (conceitos) a serem captados sem uma devida construção histórica e subjetiva. O desenvolvimento do Estado brasileiro deve buscar a implementação (concreção) de outros direitos fundamentais e não só aqueles individuais de liberdade patrimonial.

Palavras-chave: positivismo; pós-positivismo; segurança jurídica, legalidade tributária; reserva da lei, anti-representacionalismo; Ludwig Wittgenstein; Friedrich Müller; teoria estruturante do direito.

ABSTRACT

Formalism and positivism form the methodological mark in the 20th and 21th Centuries. Those models have been methodological and functional consumed. However in the tax scope the strong indication with liberal guidelines (freedom and property, basically) and the hate to the taxes seem to overshadow the critics and the idea of strict and absolute legality, emphasizing legal safety and the naïve belief on the possibility of closing legal concepts is the north to guide tax literary production nowadays. These political-methodological filiations derive the property absolute character the esteemed civil law above the tributary and the will autonomy. The relation between politics (to carry out the concrete politics, the shock of contingents forces) and law have always been tense. The attempt to search the consolidation of Brazilian republican principles can not be established only **(i)** by a methodology that grasps in the literary and in the absolute legal reserve (considering for over a century that the critics of formalism and to the positivism that Brazilian tax law try to overshadow), **(ii)** the fake antique belief that there were normative (concepts) to be capture without proper historical and subjective construction. The development of the Brazilian State must search for an implementation (concrete) of others fundamental laws and not only the individual patrimony ideals.

Key-words: positivism; Post-positivism; legal security; tax legality; law reservation; anti-representationalism; Ludwig Wittgenstein; Friedrich Müller; law structure theory

¹ Esse artigo foi retirado da tese de doutoramento na Universidade de São Paulo: Andrade, José Maria Arruda de **A Interpretação da Norma Tributária**, São Paulo: MP Editora, 2006.

² Doutor pela Faculdade de Direito da USP - Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Professor da Faculdade Cantareira (Filosofia Geral e Jurídica); da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Instituição Toledo de Ensino (Bauru), da Fundação Getúlio Vargas/RJ. Membro do Conselho Científico da Associação Paulista de Estudos Tributários, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, do Instituto Brasileiro de História do Direito e do Instituto de Pesquisas Tributárias de SP. Advogado em São Paulo.

PÓS-POSITIVISMO, POSITIVISMO E A DIFÍCIL RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DIREITO

A relação entre política (o realizar político concreto, o embate de forças contingentes³) e direito sempre foi difícil e tensa.

Castanheira Neves [1995c:379-380] chega mesmo a afirmar que uma das grandes características na nossa civilização greco-romana e cristã-européia é a prioridade do direito sobre a política.

Dessa forma, o direito aparecerá, freqüentemente, como solução para o problema político, um limite ao abuso e à restrição à liberdade. Isso, no entanto, acabou por potencializar a secundarização do direito perante a política, tendo em vista a conversão da juridicidade em legalidade (do *ius* à *lex*) e a busca de uma autonomia científica do direito (vistas nas escolas formalistas e positivistas).

A ciência jurídica sempre teve que trabalhar com um aparente paradoxo, o de que a origem de seu principal objeto de estudo é política. Em outros termos, no Estado Moderno, a criação do texto legal é votada e aprovada pelo Poder Legislativo, ou seja, politicamente. Assim, ao buscar tratar o direito e sua aplicação jurídica, a doutrina sempre teve que conviver com a idéia de que o texto legal teve sua origem em um setor que, epistemologicamente, estaria fora dos domínios de seus objetos.

³ “[...] a intenção última da *polis*, na sua universalidade integrante, como *demos* decisionista do poder, na sua contingência partidário-ideológica e estratégica” [CASTANHEIRA NEVES, 1995c:380].

Nesse contexto, de produção do texto normativo pelo Legislativo, é que competiria ao Judiciário apenas aplicar a literalidade do que foi promulgado. E é nesse mesmo quadro que o elemento *político* da decisão jurídica apenas se manifestaria no processo de positivação do ordenamento jurídico, e não em sua aplicação (que seria neutra).

Em seu texto, “A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico”, Castanheira Neves [1995c:382], após traçar um breve panorama histórico sobre o direito como solução para o problema jurídico e sobre a secundarização do direito perante a política, lança duas perguntas:

(i) A política decide os fins e a ordem de todos os fins que orientam a prática jurídica?

(ii) Essa definição política não interferirá na própria intencionalidade jurídica concreta? Na aplicação do direito?

Ao refletir sobre essas questões, CASTANHEIRA NEVES afirma que o pós-positivismo reconhece como verdadeiras as duas, ao contrário do positivismo, que aceitará apenas a primeira. Isso acontece, segundo o autor, devido a um “profundo cepticismo quanto à autonomia do direito e à capacidade materialmente regulativa da juridicidade” [CASTANHEIRA NEVES, 1995c:382].

Pós-positivistas seriam, dessa forma, aqueles que trabalham dentro do quadro das crises funcionais e metodológicas do positivismo, sem abandonar a perquirição científica centrada nos elementos constitutivos do direito, ou seja, sem partir para a busca e a construção de valores ou ideais assumidamente não-jurídicos na fundamentação da decisão (justificação da aplicação).

Sobre as crises funcionais e metodológicas acima apontadas, o jurista português ANTONIO MENEZES DE CORDEIRO designa o *formalismo* e o *positivismo* como o lastro metodológico do século XX, a saber, aquelas escolas que serviram de fundação para os construtos científicos mais recentes.

O formalismo jurídico está baseado em estruturas gnoseológicas neokantianas, operando com uma separação entre ser e dever ser [sein und sollen], direito e moral e, com base em um isolamento das proposições jurídicas na sua própria estrutura, ignorando as conseqüências e, muitas vezes, o próprio plano teleológica das normas⁴.

⁴ Cf. CORDEIRO [1996:XII-XIII] e BOBBIO [1995:144-146].

CORDEIRO assinala: [...] “A tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejadas de definições abstractas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm, ilustra, de modo eloqüente, a implantação profunda do formalismo jurídico” [CORDEIRO, 1996:XIII].

É o próprio autor que lembra que o formalismo, aqui apontado como o elaborado, não *ex novo*, por RUDOLF STAMMLER, será combatido tanto pelo neo-hegelianismo de BINDER, E. KAUFMANN e LARENZ, quanto pelo neokantismo tardio alemão sudocidental de RICKERT, LASK e RADBRUCH. Sobre isso, ver a nota 20 da página XVII. Ver, ainda, “Critica della Filosofia Neokantiana del Diritto” de (ERICH KAUFMANN, 1992:5-77). Sobre a disputa entre noções neo-hegelianas e neo-kantianas de Estado e Constituição, e sua problemática no direito público, que incorporara o método jurídico das escolas formalistas, vide (BEAUD, 1993:75-85) e BERCOVICI [2003:87]. Sobre a relação entre direito público e método jurídico e a influência desse na consideração da relação tributária como uma relação obrigacional, ver Andrade [2005:65-78].

Já o positivismo trata da recusa, pela ciência do direito, de considerações que não sejam estritamente jurídicas, sobretudo pelo afastamento de abordagens metafísicas. Considera-se o direito antes como um fato do que um valor⁵.

Quanto ao formalismo, Menezes Cordeiro [1996:XVI-XX] assinala duas insuficiências metodológicas: **(i)** a natureza histórico-cultural do direito e a complexidade causal; **(ii)** a incapacidade de analisar soluções diferenciadas para casos concretos semelhantes.

Quanto ao positivismo jurídico, Menezes Cordeiro [1996:XX-XXIII] sistematiza quatro insuficiências: **(i)** dificuldade em aceitar ou explicar lacunas; **(ii)** soluções materiais à margem do discurso científico; **(iii)** conceitos indefinidos e conflito entre princípios; **(iv)** injustiça em normas regularmente produzidas.

Assim, no positivismo jurídico, a tarefa do aplicador seria, exclusivamente, cognitiva, ou seja, após a criação (política) do direito por parte (competência) do Legislativo, ao jurista (operadores do direito, em geral) caberia, por meio de atividades lógico-dedutivas do conhecimento, apenas explicitar o conteúdo normativo do direito positivo ante um caso concreto apresentado.

Trabalhava-se, ainda, com a presunção (ou o pressuposto) da completude do ordenamento jurídico-positivo. Isso permitiria, diante dessa

⁵ Por todos, vide (BOBBIO, 1995:131 e ss.) e (CORDEIRO, 1996).

plenitude e racionalidade imanente do direito positivo (sistema fechado e autônomo), bem como diante do desenvolvimento da dogmática jurídica (em sua busca de métodos de interpretação gerais, abstratos e apriorísticos que solucionem casos concretos e situados historicamente), ao juiz ter elementos suficientes, positivos e racionais, para a solução do litígio.

Com base nessas características metodológicas é que, diante das duas questões anteriores, os positivistas só reconhecem como afirmativa a primeira, ou seja, aceitam tão-somente que o elemento político esteja presente na criação da legislação abstrata e geral, mas não em sua concreção.

No pós-positivismo, ao contrário, questiona-se a noção positivista de que a interpretação normativa seja tão-somente lógico-dedutiva.

Tal entendimento se torna insustentável “porque a analítica dessa postulada aplicação tão-só lógica revelava que ela era afinal e realmente determinada por ponderações normativas e intenções práticas - ponderações e intenções essas exigidas não apenas para vencer a distância normativa entre o abstracto e concreto do caso decidendo, mas, sobretudo, pelo próprio e particular mérito jurídico do caso (pela sua particular

problematicidade jurídico-normativa)”. [...] [CASTANHEIRA NEVES, 1995c:386].

“Em síntese: tanto pelo carácter normativamente constitutivo ou criador das suas decisões jurídicas, como pela sua intencionalidade prático-normativa, o pensamento jurídico e os juristas enquanto tais aproximam-se do legislador, pensam e criam o direito como o legislador - com diferença quantitativa ou grau de liberdade e vinculação decerto, mas sem essencial divergência qualitativa - e por isso o cânone de decidir judicativamente <<como se fora o legislador>>, de início invocado apenas para o domínio restrito da integração das lacunas, se converteu num princípio metodológico geral em que todo o pensamento metodológico-jurídico se deveria reconhecer [Castanheira Neves, 1995c:387]”.

Diante da constatação de que a aplicação normativa não é uma compreensão essencialista, unívoca e lógico-dedutiva, e, sim, ou ao menos em parte, uma decisão (que retira a neutralidade do juiz idealizado como a “boca da lei”), rompe-se a barreira entre política e direito. Não se trata do fim das diferenciações, contudo da muralha rígida e teórica que pretendia o positivismo.

Aliás, já por volta das décadas de 50/60, FRANZ WIEACKER analisa a «degenerescência do positivismo», bem como a ruptura de um modelo fechado e tradicional do direito privado.

“O recuo perante o formalismo jurídico manifesta-se, antes de tudo, na progressiva libertação do juiz no que respeita à vinculação em relação a hipóteses de fato definidas de forma precisa na lei. Isto corresponde a uma modificação na função da lei no estado social. Ela não é mais, como no estado de direito burguês, uma delimitação das esferas dos direitos e da liberdade de cada um relativamente aos outros e aos poderes públicos, mas antes um elemento de *social engineering*, linha de orientação jurídica para a planificação social, cuja prossecução está cometida à administração estadual e cuja apreciação está a cargo dos tribunais ordinários, de trabalho, sociais e administrativos [WIEACKER, 1993:626]”.

O jurista OSKAR VON BÜLOW, sempre apontado como o pai do Direito Processual⁶, é reconhecido como o primeiro teórico a chamar a atenção à carga criativa inerente à aplicação do direito⁷. Trata-se da obra *Gesetz und Richteramt*, de 1885.

Houve já uma polêmica do que significaria a expressão *os juízes criam o direito*⁸, mas, no âmbito deste trabalho, a expressão chama a atenção ao caráter constitutivo da interpretação/aplicação (concreção) [GRAU, 2002c:56].

Voltando à análise da difícil relação entre política e direito, FRIEDRICH MÜLLER afirma, em sua obra *Juristische Methodik*, que a metodologia jurídica e a política não podem ser separadas, ou seja, a atividade jurídica é uma atividade política guiada por normas jurídicas [MÜLLER, 1996:48].

O direito é uma forma particular da política, daí que a metodologia jurídica é a metodologia das condições e formas de trabalho de um setor específico da ação e da organização política [Müller, 1996:49]⁹. Esta está pressuposta naquele. Todo o direito funciona como imposição, concreção, controle, discussão e revisão da política. O direito é, no todo, uma especial forma da política. E, em seus pressupostos, condições,

⁶ Ver (GUERRA FILHO, 1996:94) GUERRA FILHO comenta, ainda: “Nela [*Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Giesen, 1868], BÜLOW estabeleceu a doutrina de que o processo tem a natureza de uma relação jurídica de Direito Público, com caráter continuativo, isto é, uma forma que se desenvolve no tempo, não se dando, como o Direito Material, previamente acabado, mas sendo, essencialmente, este *desenvolvimento (Entwicklung)*, como já notara BETHMANN-HOLLWEG, que vincula o Estado-juiz e as partes entre si. Com base neste princípio, o autor formulou o conceito de ‘pressupostos processuais’, e aqueles que o seguiram forjaram o instrumental teórico e terminológico inicial da hodierna ciência processual” (1996:94).

⁷ Cf. (HECK, 1999:26); (ENGISCH, 2001:256); (COING, 2002:343-344 e 354); (MÜLLER, 1986:10 e 39); (CASTANHEIRA NEVES, 1995a:221); (CASTANHEIRA NEVES, 1995b:369-370); (CORDEIRO, 1996:106).

⁸ Por todos, ver (CARRIÓ, 1979) e (GRAU, 2002c:54-57).

⁹ Ver (MÜLLER, 1976:49-52).

funções e conteúdos, ele é determinado politicamente [MÜLLER, 1976:44]. No Estado de Direito burguês, o direito aparece como uma versão racional da política; e a metódica, por seu turno, como uma versão racional do direito [Müller, 1976:50]¹⁰.

A influência do sistema político sobre a metódica jurídica apresenta-se tanto na sua racionalização primária (processo de decisão político que aprova a lei), quanto na sua racionalização secundária (fundamentos da decisão jurídica concreta – aplicação da lei).

É no contexto dessa descrição das relações entre direito e política, porém, que a metodologia jurídica deve trabalhar, no sentido de não deixar de dar a “metódica realização ao princípio do Estado-de-Direito ou à exigência essencial de *garantia* que o direito nele deverá instituir. E, em dois sentidos, exigindo que as decisões jurídicas concretas correspondam ao direito vigente e que elas sejam proferidas, segundo um processo previamente ordenado.

Para tanto, e como principal 'contra-meio' (*Gegenmittel*) a opor à total contingente politização das decisões jurídicas - outro 'contra-meio' seria a própria explicação e crítica científica daquela geral dependência-, convocaria-se a 'metódica jurídica', criticamente reelaborada, para ser, como contrapólo do direito como expressão racional da política, a 'expressão racional do direito'. Isso pela definição metódica de um

¹⁰ Para acompanhar a relação entre sistemas políticos e metódica jurídica, ver MÜLLER [1976]. Ver, ainda, (CASTANHEIRA NEVES, 1995c:395-397).

esquema do decidir jurídico e das suas regras em concreto, esquema e regras que permitissem a revisibilidade, a discutibilidade e a regularidade desse decidir, e assim a sua consensual racionalidade. Metódica que, centrando-se no reconhecimento da vinculação jurídica do *texto* legal - o texto como quadro de possibilidade e limite - e determinando os elementos cientificamente controlados da *concretização* das normas jurídico-legais, desempenharia a função de um padrão crítico e de controle (uma 'norma' ou dever-ser, um '*Soll-Zustand*') a opor ao real e descrito decidir jurídico, no seu *Ist-Zustand*, e retirando assim a esse a sua impune 'efectividade' ou tornando 'disfuncional' perante o sistema global.

Desse modo, se 'o direito é também um instrumento de domínio', a sua realização racionalmente metódica seria simultaneamente um 'instrumento da limitação do domínio'. Metódica com aquele sentido e este objectivo que F. MÜLLER pretende justamente oferecer em toda a sua obra metodológica” [CASTANHEIRA NEVES, 1995c:397-398].

Para estudo das metodologias jurídicas do pós-positivismo, CASTANHEIRA NEVES as dividirá em dois grupos:

- (i) as que reconhecem a influência da política no direito, sem, contudo, aceitá-la sem restrições (a função da metodologia jurídica seria exatamente, diante da influência da atividade política, controlá-la metodicamente),

(ii) e as que a aceitam e trabalham o direito como forma e instrumento de aplicação dessas políticas (mais casuísticas, decerto, do que as justificativas jurídicas).

Com relação ao primeiro grupo, o autor lembra de FRIEDRICH MÜLLER e sua metódica jurídica.

Quanto ao segundo grupo, isto é, aquele grupo (geral) de teorias que não censura a politicização da metódica jurídica, passando antes a assumi-la deliberadamente, será **só nesse segundo grupo** que CASTANHEIRA NEVES encontrará o que designa de redução política (a redução do direito à política)¹¹.

Portanto, quando afirmamos em nosso estudo que reconhecemos a influência da política no processo de concreção normativa, não estamos, com isso, defendendo a idéia de que caberia à metódica jurídica instrumentalizar ideais políticos preestabelecidos.

O reconhecimento dessa fragilidade (ausência de autonomia), assim como outras (relativização epistemológica, carga criativa na decisão etc.) deve ser seguido de uma preocupação metodológica de se pensar o direito como instrumento da democracia e de todas as conquistas dos direitos fundamentais (aqui, obviamente, não somente o de liberdade patrimonial).

¹¹ Sobre os três tipos de teorias comprometidas com a instrumentalização de políticas predeterminadas, ver (CASTANHEIRA NEVES, 1995c:398 e ss.).

Para isso, deve-se defender que as decisões jurídicas concretas correspondam ao direito vigente e que elas sejam proferidas segundo um processo previamente ordenado.

Metodologicamente: “Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem (1) encontrar um resultado constitucionalmente <<justo>> através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* constitucionalmente de forma racional e controlável (Hesse). Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é <<significativa>>, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa” [CANOTILHO, 2000:1170-1171].

Essa correspondência da decisão com o direito vigente deve ser entendida antes como exigência de uma justificação (“Se isto não é uma pergunta pelas causas, é então uma pergunta pela justificação para o fato de que eu ajo segundo a regra assim” (WITTGENSTEIN, *PhU*:§217), pois a formação de consensos está ligada à idéia de arcabouços conceituais e referenciais coletivos (específicos de cada comunidade e próprio do ser humano biológico)¹².

¹² A segurança nas relações cognitivas não deriva de fundamentos metódicos, mas, antes, da consistência proporcionada pela forma biológica da espécie e a prática social. É a confluência desses fatores que constitui um sistema de proposições fundacionais.

O ponto mais importante de *Sobre a Certeza* é desenvolver subsídios para uma epistemologia socializada (idéia que a sociologia alegar ter retomado). O conhecimento de uma determinada cultura ou de qualquer um de seus membros não pode ser apreendida da experiência de um indivíduo. “O conhecimento acumulado de uma cultura é uma conquista coletiva – uma idéia compartilhada por hegelianos, marxistas e pragmatistas”. A totalidade desse conhecimento é inacessível, sendo o aprendizado sobre os padrões referenciais uma aceitação da autoridade de uma comunidade. Isso não impede o pensamento crítico, fazer parte de uma comunidade (e de seu sistema referencial) é tomar parte em atividades epistêmicas “que nos permitem retificar algumas de nossas crenças, e, ocasionalmente, até mesmo partes de nossa visão de mundo. Distinguindo-se da epistemologia

A LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Os pressupostos metodológicos até agora apresentados, somados a uma idéia de hermenêutica anti-representacionista¹³, podem parecer contrários à idéia de legalidade ou mesmo ser acusados de flexibilizá-la a um ponto que comprometeria toda a idéia de segurança jurídica.

Analisaremos, agora, a idéia de legalidade, demonstrando sua origem política e sua fragilidade, quando considerada em seus termos mais estritos (como a tipicidade fechada e a reserva absoluta legal), como parece ser, com raras exceções, a tônica da doutrina brasileira tributária.

Pretende-se, ainda, demonstrar que a insegurança jurídica decorrente dessas considerações (próprias de modelos que procuram escapar do formalismo e do positivismo) é a mesma de quando elas não eram formuladas. Isso em razão de a segurança jurídica, baseada em análises formais (GRAU falaria aqui em mito do modelo liberal), já não encontrar respaldo suficiente, jurídico e epistemológico, a fundamentá-la,

naturalizada de Quine, a epistemologia socializada de Wittgenstein salienta esse ponto sem reduzir o processo de formação de crenças, bahavioristicamente, a uma questão de estímulos e respostas" [GLOCK, 1998:78].

É aqui que pensamos que uma teoria socio-biológica [não confunda-se com a teoria de E. O. WILSON] pode trazer subsídios para um pensamento jurídico baseado não mais nas relações cognitivas clássicas (relação entre sujeito e objeto).

Sobre arcabouço conceitual e sistema de referências em WITTGENSTEIN e sua aplicação no direito, ver ANDRADE [2005:99-102]. Ver WITTGENSTEIN [ÜG]. Sobre a utilização de teorias biológicas como teorias do conhecimento, ver ANDRADE [2005:102-107 – "O intérprete como Sistema Autopoiético, e não o direito"].

"As palavras, como sabemos, são ações, e não coisas que passam de lá para cá. É nossa história de interações recorrentes que nos permite um acoplamento estrutural interpessoal efetivo. Descobrimos que compartilhamos um mundo que especificamos em conjunto por meio de nossas ações. Isso é tão evidente a ponto de nos ser literalmente invisível." [...]. MATURANA & VARELA [1995:251-252].

¹³ Para uma abordagem mais ampla sobre esses pressupostos filosóficos e jurídicos, ver ANDRADE [2005:32-64 e 85-107].

mas tão-somente um ideal de busca de segurança para as trocas econômicas.

Sobre a legalidade, no plano constitucional, ela aparece como norteadora de toda a estrutura do Estado de Direito e da repartição das funções públicas.

No âmbito do direito tributário, a legalidade atua de forma mais específica e determinante, configurando o que a doutrina e a jurisprudência costumam chamar de estrita legalidade, reserva absoluta de lei ou tipicidade fechada tributária, de acordo com a orientação teórica adotada.

Para o devido entendimento acerca da legalidade no direito tributário, deve-se analisá-lo inserido na idéia de Estado de Direito e em sua feição liberal. A legalidade surge justamente diante do esforço de ascensão política por parte da burguesia, no contexto do século XVIII, e de sua necessidade de impor mais controle à atuação estatal, para permitir a livre fruição de bens e a segurança das relações jurídicas privadas.

Daí a necessidade de se proteger o âmbito econômico da intervenção estatal (Estado x economia), que deveria passar a ser regido pelas leis naturais. Separa-se, também, o próprio Estado (um dever ser

abstrato) da sociedade. Aliás, com base em KANT, aparta-se, inclusive, o Estado (e o direito) da Moral¹⁴.

Pois bem, esses são os rudes apontamentos básicos da noção teórica de Estado de Direito. No que tange à legalidade, ela surge como instrumento, nesse contexto, limitador, justamente, da atividade estatal. A legalidade não será vista como um conteúdo de atuação, mas como um limitador na relação Estado e cidadão, uma proteção deste último.

Outro elemento relevante, decorrente da separação dos poderes, é a reserva da lei (muitas vezes alegadamente absoluta), já que qualquer ato estatal que invada a esfera da liberdade individual, e aqui se tem o tributo como figura chave dessa invasão, somente pode ser autorizada pelos representantes do povo (da burguesia, no caso), no Poder Legislativo (*no taxation without representation*)¹⁵.

Tem-se, assim, as duas chaves principais do Estado de Direito: a legalidade/limite¹⁶ e a separação dos poderes¹⁷.

¹⁴ Sobre a separação do Estado e da Moral, a partir de GROTIUS, TOMASIUS e, após, tendo sua sistematização em KANT, ver GRAU [2002b:97-99].

¹⁵ Daí a aparição dessa legalidade, estrita, nas Constituições liberais mais importantes. No caso norte-americano, tem-se o art. 1º, Seção 8: “The Congress shall have power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises”. Na França, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, tinha-se: “14. Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi, et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le reouvrement et la durée”, cf. (LOBO TORRES, 1986:172-173).

¹⁶ “A *legalidade* consubstancia extensão da teoria da soberania popular e da apresentação parlamentar. A Constituição contém a ação do Estado e a burguesia encontra, no quadro da *separação dos poderes*, condições adequadas à defesa de seus interesses econômicos; qualquer ‘atentado’ à liberdade econômica e à propriedade somente poderia ser consumado com o consenso dos representantes da burguesia, isto é, *através de uma lei*. A *legalidade* assume desde logo sua dupla face, como *supremacia* e *reserva da lei*. (...) à legalidade atribui-se o desempenho de duplo papel: o de instrumento ancilar dessa preservação e o de substituto da legitimidade [GRAU, 2002b:173]”.

¹⁷ Conforme já exposto, no capítulo sobre a Escola da Exegese (I.1.2.), a *separação dos poderes*, outro pilar ideológico desse contexto histórico, formulado modernamente por MONTESQUIEU, é “um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal”, nos dizeres de EROS GRAU [2002b:225]. Em MONTESQUIEU, tem-se o mecanismo voltado aos

Nesse quadro, que ainda é o que serve de apoio para o estudo da legalidade tributária brasileira, a legalidade permite uma dupla visão. Ainda que se trate de um modelo que esvazia as funções sociais estatais, que traz uma neutralidade que somente perpetuaria uma dominação, ainda assim, nos dizeres de Antoine Jeammaud [1984 apud GRAU, 2002b:169]¹⁸, a dominação através do direito apresenta uma especificidade que, pensando bem, faz dela um modo de dominação preferível a qualquer outro”, sobretudo aos derivados de regimes autoritários

Essa constatação, no entanto, não evita outra, a de que somente esse enfoque da legalidade em seus termos mais estritos não é suficiente, pois olvida que “o Estado moderno não é apenas titular do *jus imperii*, mas também agente do fornecimento de prestações aos particulares”. A legalidade, vista nesses termos estritamente formais, seria insuficiente para prover a garantia das liberdades, sobretudo as de cunho social. [GRAU, 2002b:173]. Ela não se presta, portanto, a qualquer garantia de fins

direitos individuais, ao contrário da lição norte-americana dos freios e contrapesos, baseada na “otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da *divisão do trabalho*” [GRAU, 2002b:226].

Essa classificação pode ser designada como orgânica, pois leva em consideração a competência estatuída a cada poder. Do ponto de vista histórico, é clara a intenção do Poder Legislativo, esfera composta em boa parte por representantes do Terceiro Estado, de controlar eventuais abusos por parte dos detentores do que atualmente chamamos de Poder Executivo.

Nesse quadro, de produção normativa independente por parte do Legislativo, é que competiria ao Judiciário apenas aplicar a literalidade do que fora estatuído. E é nesse mesmo quadro que o elemento *político* da decisão jurídica apenas se manifesta no processo criativo da implementação do ordenamento jurídico, por parte dos representantes políticos (processo legislativo), e não em sua aplicação neutra.

¹⁸ A indicação bibliográfica da citação feita por EROS GRAU é “Algumas Questões a Abordar em Comum para Fazer Avançar o Conhecimento Crítico do Direito” in *Crítica do Direito e do Estado*. Carlos Alberto Plastino (org.). Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 90.

públicos, visando tão-somente à proteção do interesse privado [GRAU, 2002b:174¹⁹].

No direito tributário, a legalidade²⁰ aparece em três formas básicas, denominadas de subprincípios por Ricardo Lobo Torres (2004:105-107), a quem seguiremos de perto para a devida exposição de suas idéias acerca dessa classificação.

Três são as formas básicas: a *superlegalidade*, a *reserva da lei* e o *primado da lei*.

Como nossa intenção não é o estudo da legalidade, e, sim, somente a visão da legalidade num quadro jurídico distante do formalismo/positivismo e no contexto de uma filosofia da linguagem não representacionalista, basta um breve apontamento de cada um.

A *superlegalidade tributária* é a necessidade de a lei formal estar vinculada aos comandos deônticos constitucionais. É o reconhecimento da cogência e da superioridade da Constituição sobre as normas infraconstitucionais. No caso brasileiro, em que a CF/88 reserva um sistema constitucional tributário específico, com muitos dispositivos, a

¹⁹ Nesse último aspecto, EROS GRAU se valeu das lições de GALGANO, que, conforme sua citação, corresponde à seguinte obra: (*Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 39).

²⁰ Estamos evitando a expressão “princípio da legalidade” para não haver a necessidade de demonstrar em muitas páginas qual concepção de princípio adotamos. Apenas resumiremos que consideramos o princípio jurídico, ao lado das regras jurídicas, espécies do gênero norma (na tradição dos ensinamentos já bem difundidos de EROS GRAU [2002a; 2002b e 2002c]).

A questão problemática aqui seria a da legalidade, já que, para juristas como ROBERT ALEXY, ela seria, inicialmente, uma regra jurídica e não um princípio, o que demandaria uma necessidade de precisão que foge ao nosso escopo. Além disso, a possibilidade de distinção apriorística entre princípios e regras jurídicas não convence àqueles que adotam, como eu, uma concepção wittgensteiniana de linguagem, como o próprio ALEXY assinala, muito embora ele prefira denominar tal corrente como cética.

superlegalidade ganha mais relevância, como a necessidade de adequação da competência tributária definida constitucionalmente e sua decorrente prescrição legal (lei tributária em sentido estrito), na descrição dos aspectos materiais e quantitativos do tributo, por exemplo.

A *reserva da lei tributária* exige lei em sentido formal, quando se trata de aumentar ou exigir tributo. No art. 97 do CTN, a necessidade se estende a todos os aspectos da hipótese de incidência.

Já o *primado da lei* prescreve a obrigatoriedade de a legislação infralegal atender o que fora prescrito na lei em sentido formal, ou seja, que a regulamentação não extrapole os limites da lei.

Sobre esses dois últimos aspectos da legalidade, vale tecer mais alguns comentários, valendo-nos, desta vez, das lições de EROS GRAU. Conforme apontado no início deste subcapítulo, há uma legalidade constitucional genérica, expressa no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (grifou-se).

Há, contudo, outra, especificamente tributária, constante no art. 150, inciso I da Constituição de 1988. Nele dispõe-se que é vedado a todos os entes da Federação “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (grifo nosso). .

No primeiro caso, tem-se uma legalidade que permite a autorização legal para regulamentação. A referência à expressão “em virtude de lei” não prescreve a obrigatoriedade de lei em sentido formal, desde que haja autorização legal para tanto.

Pode haver, portanto, uma tensão entre a legalidade e o exercício do *poder regulamentar*. Aqui, não se entende que caberia ao titular da competência regulamentar somente explicitar o que a lei prescrevera. O estudo da função regulamentadora deve ser contextualizado de acordo com o regime jurídico-constitucional da matéria regulanda. No âmbito tributário, a própria Constituição Federal e o Código Tributário Nacional imprimem os limites a serem observados, sobretudo em relação à majoração do tributo.

Há que se fazer, portanto, uma releitura da função regulamentar. Exemplo disso é o trabalho de EROS GRAU²¹ que faz a distinção entre *reserva da norma* (primeiro caso) e *reserva da lei*²² (segundo caso).

²¹ “Evidentemente, não estou a propor a liberação do Executivo para “legislar”. Pelo contrário, reconhecer o desenho correto do princípio, tal como contemplado pelo direito brasileiro, significa possibilitarmos o controle do exercício da *função regulamentar* pelo Executivo, ao que se recusam nossos publicistas, sob o argumento de que os regulamentos *são inconstitucionais...*” [GRAU, 2002b:254].

²² “Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições *da lei*; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* - isto é, fixadas em virtude dela - de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*, no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*, ou *regimental*).

Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa - mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida -, o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva da lei em termos relativos* (= *reserva da norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares - e os vincule. [...]

[...] Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas [art. 5º, XXXIV, no art. 150, I e no parágrafo único do art. 170]” [GRAU, 2002b:246-247].

Dessa forma, o art. 150, inciso I, da CF/88 exige a promulgação de lei em sentido formal (ou Medida Provisória, se for o caso). O art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) completa a legalidade tributária, ao exigir que a própria lei defina todos os aspectos essenciais pertinentes ao fato gerador do tributo.

Prescreve o artigo citado a necessidade de lei formal para **(i)** instituir e extinguir tributos; **(ii)** majorar ou reduzir tributos, equiparando-se à majoração a modificação da base de cálculo que torne o tributo mais oneroso; **(iii)** definir o fato gerador da obrigação tributária principal e o sujeito passivo; **(iv)** fixar a alíquota do tributo e sua base de cálculo; **(v)** cominar penalidades para as ações ou as omissões contrárias a seus dispositivos ou para infrações nela previstas; **(vi)** definir hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades²³.

Dessa forma, as três modalidades da legalidade apresentadas por LOBO TORRES, no âmbito de uma teoria estruturante, ou mesmo no quadro daqueles construtos que fogem do formalismo e do positivismo, comportam releituras, como bem lembra o próprio jurista. Sobretudo quando se busca a radicalização da legalidade em uma reserva absoluta material ou mesmo na idéia de tipicidade cerrada.

²³ Não se deve esquecer o art. 153, § 1º da CF/88, que representa uma exceção parcial ao regime comum da legalidade tributária, já que permite a alteração (não fixação) das alíquotas do II, IE, IPI e IOF por ato do Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei.

Ora, os subsídios teóricos até agora apontados não comportam, nem justificam a idéia de que uma lei ou a definição de uma competência tributária possam esgotar exhaustivamente todas as significações (presentes e/ou futuras).

Uma afirmação como a de ALBERTO XAVIER acerca da reserva absoluta, sempre lembrada por vários autores, e encampada por juristas do porte de ROQUE ANTONIO CARRAZA [1999:177; 179-180], por exemplo, acredito, não deva prosperar.

ALBERTO XAVIER, um dos maiores estudiosos do tema, para defender a idéia de uma reserva não só formal, mas também absoluta e material, chega mesmo a estabelecer uma ligação direta entre Iluminismo, exegese literal (citando a célebre expressão de MONTESQUIEU sobre o juiz ser apenas a “boca que pronuncia a lei”) e o direito fiscal. Para o autor, o Iluminismo e a escola da exegese estariam relativizadas apenas no direito público genérico, mas plenamente vigentes e justificáveis no âmbito tributário [1978:39-41]²⁴.

Nesse caso, a própria concepção que vê na aplicação da lei um mero mecanismo automático de subsunção lógico-dedutiva teria sobrevivido às tensões teóricas já apontadas, tudo isso, segundo o autor, por decorrência de uma opção por um programa político-econômico

²⁴ “Todavia, no Direito Tributário, o princípio da reserva absoluta subsistiu para além da crise do iluminismo e, em geral, de todas as concepções que viam na aplicação na lei um mero mecanismo automático de subsunção lógico-dedutiva. É que, neste ramo do Direito, o princípio da reserva da lei não se limitava a espelhar uma dada orientação acerca do Direito em geral; antes tinha alicerces mais fundos, radicados na própria essência do sistema econômico a que respeitava e a cujos princípios ordenadores repugnava a sua violação” [XAVIER, 1978:41].

determinado (liberal, obviamente), por um princípio doutrinário sequer constitucionalizado (o da reserva absoluta da lei²⁵).

Esse tipo de apontamento é que uma teoria pós-positivista (para utilizar o termo de Castanheira Neves [1995c] e Paulo Bonavides [2000 e 2001]) não tem como sustentar. Já não se trata *apenas* de uma questão ideológica, mas também metodológica²⁶.

Essa constatação decorre da própria historicidade do direito, da complexidade das relações hodiernas, da idéia de que a norma é um produto construído embasada em textos normativos e de dados da realidade social.

Do ponto de vista agora filosófico, não há como se defender a idéia de que o texto normativo (que se pretende exaustivo) possua uma

²⁵ Para XAVIER a reserva absoluta seria: “[...] a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto”. [...] “[...] A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal” [XAVIER, 1978:37].

“[as normas que instituem tributos] [...] não se limitam a autorizar o órgão da aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, **predeterminando integralmente o seu conteúdo**.”

O princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei tem como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou da tipicidade fechada” (Grifos ausentes nos originais) [XAVIER, 2001:18].

²⁶ Sobre a tipicidade tributária, LOBO TORRES criticará veementemente essa idéia: “Do princípio da *tipicidade* não emana, como imagina o positivismo ingênuo, a possibilidade do total fechamento das normas tributárias e da adoção de enumerações casuísticas e exaustivas dos fatos geradores. A norma de Direito Tributário não pode deixar de conter alguma indeterminação e imprecisão, posto que se utiliza também de cláusulas e dos tipos, que são abertos por definição.[...] [LOBO TORRES, 2000:141].

Em outra obra, assinala LOBO TORRES [2004:108]: “A tipicidade na acepção germânica de *Typizität* significa a qualidade do *tipo tributário*, que é uma das configurações lógicas do pensamento jurídico, quando existe a escolha de formas abrangentes. Enquanto o conceito jurídico torna-se objeto da definição da lei e tem caráter abstrato, o *tipo* é apenas descrito pelo legislador e tem simultaneamente aspectos gerais e concretos, pois absorve características presentes na vida social. Os tipos jurídicos, inclusive no direito tributário (ex. empresa, empresário, indústria) são necessariamente elásticos e abertos, ao contrário do que defendem alguns positivistas (cf. A. Xavier).

A tipicidade tem correspondido no Brasil ao princípio da determinação do fato gerador (*Grundsatz der Bestimmtheit*), que sinaliza no sentido de que o fato gerador deve vir exaustivamente definido na lei. Deve-se às fontes ibéricas e aos penalistas tal confusão, devida à errônea tradução da palavra alemã *Tatbestand* (que significa fato gerador) por tipo. A tipicidade apenas poderia ser assimilada à determinação do fato gerador (*Tatbestandbestimmtheit*) na hipótese em que o antecedente da regra de incidência contivesse um tipo, e nesta circunstância teria que ser necessariamente aberta.”

univocidade de sentido e um dado prévio que possa ser captado e reproduzido pelo intérprete autêntico, tal qual uma mente especular²⁷.

Se a luta por uma idéia de descrição exaustiva dos aspectos da regra abstrata de incidência foi uma forma de combater o arbítrio ou não, é uma discussão. O fato é que para se defender a idéia de uma legalidade tributária, hoje, há que se enfrentar os fantasmas que a doutrina nacional tributária pareceu não muito disposta a encarar. Eles estão todos descritos naquelas crises funcionais e metodológicas do formalismo e do positivismo acima apontadas [CORDEIRO, 1996].

Convém, ainda, assinalar que não é um modelo concretizador do direito tributário e constitucional que leva à relativização da legalidade e, conseqüentemente, à insegurança jurídica. Essa relativização não é nova, a certeza é que nunca existiu.

Trata-se de uma criação do Estado moderno. Nas pautas liberais, entre a legalidade e a legitimidade, escolheu-se a primeira. A idéia era de que bastava a representação popular no Legislativo.

Se não se pode definir o que seria justo, ao menos que se defina o que é jurídico (positividade do direito) [FERRAZ JR., 1981:51²⁸].

Com a queda, já antiga, no seio da filosofia do direito, da idéia da interpretação/aplicação como um processo meramente lógico-dedutivo, restou a briga contra os tributos no âmbito político, por meio do princípio

²⁷ Sobre a crítica à noção da mente como espelho da natureza, ver RORTY [1995].

²⁸ O autor cita, nessa passagem, RADBRUCH.

democrático, pois a alegação de que toda a lei seria inconstitucional por ausência de cumprimento da exaustividade, na descrição da hipótese de antecedência, tem se tornado um argumento retórico bem desgastado.

Aqui, um pouco da ironia de JHERING parece se aplicar facilmente, já que a teoria da tipicidade e da reserva absoluta da lei tributária parece mesmo acreditar em um paraíso dos conceitos [Begriffshimmel].

A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

De tudo que foi até aqui exposto, e que mostra tão-somente a busca de um instrumental de análise do direito tributário brasileiro, ao se afastar, entretanto, de muitos *topoi*, esse artigo e seus pressupostos teóricos (Andrade, 2005), podem, porém, sofrer críticas que, entendemos, podem ser abordadas e respondidas.

A principal crítica aos pontos teóricos de partida diz respeito à questão da segurança jurídica, sobretudo quando se pensa na questão da invasão da liberdade patrimonial (em razão de uma possível relativização da legalidade ou da função e limites da própria interpretação).

Outro ponto seria a inadequação, para a descrição do fenômeno jurídico, de um modelo tão negativo e destruidor de pressupostos cognitivos racionais.

A idéia de segurança jurídica, tal como comumente é entendida, está atrelada ao modelo liberal de Estado de Direito burguês. Aqui resta a mesma pergunta apontada no item anterior: os pressupostos metodológicos adotados até agora não comprometem a segurança jurídica?

Nossa resposta será dada em duas frentes, uma jurídica e a outra filosófica (filosofia da linguagem). Tudo isso para reafirmar algo que foi dito acima: que a insegurança decorre das tensões funcionais e metodológicas do formalismo e do positivismo ou, em outras palavras, que a segurança não existia antes, a não ser como ideal liberal.

Seguiremos de perto dois artigos de Tercio Ferraz Jr. [1981 e 1995] para esboçar o que, em geral, entende-se por segurança jurídica.

Conforme já dito, o Estado Moderno liberal e burguês está baseado no primado da lei votada pelo Legislativo e pela neutralidade do Poder Judiciário, que apenas subsume o fato à lei abstrata. A segurança é assegurada, teoricamente, nas duas frentes, na existência de uma lei prévia e formal e na neutralidade do aplicador, que apenas declara o conteúdo legal, no quadro de um programa funcional, hipotético e condicional.

“Só assim é possível lidar-se, no Judiciário do estado de direito burguês, com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, como certeza e isonomia, é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos (generalidade da lei) e pela universalização dos destinatários (igualdade de todos perante a lei), aparecendo como condição ideologicamente suficiente

para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes” [FERRAZ JR, 1995:43].

Essa constatação de TERCIO FERRAZ JR. confirma nossa observação anterior, relativa à legalidade, a de que a segurança abstrata surge como forma de administração da insegurança concreta de modelos baseados na legalidade (sem referências à legitimidade e aos valores, conforme já visto)²⁹.

A questão proposta, se um modelo nos moldes pós-positivistas, que ataca as insuficiências próprias do formalismo e positivismo e se vale de um modelo de linguagem que compromete a teoria da subsunção, geraria insegurança jurídica começa já a enfraquecer-se, quando constatada a natureza meramente formal e ideológica (liberalismo) da idéia de segurança jurídica³⁰.

Com o advento do Estado Social, com a necessidade de implementação de políticas públicas, de diminuição da separação entre Estado e sociedade, a neutralidade do Poder Judiciário é posta em prova.

A liberdade a ser tutelada, até então meramente negativa (de não impedimento da vontade individual, da proteção contra o arbítrio do Estado), passa a ter conotação de uma liberdade positiva, a exigir uma

²⁹A questão relativa ao alcance de um ideal de Justiça na aplicação de um texto normativo é tão complexa que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., ao abordar o assunto, mostra várias das impossibilidades do ato de compreender as condições de verdade da predicação da justiça. Dessa forma, deslocando a questão para um campo pragmático - no qual será importante a distinção entre **defeito** e **malogro** - percebe-se uma possível predicação de norma injusta no abuso ou perversão das condições de seu uso do poder e no aniquilamento na relação sujeito-autoridade [FERRAZ JR, 1996].

³⁰EROS GRAU critica a questão da segurança jurídica baseada na idéia de que todos conhecem a lei (princípio da publicidade, que fundamentaria o brocardo *ignorantia legis neminen excusat*), sobretudo no quadro de uma inflação normativa, em que a afirmação soaria irreal [2002b:185-186].

realização da cidadania social. Daí uma expansão das funções do Executivo e do Legislativo. Porém, os direitos sociais já não se encaixam perfeitamente no modelo de previsão abstrata legal, já que eles exigem uma implementação, o que altera, inclusive, a função do Judiciário, impondo, até, uma desneutralização.

“[...] o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). Não se trata mais, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. [...] [FERRAZ JR., 1995:45]³¹.

A segurança jurídica, nesses termos, passa a ser buscada antes na tentativa de se evitar a arbitrariedade da falta de regras³², da ausência de possibilidade de discussão (possibilidade de as partes serem ouvidas) e

³¹ Uma situação interessante para ilustrar esse fato aconteceu em 2001, após o julgamento do STF sobre os índices de correção das contas do FGTS de trabalhadores nos planos Verão e Collor. Houve uma preocupação do então presidente daquela Corte, MIN. MARCO AURÉLIO, com relação ao pleno e imediato atendimento dos interesses dos trabalhadores que ingressaram com ações. Houve artigo publicado na *Folha de S. Paulo* de 01/06/2001, intitulado "Menos leis, mais compostura", no qual ele declarou que "os juizes estão vivendo um constante conflito no empenho de conciliar celeridade, eficiência e consistência jurídica nas decisões que proferem". Do ponto de visto do Executivo, houve uma lei para os trabalhadores que desistissem das ações propostas, aceitando, em decorrência, os índices legais e a forma de pagamento proposta.

A história e conhecida, em seguida houve a publicação da LC 110, criando duas novas contribuições sociais como forma de pagar a derrota judicial do Poder Executivo e a necessidade de devolver o montante de que a Caixa Econômica se valeu com a não-correção dos depósitos.

³² "A segurança jurídica, valor ao qual se vincula a legalidade, deve ser ponderada com a justiça. Como observou Tipke, o importante é que exista 'segurança diante da arbitrariedade da falta de regras' (*Sicherheit vor regelloser Willkür*), pois a 'segurança jurídica é segurança da regra' (*Rechtssicherheit ist Regelsicherheit*). Com a existência da regra está garantida a base para a afirmação do direito tributário no sentido da justiça, até porque 'lo que importa es certeza y seguridad en la justicia' [RECASENS SICHES] [LOBO TORRES, 2000b:96].

“no abuso ou perversão das condições de seu uso do poder e no aniquilamento na relação sujeito-autoridade” (FERRAZ JR, 1995).

Do ponto de vista da filosofia da linguagem, restaria, também, a mesma pergunta, esse modelo cognitivo não afeta a idéia de segurança jurídica? Não apresenta o modelo um enfoque essencialmente negativista?

O fato é que, mesmo para LUDWIG WITTGENSTEIN, pensador que sigo de perto, a filosofia não assume somente características negativas. Depende-se, nesse ponto, do uso que se faz das idéias wittgensteinianas³³.

Um aspecto positivo pode ser lembrado e resumido (como cita o próprio filósofo, em mais uma metáfora sugestiva) no êxito decorrente de uma boa arrumação de livros em uma biblioteca. Nenhum livro foi adquirido, mas haverá, entretanto, espaço para novas descobertas, para novas aquisições. Vale, citar, ainda, o parágrafo 118 das *PhU*:

“De onde nossas considerações tomam sua importância, desde que aprecem destruir tudo o que é interessante, isto é, tudo o que é grande e importante? (como em todas as construções, na medida em que deixam sobrando montes de pedra e escombros.) Mas são apenas castelos de areia que destruimos, e liberamos o fundamento da linguagem sobre o qual repousam” [*PhU*:118]³⁴.

Os aspectos negativos são observáveis nesses mesmos métodos, resta determinar qual enfoque predominará. O fato é que a terapia

³³ Sobre o duplo aspecto (positivista ou negativista) da filosofia em WITTGENSTEIN, ver HACKER [2000:14 e ss.].

³⁴ Ver [*TBT*:13, 24, 25].

conceitual pode ser útil e necessária, caso queira se romper com a tradição do representacionalismo.

“Eu queria dizer que é notável que aqueles que apenas atribuem realidade às coisas e não às nossas representações mentais se movimentam tão naturalmente no mundo das representações e nunca sintam a falta de sair dele” [TBT:30].

Diante disso, conclui-se que não se deve acusar uma teoria de gerar insegurança quando ela se propõe, apenas, a descrever uma realidade (obviamente, aqui, o termo realidade refere-se a uma realidade construída, não descoberta³⁵).

Uma teoria nesses termos, que, pretende-se, descritiva, somente trabalha em um contexto que sempre nos acompanhou, como humanos; ou seja, independente de sistematizações e classificações de momentos da interpretação (ou contextos semióticos), independente das tentativas de engessar uma metodologia jurídica com os valores que, previamente, foram eleitos superiores³⁶, o operador tem que conviver com uma incapacidade de construir a desejada segurança jurídica por meio da referibilidade dos textos normativos para conteúdos certos e preexistentes.

³⁵ Ver MATURANA [1995]; [1996] e [1999].

³⁶ Lembrar a crítica a essas eleições prévias de princípios constitucionais feita por CANOTILHO [2000:1171], em nome do Princípio da Unidade da Constituição. Sobre o Princípio da Unidade da Constituição, ver CANOTILHO [2000:1145-1147].

Tem-se aqui a difícil tarefa de se “reconstruir, por nossas próprias mãos, teias de aranha destruídas”³⁷.

Portanto, pretende-se trabalhar, aqui, com a ruptura, com o isomorfismo entre proposições (lógicas) e realidade, bem como com um campo de desenvolvimento teórico-jurídico que busque na metódica jurídica de MÜLLER, mas avançando no comprometimento com a leitura de WITTGENSTEIN (abarcando o *seguir uma regra*³⁸ e *sistema de referência [ÜG]*, um solo para a análise do direito tributário brasileiro, perquirindo, por exemplo, a tensão entre subsistema construído/formulado na estrita legalidade e pós-positivismo).

Como se trata de um subsistema (ainda que tão-somente didático, lembraria GERALDO ATALIBA) específico, peculiares poderão revelar-se os instrumentos de análise (terapia conceitual) dogmática, na qual a decomposição lógica (teoria das relações aplicada aos elementos necessários da norma jurídica estrita – que prescreve a obrigação tributária) permitirá, eventualmente, excelente redutor de complexidades.

Tanto a decomposição, quanto a norma jurídica estrita serão, no entanto, criação de modelos didáticos, descritivos (*a posteriori*) ou normativos (defesa de tese que o intérprete busca justificar), mas não conexões lógico-semânticas necessárias ou reais.

³⁷ “Neste ponto é difícil manter a cabeça erguida - ver que precisamos nos ater às coisas do pensamento cotidiano e não cair no mau caminho onde parece que descrevemos as últimas sutilezas, o que não podemos fazer com os meios que possuímos. Parece-nos como se devêssemos reconstruir com nossas mãos uma teia de aranha destruída [*PhU*, 1979:§ 105-106]”.

³⁸ No sentido de ver a aplicação da noção do *seguir uma regra* no direito, ver ANDRADE [2005:96-99]. Em outro contexto fático, ver BRIAN BIX [1993], sobretudo [1993:36-62].

O cientista terá que se conformar em cavar até os limites da pá que, por vezes, e freqüentemente, entorta³⁹. Lembrando, por fim, que a filosofia deixa tudo como está⁴⁰, e que edifica um muro no local onde a linguagem, ainda que sem ele, cessa⁴¹. Como diria WITTGENSTEIN, em seus *Remarks on the Foundations of Mathematics*:

“Thus, you say, nothing definite has been said about these steps.

Interpretation comes to an end. [BGM:342]”⁴².

³⁹ Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica [PhU, 1979:§199]. A linguagem é um instrumento. Seus conceitos são instrumentos [PhU, 1979:§69]. “Como posso seguir uma regra?” - Se isto não é uma pergunta pelas causas, é então uma pergunta pela justificação para o fato de que eu ajo segundo a regra *assim*. Se esgotei as justificações, então atingi a rocha dura e minha pá entortou. Estou então inclinado a dizer: “é assim que eu ajo” [PhU, 1979:§217]. “A existência de uma tal regularidade comportamental, por sua vez, pressupõe que haja uma técnica que tenha sido dominada, adquirindo-se esse domínio, por seu lado, com treino e adestramento e não através do estabelecimento de relações cognitivas de qualquer espécie” [ZILHÃO, 1993:173-174]. Comentando essas passagens, ver ANDRADE [2005:96-99].

⁴⁰ E é nesse sentido que o filósofo lembra que a filosofia não poderá tocar no uso efetivo da linguagem, ela somente poderá descrevê-lo, e isso *a posteriori* (a filosofia deixará tudo como está) [TBT:18].

⁴¹ “O objetivo da filosofia é edificar um muro no local onde a linguagem, mesmo sem ele, cessa” WITTGENSTEIN [TBT:27].

⁴² Porém, na seqüência desse parágrafo, WITTGENSTEIN [BGM:342-343] lembra o que pode ser considerado, hodiernamente, a questão mais atual da hermenêutica (e da teoria da argumentação):

“It is true that *anything* can be somehow justified. But the phenomenon of language is based on regularity, on agreement in action.

Here it is of the greatest importance that all or the enormous majority of us agree in certain things. I can, e.g., be quite sure that the color of this object will be called ‘green’ by far the most of the human beings who see it.

(...)

We say that, in order to communicate, people must agree with one another about the meanings of words. But the criterion for this agreement is not just agreement with reference to definitions, e.g., ostensive definitions-but *also* an agreement in judgments. It is essential for the communication that we agree in a large number of judgments”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica** – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da Norma Tributária: concreção normativa, teoria estruturante do direito e análise pragmática.** São Paulo, tese de doutoramento na USP. 2005.

BEAUD, Olivier. “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” in Carl Schmitt, **Théorie de la Constitution**, Paris: PUF, 1993. pp. 5-113.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In **Teoria da Constituição: estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp.75-150.

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy.** Oxford: Clarendon Press, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** - Lições de Filosofia do Direito, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. O Pensamento Jusfilosófico de Friedrich Müller: Fundamentos de uma Nova Hermenêutica” in **Teoria Constitucional da**

Democracia Participativa (por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Malheiros, pp. 206-215.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio ver NEVES, Antônio Castanheira.

COING, Helmut **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. Porto Alegre: SAFE. 2002.

CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição Portuguesa” in Claus Wilhelm Canaris (autor), **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1996.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 8. ed., trad. João Baptista Machado. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias”. **Revista de Direito Tributário**, n. 17/18. São Paulo, 1981. 51-56.

_____. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 9. São Paulo: Malheiros, 1995. pp. 40-48.

_____. O Discurso sobre a Justiça” in Direito e Perspectivas Jurídicas, **Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica**, n. 1. São Paulo: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/FAPESP, 1996. 13-20.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**, trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar , 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis S. **Epistemologia Jurídica e Teoria Processual do Direito e da Constituição**. Tese de Docência-Livre em Filosofia do Direito (Universidade Federal do Ceará). 1996.

HACKER, P. M. S. Wittgenstein, trad. João Vergílio Cuter. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

HECK, Phillipp. **El Problema de la Creación del Derecho**, trad. Manuel Entenza. Granada: Comares. 1999.

KAUFMANN, Erich. Critica della Filosofia Neokantiana del Diritto” in E. Kaufmann, W. Sauer & G. **Hohenauer Neokantismo e Diritto nella Lotta per Weimar.** trad. Roberto Miccú, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. pp. 5-77.

LOBO TORRES Ver TORRES, Ricardo Lobo.

MATURANA, H. **La Realidad:** Objetiva o Constroída? I. Fundamentos Biológicos de la Realidad, Barcelona: Antropos, 1995.

_____. **La Realidad:** Objetiva o Constroída? II. Fundamentos Biológicos del Conocimiento, Barcelona: Antropos, 1996.

_____. “Biologia da Linguagem: a Epistemologia da Realidade” in C. Magro & M. Graciano & N. Vaz. (orgs.). **A Ontologia da Realidade.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. pp.123-166.

_____. ; VARELA, F. **A Árvore do Conhecimento.** Campinas, Editorial Psy, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik und Politisches System –** Elemente einer Verfassungstheorie II. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

MÜLLER, Friedrich. **Richterrecht, Elemente einer Verfassungstheorie IV.** Berlin Duncker & Humblot, 198.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**, 7^a ed. Berlin Duncker & Humblot. Trad. franc., **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: PUF, 1997.

NEVES, Antônio Castanheira. "Jurisprudência dos Interesses" In: **Digesta**, v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 215-246.

NEVES, Antônio Castanheira. "Interpretação Jurídica" in **Digesta**, vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995. pp. 337-377.

NEVES, Antônio Castanheira. "Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico" in **Digesta**, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 379-421.

RORTY, Richard. **Contingência, Ironia e Solidariedade**. Lisboa: Edorial Presença, 1994.

RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. "Sistemas Constitucionais Tributários" in **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. II, t. II

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. "Legalidade Tributária e Riscos Sociais." **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, Dialética, v. 59, 2000. pp 95-112.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 2. ed. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **(BGM)Bemerkungen über die Grundlagens der Mathematik**, G. H. Wright, R. Rhees & G.E.M. Anscombe (eds.), trad. ingl. G.E.M. Anscombe, *Remarks on the Foundations of Mathematics*, 4. ed. Cambridge: MIT Press, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. (PhU). *Philophische Untersuchungen in: (Werkausgabe vol. 1., trad. bilíngüe espanhola Investigaciones Filosóficas - Alfonso García a Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 1988; trad. port., **Investigações Filosóficas**, 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995; trad. bras. José Carlos Bruni in **Os Pensadores**, 2. ed. São Paulo: Abril, 1979.*

WITTGENSTEIN, Ludwig. (TBT) “The Big Typescript (MS213) in *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 43, n. 169, pp. 175-203, trad. port. “Filosofia”, António Zilhão, in **Manuscrito - Revista Internacional de Filosofia**, Vol. XVIII - n.º 2. Campinas: Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência, Unicamp, pp. 1-37.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Über Gewissheit**, trad. port. bil. Da Certeza, Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998.

XAVIER, Alberto P. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Ed. RT, 1978.

XAVIER, Alberto P. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

ZILHÃO, António. **Linguagem da Filosofia e Filosofia da Linguagem - Estudos sobre Wittgenstein**. Lisboa: Edições Colibri. 1993.