

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ FOLLONI

CLAREIRAS E CAMINHOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO:  
CRÍTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DA OBRA DE  
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

CURITIBA  
2011

ANDRÉ FOLLONI

CLAREIRAS E CAMINHOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO:  
CRÍTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DA OBRA DE  
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universi-  
dade Federal do Paraná como requisito parcial à  
obtenção do título de Doutor em Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira

CURITIBA  
2011

## TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ PARMO FOLLONI

### CLAREIRAS E CAMINHOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO: CRÍTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO A PARTIR DA OBRA DE JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi  
Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Humberto Ávila  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. João Maurício Adeodato  
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 24 de agosto de 2011.

A José Souto Maior Borges

## AGRADECIMENTOS

A José Roberto Vieira, amigo e orientador dedicado.

A Celso Luiz Ludwig, brilhante professor de filosofia.

A James Marins e Marcelo M. Bertoldi, pela paciência, confiança e apoio.

A Maurício Antônio Pellegrino Adamowski, pela ajuda e pelo apoio.

A Alberto (*in memoriam*), Silvia, Camila e Fernando.

À Thaís.

*“Determinar até que ponto se sustentam as teorias jurídicas sob o crivo da teoria do conhecimento é algo que conferirá à jurisprudência uma dignidade teórica insuspeitada e um reconhecimento inequívoco no foro das ciências”*

José Souto Maior Borges

## RESUMO

No Brasil, em larga medida, pratica-se uma ciência do direito tributário fundada em bases epistemológicas bem definidas, influenciadas pela ciência moderna e pelo empirismo lógico, e, no direito, por HANS KELSEN e LOURIVAL VILANOVA.

Esse modelo de ciência, no entanto, sofre revisões em outros âmbitos do saber, jurídico e extrajurídico. Tais revisões decorrem de limitações inerentes ao paradigma, e, não raro, de certos efeitos nocivos que o trabalhar, cientificamente, nesse formato, acaba por gerar.

No direito tributário, é possível e proveitoso orientar a revisão dos procederes teóricos, e de suas bases metateóricas, pela obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. Os escritos do jurista pernambucano incorporam elementos críticos que fornecem os necessários caminhos de superação do estado de coisas doutrinário no direito tributário.

Para comprová-lo, esta tese parte da identificação histórica do surgimento da ciência do direito tributário no Brasil, e localiza-o em ALFREDO AUGUSTO BECKER. Em seguida, caracteriza a produção doutrinária, naquilo que afirma de si própria, e nas categorias epistemológicas em que se fundamenta.

Feita essa caracterização, a tese passa a demonstrar as críticas de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES aos procedimentos doutrinários, expondo as clareiras de pensamento e os caminhos de superação que permite construir.

Por fim, pretendendo ir além de SOUTO sem sair de SOUTO, a tese explora caminhos filosóficos e epistemológicos que dele partem, na busca de categorias de pensamento suscetíveis de fornecer um discurso prévio de fundamentação para um posterior desenvolvimento da ciência do direito tributário em bases sólidas e complexas.

## ABSTRACT

In Brazil we practice a tax law science that is founded in some well defined epistemological basis, influenced by modern science, logical empiricism and two law philosophers: HANS KELSEN and LOURIVAL VILANOVA.

However, this science model is suffering revisions in other circuits of knowledge, in and out law. These revisions are caused by limitations of this paradigm, and, sometimes, harmful effect it causes

In tax law, it is possible and useful to use JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES work to guide this revision. His scripts has critical elements that provides the ways of overcoming the way that the tax law doctrine work.

To prove it, this thesis begins by identifying the beginning of the tax law science in Brazil, with ALFREDO AUGUSTO BECKER. Then, characterizes the doctrine production, what it says about itself, end the epistemological category it is founded.

Next point, the thesis exposes JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES's critics to the doctrinal procedures, and the way it is able to open minds and to develop ways of overcoming.

In the end, pretending to go beyond SOUTO without leaving SOUTO, the thesis explores philosophical and epistemological ways that begins with him, searching for thoughts categories able to provide a preparatory speech with reasons for a later development of the tax law science in solid and complex basis.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>CAPÍTULO I – COMPREENSÃO: HERMENÊUTICA HISTÓRICA E INSERÇÃO PARADIGMÁTICA .....</b>	<b>24</b>
<b>1 HERMENÊUTICA HISTÓRICA.....</b>	<b>24</b>
1.1 A hermenêutica histórica e a <i>Teoria geral do direito tributário</i> .....	24
1.2 As circunstâncias históricas da origem do direito tributário científico-dogmático no Brasil ....	31
1.2.1 A inexistência do “direito tributário” enquanto ciência.....	31
1.2.2 A inexistência do “direito tributário” enquanto corpo legislado sistematizado.....	36
1.3 ALFREDO AUGUSTO BECKER: a revolução beckeriana.....	49
1.3.1 Os principais problemas percebidos por ALFREDO AUGUSTO BECKER.....	49
1.3.2 As principais propostas de ALFREDO AUGUSTO BECKER.....	53
1.4 A ciência do direito tributário segundo os tributaristas .....	64
1.4.1 Introdução: o momento pós-BECKER .....	64
1.4.2 O objeto: o direito tributário positivo <i>hic et nunc</i> .....	65
1.4.3 O trabalho: a descrição do objeto em metalinguagem rigorosa.....	69
1.4.4 O pressuposto: dualismo entre direito positivo e ciência do direito .....	73
1.4.5 O método: nenhuma consideração não jurídico-normativa .....	76
1.4.6 O apoio: a teoria geral do direito .....	77
1.4.7 O resultado: estudo rigorosamente jurídico e científico .....	80
1.5 Primeiro balanço parcial .....	81
<b>2 INSERÇÃO PARADIGMÁTICA.....</b>	<b>87</b>
2.1 Introdução .....	87
2.2 FRANCIS BACON: ciência útil e dominadora .....	91
2.2.1 A superação da tradição grega.....	91
2.2.2 O domínio da natureza: saber é poder .....	95
2.2.3 O empirismo: a derrubada dos ídolos mediante método, experiência e indução .....	98
2.3 RENÉ DESCARTES: o solipsismo lógico-matemático do cogito .....	103
2.3.1 A confiança na razão solipsista.....	103
2.3.2 A dúvida sistemática.....	107
2.3.3 A racionalidade lógico-matemática em superação ao fundamento metafísico .....	109
2.3.4 A redução de complexidades .....	116
2.4 O positivismo lógico .....	119
2.5 HANS KELSEN: razão e volição .....	126
2.5.1 A influência do kelsenismo .....	126
2.5.2 O dualismo entre ser e dever-ser: a razão e a vontade.....	132
2.6 LOURIVAL VILANOVA: fenomenologia husserliana e formas lógicas .....	146
2.7 Segundo balanço parcial .....	151

<b>CAPÍTULO II – CRÍTICA: CLAREIRAS E CAMINHOS SOUTIANOS .....</b>	<b>155</b>
<b>3 CLAREIRAS SOUTIANAS .....</b>	<b>155</b>
3.1 Introdução .....	155
3.2 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES no início: definição da disciplina, de seus conceitos fundamentais e de seus métodos .....	157
3.2.1 <i>Iniciação ao direito financeiro</i> (1966); <i>Introdução ao direito financeiro</i> (2. <sup>a</sup> ed., 1998) .....	157
3.2.2 <i>A reforma do sistema tributário nacional: Emenda Constitucional n. 18</i> (1967) .....	160
3.2.3 <i>Isenções tributárias</i> (1969; segunda edição, 1980) .....	161
3.2.4 <i>Imposto sobre serviços</i> (1974).....	166
3.3 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, o desenvolvimento da disciplina e o aprofundamento teórico.....	167
3.3.1 <i>Lei complementar tributária</i> (1975) .....	167
3.3.2 <i>Direito tributário moderno</i> (coord., 1977) .....	170
3.3.3 <i>Lançamento tributário</i> (1981) .....	171
3.4 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, o impasse e as clareiras: <i>Obrigação tributária (uma introdução metodológica)</i> (1984) .....	173
3.4.1 A obra .....	173
3.4.2 A tendência para o repetitivo e a reflexão epistemológica .....	176
3.4.3 A preocupação de rigor terminológico e seus problemas .....	179
3.4.3.1 As questões de palavras .....	179
3.4.3.2 A babel terminológica.....	182
3.4.3.3 A simbologia e a abstração .....	190
3.4.3.4 A funcionalidade da ciência do direito .....	193
3.4.4 O empirismo e o controle da racionalidade do argumento científico .....	198
3.4.5 O estatuto científico da teoria geral do direito.....	209
3.5 Para além de SOUTO, sem sair de SOUTO: a prescritividade das proposições descritivas ...	219
3.6 Terceiro balanço parcial.....	230
<b>4 DAS CLAREIRAS AOS CAMINHOS SOUTIANOS .....</b>	<b>232</b>
4.1 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e a <i>Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos</i> (1994) .....	232
4.1.1 A obra .....	232
4.1.2 Erro, liberdade e autonomia de pensamento .....	234
4.1.3 A razão instrumental.....	246
4.1.4 A filosofia no discurso científico.....	252
4.2 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e os três caminhos de superação .....	255
4.2.1 Introdução.....	255
4.2.2 A superação da racionalidade exclusivamente sintático-semântica: <i>O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)</i> (1996) .....	256
4.2.3 A superação dos dualismos: <i>Teoria geral da isenção tributária</i> (2001) .....	270
4.2.4 A superação do reducionismo metodológico: <i>Curso de direito comunitário</i> (2005) .....	277
4.3 Para além de SOUTO, sem sair de SOUTO: crítica à doutrina do dualismo entre fato e evento .....	281
4.3.1 O dualismo e suas bases teóricas: PONTES, VILANOVA, STRAWSON e HABERMAS .....	281
4.3.2 O sistema de referência do dualismo e suas críticas .....	290
4.3.3 A inexistência de relevância jurídica sem “norma individual e concreta” e sua crítica ...	297
4.3.4 A “norma individual e concreta” produzida pelo sujeito passivo como argumento <i>ad hoc</i> .....	306
4.3.5 O excesso de formalismo, a babel terminológica e sua crítica .....	310
4.3.6 A inadequação pragmática do dualismo .....	315
4.3.7 A relativização do dualismo .....	318
4.4 Quarto balanço parcial .....	319

<b>CAPÍTULO III – PERSPECTIVAS: FILOSOFIA E EPISTEMOLOGIA</b> .....	323
<b>5 A FILOSOFIA E A SUPERAÇÃO DO DUALISMO ENTRE RAZÃO E VONTADE</b> .....	323
5.1 O dualismo como obstáculo epistemológico.....	323
5.2 FRIEDRICH NIETZSCHE: vontade e metafísica .....	332
5.2.1 Introdução: o novo no direito tributário.....	332
5.2.2 A vontade e o sujeito .....	334
5.2.3 A vontade de verdade .....	341
5.2.4 A destruição da metafísica: o platonismo invertido.....	346
5.2 MARTIN HEIDEGGER: verdade e linguagem.....	369
5.2.1 O ser e a diferença ontológica .....	369
5.2.2 O <i>Dasein</i> .....	373
5.2.3 A verdade do ser e a linguagem.....	378
5.2.4 O abismo.....	381
5.3 KARL-OTTO APEL: razão e pragmática.....	386
5.3.1 Introdução.....	386
5.3.2 A tarefa da filosofia .....	387
5.3.3 A fundamentação última linguístico-pragmática.....	393
5.3.4 A argumentação científica .....	404
5.3.5 Razão e decisão .....	411
5.4 Quinto balanço parcial .....	415
<b>6 A EPISTEMOLOGIA E A SUPERAÇÃO DO REDUCIONISMO</b> .....	418
6.1 Em que se funda a complexidade.....	418
6.1.1 O que é complexidade .....	418
6.1.2 A necessidade do pensar em complexidade: a Terra Pátria.....	429
6.1.3 A simplificação: idealização e racionalização .....	433
6.1.4 A reflexividade epistemológica e a simplificação impregnada .....	443
6.1.5 A complexidade do real e a ignorância do especialista .....	449
6.2 Categorias para uma ciência complexa .....	456
6.2.1 Auto-eco-organização.....	456
6.2.2 Recursividade, dialogia e princípio hologramático .....	463
6.2.3 Individualidade e diversidade .....	471
6.2.4 Acontecimento e ecologia da ação .....	475
6.3 Complexidade no estudo do direito tributário.....	478
6.3.1 Níveis de complexidade.....	478
6.3.2 Dentro do direito tributário, para além da norma individualizada.....	482
6.3.3 Dentro do direito interno, para além do tributário .....	484
6.3.4 Dentro do direito, para além do ordenamento jurídico .....	488
6.3.5 Para além da ciência jurídica, dentro da ciência.....	491
6.3.6 Para além da ciência, dentro do conhecimento racional .....	499
6.3.7 Para além do conhecimento racional .....	504
6.4 Ciência complexa normativa e positiva: retorno a SOUTO.....	507
6.4.1 Os diferentes âmbitos de ação .....	507
6.4.2 Complexidade na ciência normativa.....	512
6.4.3 Complexidade na ciência positiva .....	517
6.5 Sexto balanço parcial .....	520
<b>CONCLUSÃO: CIÊNCIA E ARTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO</b> .....	525
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	536

## INTRODUÇÃO

*“O verdadeiro cientista, por mais especializado que seja, deve ser um amador. Necessita amar o seu objeto de estudo”<sup>1</sup>*

**A ciência do direito tributário brasileira, em boa medida, é construída sobre bases irreais.** Costuma falar de realidades inexistentes senão nela própria, em um discurso autorreferente, sem preocupações semânticas, de referibilidade empírica, nem pragmáticas, de sustentabilidade de seus efeitos. É ciosa de seu autoconhecimento, mas não recebe, adequadamente, os influxos da filosofia e da epistemologia contemporâneas. Acaba, muitas vezes, por fechar-se em uma metafísica conceitual. Não se deixa falsear, refugiando-se em abstrações insuscetíveis de crítica. Deixa de enfrentar problemas jurídicos concretos, por adotar o dogma segundo o qual a ciência não pode falar sobre aquilo que, concretamente, deve ser. Dirige seu olhar exclusivamente para a norma jurídica – mas, em seu lugar, elege uma fórmula simbólica. A continuar assim, o direito tributário terá limitada possibilidade de contribuir com a melhoria das condições concretas de vida na sociedade brasileira. Por isso, é preciso referir e superar esse modo de trabalho. É necessário lembrar FRIEDRICH NIETZSCHE, que abriu certo escrito assim: *“Devemos falar apenas do que não podemos calar...”*<sup>2</sup>. E, quanto a tudo isso, é preciso falar.

**O antídoto contra esse proceder está na obra do jurista, filósofo e tributarista recifense JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.** Suas construções, além de criticarem, possibilitam, em seu conjunto, vias de superação da metodologia adotada pela ciência do direito tributário no Brasil. O projeto da dogmática tributarista não tem tido todo o sucesso pretendido; hoje, isso é claro. Mas os caminhos que se apresentam, co-

<sup>1</sup> **Ciência feliz:** sobre o mundo jurídico e outros mundos, p. 70; **Ciência feliz**, 2. ed., p. 92; **Ciência feliz**, 3. ed., p. 86. Todas as epígrafes desta tese são de textos de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.

<sup>2</sup> **Humano, demasiado humano:** um livro para espíritos livres, v. 2, p. 7 – esse volume 2 é integrado por dois textos originalmente, publicados em separado. O primeiro, *Vermischte Meinungen und Sprüche* (Opiniões e sentenças diversas), de 1879, e o segundo, *Der Wanderer und sein Schatten* (O andarilho e sua sombra), de 1880. Ambos foram reunidos, e lançados como volume 2 de Humano, demasiado humano, em seguida. Nesta tese, optou-se por referir o título original e a data dos livros publicados no exterior, sempre que isso for considerado interessante para melhor situar a fonte, no tempo e no espaço. Nos casos em que ao título, no original, não corresponde uma tradução razoavelmente próxima da versão em português, ou simplesmente não aparece nessa versão, também fez-se tradução, salvo quando ela pareceu desnecessária, pela proximidade dos idiomas, como o espanhol. Nos casos em que a data da publicação original é a mesma, ou muito próxima, da data da edição consultada, não foi feita nenhuma observação.

mo alternativas, estão abertos pelo mestre recifense. Basta segui-los até onde for intelectualmente possível. No direito tributário brasileiro, não há qualquer dúvida de que a voz mais incômoda, que há décadas ressoa como a mais desconcertante e desafiadora inquietude epistemológica, tem sotaque recifense. Vem da Faculdade de Direito do Recife, embora ela ecoe também da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Trata-se da voz forte, incisiva e rigorosa, mas também animada e amiga, de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.

No direito tributário brasileiro, **não há representação maior de inquietude intelectual**. Mestre SOUTO atua, nessa área do conhecimento, com notável competência. Concomitantemente, não admite nela se confinar, aventurando-se por muitas outras áreas com, igualmente, impressionante desenvoltura. Dedicar-se, intensamente, ao estudo do direito tributário, desde os “tempos heroicos”. Já há muito, todavia, não aceita a ignorância em relação a outros saberes, não se deixando enclausurar no direito tributário, sequer no direito. Além disso, não tolera estagnações teóricas<sup>3</sup>.

Essa personalidade lhe permite, há tempos, **denunciar, incessantemente, o malogro do projeto científico-jurídico-tributário brasileiro e abrir as vias de sua superação**. Se o direito tributário, num dado período, precisou fixar suas premissas e determinar seu método, lá estava JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, contribuindo nessa difícil empreitada. Se o direito tributário, num momento posterior, mesmo diante do esgotamento das premissas e dos métodos antes estabelecidos, e da incapacidade dessa ciência, assim concebida, de resolver os problemas a que se propôs, mantém-se inanimado, aí está JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES atacando o imobilismo e mostrando outras possibilidades. Se o estudo do direito tributário não pode ser feito satisfatoriamente sem que se estude outros campos, no direito ou fora dele, assumindo-se a complexidade em lugar de reduzi-la, é SOUTO, dentre os tributaristas brasileiros, aquele que produz mais e com maior qualidade em outras áreas do conhecimento. Se voltar-se sobre o que está posto é pouco, na vida do jurista, e ele deve preocupar-se com o devir, e com a pessoa que suportará esse vir a ser, o mestre assume essa preocupação e a en-

---

<sup>3</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Palavras de apresentação à 2.º edição, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 10; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 14; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, afinal, a Constituição cria tributos!, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), *Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*, p. 595-601.

frenta. Por isso, se alguém se propõe a fazer uma análise da evolução histórica do direito tributário, compreender suas origens, seus projetos, suas conquistas e suas falhas, e, a partir da atualidade, projetar criticamente perspectivas de reforma e progresso, não encontrará, senão em mestre SOUTO, um guia adequado.

**Sua trajetória intelectual comprova sua proximidade originária e seu paulatino distanciamento dos modos de trabalhar da doutrina tributarista.** Pareceu preciso debruçar-se sobre a difícil e dispersa legislação tributária brasileira para determinar, com exatidão, o objeto de estudo, num expediente de redução de complexidades ? JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES participa dessa construção, com publicações como *Introdução ao direito financeiro* e *Isenções tributárias*. O aprofundamento do estudo, com instrumentos metodológicos consistentes, mostrava-se necessário aos estudiosos de então ? O professor pernambucano contribuía com o rigor metodológico, lançando *Lei complementar tributária* e *Lançamento tributário*. A metodologia adotada, no entanto, levava a doutrina a incorrer em descaminhos teóricos despercebidos ? Coube a mestre SOUTO abrir-lhe os olhos com o pequeno-enorme livro *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. Os sinais de cansaço e equívoco eram fortes e a reflexão filosófica precisava ir ainda mais longe, alcançando, além da epistemologia, áreas como a filosofia, a ética e a pedagogia ? O mesmo autor publicou *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*, coletânea de textos que refletem sobre temas variados. Enquanto os demais trabalhavam no mesmo método descritivo e aprofundavam-se, cada vez mais, no estudo sintático-semântico do direito tributário, alguém percebeu sua insuficiência e buscou uma via em direção à pragmática ? JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES o fez, e publicou *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. Há como se dar por satisfeito e requerer aposentadoria, com altos vencimentos, em razão dos vultosos serviços prestados à intelectualidade jurídica e extrajurídica ? Evidentemente que não, e SOUTO passa a se dedicar à sua hermenêutica histórica e à superação dos dualismos, matéria da *Teoria geral da isenção tributária*. O mundo não cessa de se transformar, e o estudioso do direito precisa estar atento às novas possibilidades, que transcendem inclusive o ordenamento jurídico nacional e internacional, para compreender laços mais amplos ? Surge um consistente, inovador e precursor *Curso de direito comunitário*. Toda essa busca por novos cami-

nhos implica o abandono do que foi preteritamente construído ? As reedições de suas obras clássicas, *Lançamento e Obrigação*, além da *Ciência feliz*, demonstram não haver, necessariamente, abandono. Daí, o acerto da percepção de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO: o desiderato de SOUTO é, permanentemente, suscitar dúvidas. Daí, a correção de WAGNER BALERA, ao falar de sua inconformidade diante da mesmice, sua inquietude, e seu interesse em romper com tradições imobilistas, caracterizando-o como um defensor da liberdade<sup>4</sup>.

Não seria de se lhe esperar outra coisa, porque **mestre SOUTO, já disse ALFREDO AUGUSTO BECKER, não se esconde nem se fantasia**: “*Esse homem tem existência real. Esse homem é único e insubstituível. Esse homem não é de papel, não usa máscara nem representa ninguém. Por onde caminha, ele deixa suas pegadas profundas no deserto deste mundo, e nenhum vento as apagará*”<sup>5</sup>. JOSÉ ROBERTO VEIRA já afirmou que SOUTO, que considera figura humana única e grandiosa, marcado pela criatividade e pela fidelidade, esteve sempre “*...prestando contas exclusivamente diante do altar de sua própria consciência científica, e podendo, assim, manter-se plenamente fiel ao caminho do seu coração e ao experimento de felicidade que constitui sua entrega à ciência*”; manteve-se sempre “*...absolutamente leal à sua própria consciência, sem quaisquer concessões de circunstâncias*, numa atitude de legítimo mestre...”<sup>6</sup>. Suas pegadas são o motivo, o impulso e o guia desta tese.

**Mesmo em todas essas evoluções, em muitos momentos, SOUTO raramente abandona seus passos anteriores: ele os supera.** Superar não é abandonar – pelo menos não no sentido que SOUTO busca em HEGEL: “*O idioma alemão oferta terminologia que contempla essa característica: suprimir preservando é Aufhebung, aufheben*”<sup>7</sup>. Sobre isso, diz SOUTO que superar “*...não significa renegar o passado recente, apagar-lhe os sulcos deixados nos caminhos, abandonar as trilhas percorridas. Superação que se não confunde sequer com o passo à frente, porque somente é*

<sup>4</sup> Cf. SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, Teoria geral da obrigação tributária; WAGNER BALERA, As obrigações tributárias como unidade; ambas in HELENO TÔRRES (coord.), **Teoria...**, *op. cit.*, p. 239 e 281, 282, 293, respectivamente.

<sup>5</sup> **Carnaval tributário**, p. 37; **Carnaval tributário**, 2. ed., p. 59.

<sup>6</sup> E, afinal..., *op. cit.*, p. 601, 602, 641.

<sup>7</sup> **Curso de direito comunitário**: instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e MERCOSUL, p. 265. A segunda edição da obra é acrescida do capítulo XXIV, intitulado *Tratado da Constituição Europeia*. Não há outras alterações, nem nos números de páginas dos trechos aqui citados.

*possível com a mirada retrospectiva, o passo atrás...”*<sup>8</sup>. Ao apresentar sua hermenêutica histórica, diz dela, SOUTO, tendo em vista outros métodos de interpretação do direito: “*Propõe-se um novo... não o único, correto e verdadeiro. Não aspira... substituir os outros..., mas conviver com eles como um instrumento valioso para o progresso da ciência do Direito Tributário*”<sup>9</sup>. Nenhum abandono, portanto: um incremento.

**Os caminhos de mestre SOUTO passam ao lado dos caminhos de seus colegas, na escola de direito tributário da PUC/SP.** Essa referência à “escola” é comum: ROQUE CARRAZZA e EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM referem-se a ela, e valem-se desse termo<sup>10</sup>. Porém, pensar em “escola” é um problema, se isso leva à inclusão de juristas diferentes em determinado estilo de pensar. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, PAULO DE BARROS CARVALHO, ROQUE CARRAZZA e JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, por exemplo, são autores diferentes, em seus estilos e métodos, e são, contudo, todos expoentes dessa escola de direito tributário. SOUTO foi integrante originário dessa escola. Diz, a respeito:

Recordo, com as asas da nostalgia em vôo e da saudade, os primeiros anos da década de 70, quando ia freqüentemente participar dos seminários, ocasião de discussões acaloradas sobre Direito Tributário, com temas e metodologia inovadores e até então desconsiderados por mim. Dispensava invariavelmente o transporte antes de chegar no prédio da Faculdade de Direito, na rua Monte Alegre, e emprendia a pé uma pequena caminhada, com pausa na capelinha, onde me tranqüilizava, em breve retiro espiritual, antes de enfrentar os embates intelectuais em seminários intermináveis<sup>11</sup>.

Há boas publicações, com notas taquigráficas de debates ocorridos na PUC/SP, naquele período histórico, notadamente em seus famosos cursos de especialização<sup>12</sup>. O

<sup>8</sup> **O contraditório no processo judicial:** uma visão dialética, p. 13. Sobre o termo, veja-se o que diz PAULO CÉSAR DE SOUZA: “*O verbo aufheben significa primariamente ‘levantar, pegar (algo do chão)’, e também ‘conservar, guardar’ ou ‘cancelar, abolir, acabar’.* Com base na riqueza de sentidos do termo, Hegel o elaborou e transformou em conceito filosófico – prática comum na filosofia de língua alemã” – Nota do tradutor, in FRIEDRICH NIETZSCHE, **Genealogia da moral:** uma polêmica, p. 156.

<sup>9</sup> **Hermenêutica histórica no direito tributário,** *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 31, 2000, p. 116; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 138.

<sup>10</sup> ROQUE ANTONIO CARRAZZA, Prefácio, in RENATO LOPES BECHO. **Sujeição passiva e responsabilidade tributária**, p. 11; EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM, Antelóquio, in ALEXANDRE BARROS CASTRO, **Processo tributário:** teoria e prática, p. XXI.

<sup>11</sup> Prefácio, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Tratado de direito constitucional tributário:** estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, p. XX.

<sup>12</sup> Exemplificativamente: JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Imposto sobre serviços:** exposição e debates: notas taquigráficas de seminário realizado em 29-10-73 na PUC/SP; RUBENS GOMES DE SOUSA *et al.*, **Questões tributárias:** notas taquigráficas de debates travados na PUC/SP; BERNARDO RIBEIRO DE MORAES *et al.*, **Interpretação no direito tributário:** aulas e debates em assembléia do II Curso de



clima era de **uma comunidade científica em pleno funcionamento**, como relata SOUTO:

A Faculdade de Direito da PUC-SP era então um caldeirão em efervescência. Uma revolução na dogmática do Direito Tributário partia da rua Monte Alegre. Até hoje, ainda participo, como convidado, dos Cursos de Especialização em Direito Tributário. Até hoje, ainda ressoam, em minha lembrança, o ruído e o ritmo dos meus próprios passos nas imediações da Faculdade de Direito, me preparando psicologicamente para enfrentar o plenário, antes que nela penetrasse.<sup>13</sup>

É, sem dúvida, a partir do trabalho nessa escola que mestre SOUTO iniciou e desenvolveu seu pensamento jurídico. Talvez por isso, **é essa a escola que o autor considera, quase exclusivamente, ao desenvolver seus trabalhos doutrinários**. Suas críticas éticas, epistemológicas e metodológicas, que são objeto desta tese, voltam-se, notadamente, à forma de trabalho doutrinário de sua escola. Na mesma esteira, esta tese baseia-se nas obras científicas dos estudiosos de direito tributário que pertencem à mesma escola de SOUTO, incluído aí ele próprio, enquanto campo empírico de verificação de suas hipóteses. Essas obras revelarão a existência – de resto, notória – de um direito tributário que indica como modelo de produção científica a ciência moderna, o neopositivismo lógico do Círculo de Viena, a redução de complexidades e o dualismo entre ser e dever-ser, trabalhando de forma idealista e racionalizadora. Revelarão também as dificuldades e aporias que esse método implica, e a urgência de sua superação. Centrada que está no jurista pernambucano, a tese comumente fará menção ao “direito tributário brasileiro”, ou à “doutrina tributarista brasileira”, tendo em foco **o tipo específico de estudo jurídico-tributário praticado por seus pares, na escola a que se conecta**, referindo a parte como se fosse o todo; mas, sem tentar – longe disso – significar o todo, em uma espécie de metonímia às avessas, pela qual, desde logo, roga-se a

---

Especialização em direito tributário, promovido pela PUC/SP, no segundo semestre de 1971, sob a coordenação do Prof. Geraldo Ataliba; GERALDO ATALIBA (coord.), **Elementos de direito tributário**: notas taquigráficas do III curso de especialização em direito tributário, realizado na PUC/SP. Sobre esses cursos e a influência, neles, do pensamento de BECKER, cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Alfredo Augusto Becker, *in* DEJALMA DE CAMPOS (coord.), **Tributo a Alfredo Augusto Becker**, p. 26.

<sup>13</sup> **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 174; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 223.

condescendência do leitor. Tal recurso, contudo, é justificado pela recorrência com que a crítica soutiana se volta, e quase exclusivamente, à sua própria escola<sup>14</sup>.

Embora ligado à escola, mestre SOUTO prega a ampliação de horizontes e a humildade para redirecionar caminhos. E o pratica, **ensinando tanto com suas palavras quanto pelo exemplo de sua própria trajetória intelectual**. São-lhe aplicáveis suas próprias palavras a respeito de CHE GUEVARA, que teria ensinado com a vida e o exemplo, não com teorias criadas em gabinetes de trabalho. Os juristas reais, diz, referindo-se a LOURIVAL VILANOVA, sobre ensinarem com palavras, fazem-no mais com o exemplo da própria vida<sup>15</sup>.

Se SOUTO é alguém que não se confina no direito tributário, nem se mantém imóvel diante do pensamento, então, certamente, **não é mestre que permita que seus discípulos o sigam, abrindo mão de buscar seus próprios caminhos, para além do dele**. O autor repudia a habilidade de apenas reproduzir pensamentos alheios, e a disposição de ser mero depositário da doutrina estabelecida<sup>16</sup>. Ele conhece a advertência de ALFREDO AUGUSTO BECKER, segundo a qual o desejo de fidelidade ao mestre induz à traição da verdade<sup>17</sup>. E não se deixa aprisionar por seus próprios mestres, andando, frequentemente, em sentido contrário à doutrina estabelecida, ainda que dominante. SOUTO não quer imitadores<sup>18</sup>. Não quer um discípulo indesejado, como aquele pensado por NIETZSCHE:

*Discípulos indesejados.* – Que devo fazer com esses dois jovens? gritou, com mau humor, um filósofo que “corrompia” a juventude, como Sócrates uma vez a corrompeu – eles não são alunos bem-vindos. Esse não sabe dizer “não”, e aquele diz tudo “meio a meio”. Supondo que entendessem minha doutrina, o primeiro *sofreria* demais, pois meu modo de pensar requer uma alma guerreira, um querer-fazer-mal, um prazer em dizer “não”, uma pele

<sup>14</sup> Talvez, por isso, poder-se-ia dizer, desta tese, que, “...quando ingressou no mundo jurídico..., não foi no mundo das normas, mas no dos juristas...”; como escreve JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES a respeito do *Carnaval tributário*, de ALFREDO AUGUSTO BECKER – *Ciência...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 92; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 149; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 128, 202. É de se recordar, aqui, ROQUE ANTONIO CARRAZZA, que registra se inspirar “...no modelo de vida deste homem privilegiado...” – A imunidade tributária das fundações de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas ao apoio ao ensino, à pesquisa e à prestação de serviços à comunidade, in HELENO TÔRRES (coord.), *Teoria...*, *op. cit.*, p. 765.

<sup>16</sup> Cf. Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, p. XXXVII.

<sup>17</sup> Cf. *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 90; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 111.

<sup>18</sup> “Imitadores. – A: ‘Como? Você não quer imitadores?’”. B: “Não quero que façam conforme o meu exemplo; quero que cada um faça seu próprio exemplo, como eu”. A: “Ah, é assim – ?” – NIETZSCHE, *A gaia ciência*, tradução de Paulo César de Souza, p. 183 – originalmente, publicada como *Die fröhliche Wissenschaft: la gaya scienza*, em 1882, e republicada, cinco anos depois, em segunda edição ampliada.

dura – ele lentamente morreria de feridas abertas e internas. O outro fará um compromisso de toda causa que sustentar, de tal forma que a comprometerá – um discípulo assim eu desejo a meus inimigos<sup>19</sup>.

Ao contrário: SOUTO não se satisfaria senão com um discípulo como o outro nietzschiano, aquele que disse ao inovador: “*Mas eu acredito em sua causa e a considero tão forte, que direi tudo, tudo o que tenho no coração contra ela!*”; a que o inovador, soutianamente, respondeu: “*Essa espécie de discípulos... é a melhor que há, mas é perigosa e nem toda espécie de doutrina pode suportá-la*”<sup>20</sup>. A de SOUTO, pode. Não tentar assumir o papel desse discípulo seria deixar de ser soutiano. Por isso, **cabe perfeitamente a SOUTO a qualificação “mestre”**, que é, aqui, tomada de empréstimo dos trabalhos de PAULO DE BARROS CARVALHO e de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que utilizam a forma “mestre Souto”<sup>21</sup>. E este último deixa claro não aceitar a utilização do qualificativo “mestre” despreocupadamente. Mestre, explica VIEIRA, não é somente quem ensina, mas é quem fornece a seus discípulos o arsenal de conhecimentos suficientes para lograrem sua maioria intelectual, para que não sofram da satelitização da inteligência, para que, inclusive e principalmente, dele se afastem<sup>22</sup>. O mestre não aprisiona; liberta. É como o gênio de NIETZSCHE: “*Um gênio não é nada se ele não nos leva para cima e não nos torna livres...*”<sup>23</sup>.

Pretende-se, nesta tese, denunciar como equivocados e danosos certos modos de trabalho adotados pela dogmática contemporânea, **seguindo e levando adiante as críticas de mestre SOUTO**. Essa pretensão, porém, não inclui abandonar o estudo do direito que se volta ao direito posto. Ao contrário: a tese vê no direito concreto um limite argumentativo. Acata-se a lição soutiana, a respeito da inutilidade de um conhecimento teórico universal, se o cientista é incapaz de interpretar adequadamente o ordenamento jurídico: a norma posta, afinal, é, invariavelmente, o ponto de partida e de

<sup>19</sup> Esse é o aforismo 32 de **A gaia ciência**, tradução de Paulo César de Souza, p. 80.

<sup>20</sup> Trechos do aforismo 106 de **A gaia ciência**, tradução de Paulo César de Souza, p. 132. O próprio NIETZSCHE conta ter sido um desses discípulos: “...*nisso eu tinha de me defrontar sobretudo com o meu grande mestre Schopenhauer...*” – **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 11 – originalmente, publicada como *Zur Genealogie der Moral: Eine Streitschrift*, em 1887.

<sup>21</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Palavras de apresentação à 2.º edição, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 10; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 14; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, *afinal...*, *op. cit.*, p. 641.

<sup>22</sup> Cf. Crédito de IPI relativo a operações anteriores beneficiadas: maiô completo ou completa nudez?, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso de especialização em direito tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho, p. 713.

<sup>23</sup> **Escritos sobre política**: as ideologias e o aristocratismo, v. 1, p. 288.

referência dos estudos do direito<sup>24</sup>. Não sendo feita com fundamento na norma, a pesquisa teórica, no direito, será feita com fundamento em outras pesquisas teóricas. E, no limite, o estudioso perde-se, indo de teoria a teoria, esquecendo-se do ordenamento jurídico. Daí a necessidade epistemológica, que jamais deve ser diminuída em sua importância nem em sua abrangência, de sempre se levar o direito positivo em consideração. Sob o ponto de vista epistêmico, é muito forte a afirmação segundo a qual a proposta doutrinária deve ser sempre contrastada com o direito positivo. Quando o trabalho é descritivo, por exemplo, é essencial examinar o ordenamento em busca da confirmação – ou refutação – da hipótese teórica<sup>25</sup>. E, passando do plano epistemológico, aceita-se que aquilo que é juridicamente lícito não se pode tornar juridicamente ilícito por obra doutrinária e vice-versa. O cientista, por mais crítico que possa ser, não é legislador. Não consta tenha legitimidade popular para obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. No caminho da complexidade, que aqui é considerado como imposição epistêmica contemporânea, em nenhum momento se pretenderá infirmar essa exigência. Mesmo porque deve ser feita, ainda aqui, reverência à lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “*Não há marco zero para o pensamento humano... Por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela se insurge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico*”<sup>26</sup>. E, como que em uma conclusão parcial: “*Por esses motivos, a revolução científica não importa ruptura absoluta e total com a tradição científica*”<sup>27</sup>. Do que ele afirma, em relação ao jurídico, é de se afirmar, em relação ao conhecimento científico no direito: “*Trata-se pois de simplesmente assumir outra direção na busca de um estilo mais originário de pensar o jurídico*”<sup>28</sup>. Pretende-se um passo à frente, trazendo junto o pé que estava atrás – passo esse que só é possível, precisamente, porque o pé anterior chegara onde estava. Como diz MARTIN HEIDEGGER, em outro contexto:

<sup>24</sup> Cf. **Lançamento tributário**, p. XV; **Lançamento tributário**, 2. ed., p. 33; **Ciência...**, *op. cit.*, p. 114.

<sup>25</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 149.

<sup>26</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 9.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 10. Em física, explica, a respeito disso, GASTON BACHELARD: “*O próprio Émile Borel mostrou que a mecânica clássica, a mecânica ‘morta’, continuava sendo uma cultura indispensável para o estudo das mecânicas contemporâneas (relativista, quântica, ondulatória)*” – **Epistemologia**, p. 16 – originalmente, publicado, postumamente, como *Epistémologie*, em 1971.

<sup>28</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 13.

A consumação da metafísica como preenchimento essencial da modernidade só é um fim porque o seu fundamento histórico já é a passagem para outro início. Esse outro início, porém, não salta para fora da história do primeiro, mas retorna ao fundamento do primeiro início e assume com esse retorno uma outra constância... A passagem não é progresso, nem tampouco o escorregar a partir do que se tinha até aqui em direção a algo novo. A passagem é o sem-transição porque ela pertence à decisão da inicialidade do início<sup>29</sup>.

Se há aspectos do trabalho doutrinário que merecem ser abandonados, como a idealização, a racionalização e a submissão à normalização e à impregnação intelectual, outros precisam ser superados: é o caso da redução de complexidades, que, agora, precisa ser superada por um trabalho que assuma e enfrente essas mesmas complexidades, e da exclusividade de análise sintático-semântica, que demanda incremento com a consideração do plano pragmático.

A dimensão estética do saber jurídico-científico, ou a cientificidade da arte jurídica – essa dialética aponta o caminho a seguir. Não é um caminho fácil, nem mesmo iluminado com luzes fortes e claras, que permitam a segurança da visão de seu termo ou de seus limites. Ao contrário: **um caminho do qual só se vê o início**. Mas essa porta de entrada justifica a crença, embora provisória, de que o caminho que dela se segue é a via a ser trilhada. Provisória, porque, como ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “...se o homem é, essencialmente, um ser em processo, não será diferente com o homem-cientista. Na ciência, inclusive na do Direito, de definitivo só existe a certeza de que tudo é provisório”<sup>30</sup>. Ou, nas palavras de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “*Em Direito, como em toda ciência, só o provisório é definitivo*”<sup>31</sup>.

**A tese desenvolver-se-á no modelo ternário**<sup>32</sup>. No primeiro capítulo, a tese buscará, em hermenêutica histórica, os condicionamentos da revolução beckeriana no direito tributário brasileiro, apresentando, em seguida, como os tributaristas entendem sua própria ciência e os fundamentos filosóficos e epistemológicos nos quais ela busca sustento. No segundo capítulo, a obra de SOUTO será esmiuçada, tendo em vista quatro objetivos: usá-la como exemplo de trabalho doutrinário, em diversos paradigmas; mostrar suas críticas aos procedimentos metodológicos da doutrina; incorporar, para

<sup>29</sup> Nietzsche, v. 2, p. 19.

<sup>30</sup> A noção de sistema no direito, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 35, p. 59.

<sup>31</sup> **Obrigação tributária**: uma introdução metodológica, p. 60; **Obrigação tributária**: uma introdução metodológica, 2. ed., p. 46.

<sup>32</sup> A que se refere, por exemplo, DIOGO FREITAS DO AMARAL – cf. *Última lição*, p. 12.

além de SOUTO, novas críticas; e expor as clareiras e caminhos abertos pelo conjunto de sua produção teórica. No terceiro capítulo, serão trabalhados os fundamentos filosóficos que permitem a superação do dualismo entre ser e dever-ser e os fundamentos epistemológicos que anunciam a superação do reducionismo científico, a partir da compreensão desse dualismo e desse reducionismo como obstáculos que engessam a ciência jurídico-tributária e impedem seu progresso. Em epílogo, será feita uma convocação à responsabilidade teórica, vendo arte e ciência no direito como elementos de um círculo recursivo, antagônicos e complementares, não confundíveis, mas conjuntamente presentes.

Assume-se, de bom grado, os riscos intelectuais que a empreitada envolve. Porque, das ideias aqui expostas e defendidas, pode-se dizer tudo, menos que são imunes à crítica e à refutação<sup>33</sup>. São propostas ousadas, é certo; mas **que serventia à ciência terá a enunciação de teses triviais ou a repetição do mesmo ?** Se sua publicação evidenciar, no autor, o erro, ou lhe trouxer o isolamento, na província, não trará, espera-se, a má-consciência por dizer trivialidades e calar diante do relevante. E se o erro implicar ausência de brilho, não decorrerá de falta de compromisso com a ciência.

Além disso, **as teses aqui expostas vão de encontro a situações profundamente estabelecidas no pensamento justributarista brasileiro**; quase “ídolos” baconianos e nietzschianos, sustentados por “príncipes” e “campeões olímpicos” beckerianos. Aliás, com inspiração em NIETZSCHE, interessa precisamente e apenas questionar os ídolos. Diz o filósofo alemão: “*Derribar ídolos (a minha palavra para ‘ideais’) – isso sim é que faz parte de meu ofício*”. Ele enuncia, como sentença inicial de sua práxis de guerra: “*Primeiro: eu apenas ataco coisas que são vitoriosas – caso for necessário eu espero até que elas sejam vitoriosas*”<sup>34</sup>. Para tanto, cumpre verificar o solo sobre o qual as doutrinas são construídas, testando, com instrumentos rigorosos, se tais fundamentos se sustentam<sup>35</sup>. É o que se propõe. É diante dos ídolos e dos vitoriosos que esta tese se postará. É em alto nível que ela pretende argumentar. O bom

<sup>33</sup> A paráfrase a JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES é propositada. Disse o mestre, certa vez: “*Da temática escolhida pode-se dizer tudo, menos que ela não é aberta a críticas e a tentativas de superação*” – **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>34</sup> **Ecce homo**: de como a gente se torna o que a gente é, p. 16, 38 – originalmente, publicado como *Ecce Homo: wie Man wird, was Man ist*; escrito em 1889.

<sup>35</sup> Cf. ALBERTO MARCOS ONATE. **O crepúsculo do sujeito em Nietzsche ou como abrir-se ao filosofar sem metafísica**, p. 9.

senso de manter-se afastado da polêmica será abandonado. Mesmo porque, como ensina GOFFREDO TELLES JÚNIOR, “...quase todas as grandes descobertas da ciência constituíram atentados ao bom senso”<sup>36</sup>. E o teste, caso implique refutação, implicará também a possibilidade e a necessidade de pensar diferente. É o que recomenda MICHEL FOUCAULT: “Mas o que é filosofar hoje em dia – quero dizer, a atividade filosófica – senão o trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento? Se não consistir e tentar saber de que maneira e até onde seria possível pensar diferentemente em vez de legitimar o que já se sabe”<sup>37</sup>. Para tanto, há que se ousar, levando a sério as lições de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, quando fala da ousadia teórica, uma manifestação elevada da rebeldia, a que se devem as mais grandiosas criações do intelecto humano<sup>38</sup>.

Não há que se temer a disputa no plano do conhecimento, nem que deixá-la extravasar o âmbito epistêmico. Ensina NIETZSCHE, enunciando a quarta sentença de sua práxis de guerra:

...apenas ataco coisas contra as quais todo o tipo de diferença pessoal é excluído, contra as quais não existe qualquer segundo plano relativo a más intenções. Pelo contrário, atacar é uma prova de bem-querer em mim e, conforme a circunstância, de agradecimento. Eu honro, eu distingo com o fato de unir meu nome a uma coisa, a uma pessoa: contra ou a favor – para mim não importa<sup>39</sup>.

E embora essa disputa – a guerra do filósofo-dinamite – revele sempre certa petulância, é de se dar ouvidos à lição do mesmo NIETZSCHE: sem petulância, nenhum êxito<sup>40</sup>. Portanto, **caminhar para além de SOUTO, sem sair de SOUTO**: essa pode ser a consigna deste trabalho. Sem sair, porque se seguirá o caminho de mestre SOUTO; indo além, porque o caminho de SOUTO abre, a cada um, seu próprio caminho, como no aforismo nietzschiano:

<sup>36</sup> **Direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica, p. 44.

<sup>37</sup> **História da sexualidade**: o uso dos prazeres, v. 2, p. 13 – originalmente, publicado como *Histoire de la sexualité: L'usage des plaisirs*, em 1984.

<sup>38</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 61; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 81; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 76.

<sup>39</sup> **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>40</sup> Cf. **Crepúsculo dos ídolos, ou, como se filosofa com o martelo**, p. 7 – originalmente, publicado como *Götzen-Dämmerung oder Wie man mit dem Hammer philosophiert*, em 1888. Conta EROS GRAU que FÁBIO FANUCCHI lhe dizia, bem-humorado: “As nossas brigas dão IBOPE, alemão!” – As contribuições das empresas para o fundo “PIS-Pasep”, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Contribuições especiais fundo PIS/Pasep**, p. 143-144.

*Vademecum-vadetecum*

Atraem-lhe o meu jeito e os meus discursos,  
Quer seguir-me e seguir o trilho dos meus passos?  
Segue-se fielmente a si mesmo.  
E assim me seguirá, muito suavemente, muito suavemente...<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> **A gaia ciência**, tradução de Heloisa da Graça Burati, p. 10. Em outra tradução: “*Atraem-no meu jeito e minha língua,/ Você me segue, vem atrás de mim?/ Siga apenas a si mesmo fielmente:–/ Assim me seguirá – com vagar! com vagar!*” (**A gaia...**, Trad. Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 19). Em alemão, no original: “*Es lockt dich meine Art und Sprach,/ Du folgest mir, du gehst mir nach?/ Geh nur dir selber treulich nach:–/ So Folgst du mir – gemach! gemach!*” (*Ibidem*, p. 18). Parece ser a esse aforismo que se refere mestre SOUTO, ao registrar: “*Outro notável paradoxo é devido a Nietzsche, verdadeiro hino de louvor à rebeldia intelectual e à autonomia do pensamento: ‘Se queres seguir-me, não me sigas’*” – **Ciência...**, 3. ed. *op. cit.*, p. 163.



## CAPÍTULO I – COMPREENSÃO: HERMENÊUTICA HISTÓRICA E INSERÇÃO PARADIGMÁTICA

### 1 HERMENÊUTICA HISTÓRICA

#### 1.1 A hermenêutica histórica e a *Teoria geral do direito tributário*

*“No Direito Tributário, como em qualquer outro segmento científico, faz-se necessário retomar a consideração das circunstâncias históricas que originaram uma teoria qualquer.”<sup>42</sup>*

A “hermenêutica histórica”, filha ilustre de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, recomenda – senão impõe – a **consideração das circunstâncias históricas** que originaram uma teoria, como expediente necessário para a sua boa compreensão. Não se compreende bem uma construção do passado pensando exclusivamente em termos presentes. Claro está que essa hermenêutica histórica é um assalto à redução de complexidades, tida como um imperativo inarredável da vida científica. Bem contrariamente, a hermenêutica histórica incrementa a complexidade, pois sua proposição pressupõe, necessariamente, a insuficiência do estudo do objeto *hic et nunc*. Há muito mais a ser estudado. Pensar-se somente a consideração do objeto, como se mostraria ao sujeito do conhecimento, é algo inviável para uma compreensão adequada. O conhecimento precisa ir muito além – ou, no caso, precisa ir muito aquém.

No final dos anos 1990 e início da década de 2000, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES esforça-se para construir o que denomina “hermenêutica histórica”. Trata-se de exemplo claro de **cientista que não se cansa de evoluir**. Identificado um problema, passa o mestre recifense a teorizá-lo e a propor soluções. O caráter inovador da hermenêutica histórica é destacado por JOSÉ ROBERTO VIEIRA<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 114; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 135.

<sup>43</sup> Cf. E, afinal..., *op. cit.*, p. 597, n. 13.

Mestre SOUTO indica, como embrião da hermenêutica histórica, seu estudo *Revisitando a isenção tributária*, de 1998<sup>44</sup>. Refere-se a ela no prefácio à segunda edição da *Introdução ao direito financeiro*, do mesmo ano<sup>45</sup>. Mas o primeiro texto no qual a hermenêutica histórica é caracterizada de modo preciso é o artigo *Hermenêutica histórica no direito tributário*, publicado em 2000<sup>46</sup>. O problema que leva JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES a iniciar a hermenêutica histórica é a **dificuldade que os estudiosos manifestam em compreender a sua teoria da isenção tributária como uma doutrina de circunstância**, produzida em um momento histórico determinado, e em função de uma concepção tradicional da isenção amplamente predominante à época. Sua teoria, portanto, só foi produzida do modo como o foi, em função das condicionantes históricas: necessidade de superação do conceito de isenção como privilégio ou favor legal. Isso, entretanto, só será compreendido adequadamente por quem se aventurar a reconstruir o ambiente no qual a proposta teórica foi concebida. Para tanto, impõe-se o passo atrás, a verificação das condições que cingem a teoria soutiana da isenção tributária em sua origem: impõe-se a hermenêutica histórica<sup>47</sup>. Para bem compreender a teoria, então, é necessário entender também por que ela foi erigida, isto é, saber quais as contingências históricas que, pragmaticamente, determinaram sua criação. A hermenêutica histórica busca essa compreensão. Porém, ela não se confina à isenção nem ao direito tributário: é método de aplicabilidade muito mais ampla. Qualquer proposta teórica pode ser compreendida historicamente.

A hermenêutica histórica impõe-se diante da necessidade de recompor as circunstâncias históricas que motivaram uma teoria. Ela, explica seu criador, “...preconiza a atitude retrospectiva, o passo atrás, a volta à origem, ao momento histórico em que uma teoria nova eclodiu no conserto da ciência...” [sic]<sup>48</sup>. O objetivo é compreender em que medida aquelas circunstâncias funcionam como dados constituti-

<sup>44</sup> Cf. *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 117; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 139. SOUTO refere-se a seu texto: *Revisitando a isenção tributária*, in MARIA AUGUSTA MACHADO DE CARVALHO (coord.), *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, p. 217.

<sup>45</sup> Prefácio 2.º edição, in *Introdução ao direito financeiro*, 2. ed., p. 8.

<sup>46</sup> Esse artigo, citado duas notas acima, foi incluído no *Teoria Geral da Isenção Tributária*, com poucas alterações de estilo, e um acréscimo de citação – cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 133-147.

<sup>47</sup> Fizemos análise mais detida dessa teoria no texto *A hermenêutica histórica e o “processo” de dano ao erário: em homenagem a José Souto Maior Borges*, *Raízes Jurídicas*, v. 2, n. 1, p. 77-100.

<sup>48</sup> *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 112; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 133.

vos originários da teoria. A influência de MARTIN HEIDEGGER é, aqui, clara e declarada pelo próprio autor<sup>49</sup>.

A indignação que leva mestre SOUTO a pensar a hermenêutica histórica se dá **diante daqueles que, com aparatos contemporâneos, pretendem a crítica a uma concepção teórica do passado, sem localizá-la enquanto tal**. Isso pode ser visto, inclusive, como um ato de desonestidade intelectual: um pensador antigo é julgado e diminuído por não levar em consideração certas situações que só seriam compreendidas, historicamente, muito depois dele. E o julgador, que se supõe superior, não percebe – ou não se preocupa em deixar claro – que só está aparelhado a julgar porque, entre o criticado e o crítico, houve uma evolução teórica que aquele não poderia anteciper. Então, para JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “...é absurdo pretender criticar, com as categorias e instrumental teóricos modernos, os ecos das eras antigas da ciência. Sem compreendê-las na sua emergência, historicamente situada, o desacerto será inevitável”<sup>50</sup>. A percepção que o autor tem dessa necessidade, no campo do direito, está presente também em outras áreas. Em sentido análogo trabalha, por exemplo, BARBARA W. TUCHMAN:

Para os propósitos deste trabalho a qualificação da insensatez ou loucura política deve atender a três critérios simultâneos: em primeiro lugar, o de que foi percebida em seu próprio tempo e não retrospectivamente. Eis algo importante, pois toda política é determinada pelos mores de sua própria época. “Nada mais injusto”, como bem disse um historiador inglês, “do que julgar homens do passado pelas idéias do presente. Tudo aquilo que se possa dizer a respeito de moralidade e sabedoria política se constitui, certamente, em conceito passível de alteração”. Para evitarmos julgamentos baseados em valores do nosso tempo, devemos consultar a opinião da época sob exame e investigar apenas aqueles episódios cujo dano ao interesse coletivo foi reconhecido pelos coevos<sup>51</sup>.

A aplicação que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES faz da hermenêutica histórica, no campo da sua teoria da isenção tributária como hipótese de não incidência legalmente qualificada, vem a demonstrar um equívoco: criticar uma teoria concebida no passado valendo-se, para essa crítica, das categorias epistemológicas e dos recursos

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 117; p. 139.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 114; p. 135.

<sup>51</sup> **A marcha da insensatez**: de Tróia ao Vietnã, p. 5-6 – originalmente, publicada como *The March of Folly* em 1984. BARBARA TUCHMAN não nomeia o historiador a que se refere.

variados que se apresentam ao estudioso na atualidade, sem contextualizar a teoria criticada, **tomando-a como um disparate teórico quando, em virtude dos fatos de então, essa qualificação se mostre incabível**. Sua teoria da isenção tributária, explica SOUTO, foi concebida em razão de certos condicionamentos, tanto históricos quanto epistemológicos. A desconsideração dessas determinações, pertencentes ao tempo em que a teoria foi gerada e divulgada, impede seu correto entendimento e sua justa avaliação. Diante disso, entende o mestre que sua proposta de hermenêutica histórica consiste em uma ruptura epistemológica fundamental, pelo retorno ao passado que prega e proporciona<sup>52</sup>.

**Mas não só o ambiente teórico é relevante para a hermenêutica histórica:** a falta de consideração dos fatos a que se volta uma teoria pode impor-lhe a pecha do equívoco, mas será essa própria caracterização que estará errada. JOSÉ AFONSO DA SILVA, antes da vigência da Constituição de 1988, sustentara – segundo SOUTO, com razão – a discricionariedade do poder legislativo, quando da edição das leis integrativas das normas constitucionais sem eficácia plena. Estava certo o constitucionalista, na visão de mestre SOUTO, em face da inexistência, então, do dever de legislar, decorrente da ausência de previsão de sanção contra a inação legislativa. Como essa previsão existe na Constituição de 1988, passa a descaber a teorização anteriormente empreendida. O que não quer dizer que seja equivocada; é apenas inaplicável ao presente. Dizer, da teoria, que é equivocada, é desconhecer os condicionamentos históricos que a envolveram. A hermenêutica histórica afasta o equívoco na avaliação da teoria: não mais se a terá como um desacerto, mas como um acerto, agora inaplicável<sup>53</sup>.

**Avaliar o modo como atualmente se faz ciência no direito tributário implica compreender as circunstâncias históricas que determinaram esse modo de ser.** Esta tese depende da compreensão do que, no passado, determinou a assunção do método normativista redutor, baseado nas concepções epistemológicas do paradigma bacon-cartesiano, do positivismo lógico do Círculo de Viena e fundado na hermenêutica kelseniana, esta enraizada no dualismo irreduzível entre o ser e o dever-ser. A hermenêutica histórica possibilitará compreender que, no momento e em virtude das circuns-

<sup>52</sup> Cf. *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 115-117; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 136-139.

<sup>53</sup> Cf. *Curso...*, *op. cit.*, p. 216. Refere-se ao clássico *Aplicabilidade das normas constitucionais*, do professor da Universidade de São Paulo.

tâncias históricas, a assunção desse método revelou-se, aos seus prógonos, como uma necessidade. A visão histórica também permitirá lançar luzes sobre o motivo pelo qual muitos autores, antes de entrar propriamente no tema, inserem, em seus escritos, explicações preambulares a respeito de sua concepção de direito e de ciência do direito<sup>54</sup>. Tal determinação não é autônoma, mas se dá, de forma heterônoma, por impregnações acadêmicas, à medida que, do ângulo pragmático, como se verá adiante, proposições descritivas se tornam prescritivas, e o ser encontra e se confunde com o dever-ser.

Historicamente, é possível **datar o início do método dogmático no direito tributário brasileiro: 1963**. Ali ocorreu a tomada de Constantinopla, ou a Revolução Francesa, ou ainda a Queda do Muro de Berlim do direito tributário dogmático no Brasil: é um marco histórico e, para esta tese, também metodológico. Naquele ano, ocorreu a publicação da *Teoria geral do direito tributário*, de ALFREDO AUGUSTO BECKER, que pegou o direito tributário da época, ergueu-o acima da cabeça, girou-o e o atirou longe, com uma violência tal que, até hoje, é difícil resgatá-lo. A partir dali se iniciam, decididamente, os trabalhos jurídico-tributários em um pensamento estritamente jurídico-normativo, calcado na ciência moderna, na redução de complexidades, no dualismo entre ser e dever-ser e na proposta epistêmica do Círculo de Viena.

Não há leviandade nem exagero algum em **estabelecer a Teoria geral beckeriana como o marco do surgimento do direito tributário científico-dogmático entre nós**. Trata-se de obra que “...sacudiu e revolucionou a Ciência do Direito Tributário no Brasil...”, na avaliação de JOSÉ ROBERTO VIEIRA<sup>55</sup>. Contudo, é também certo que a identificação de um marco traz sempre algo de arbitrário. Nesse caso, também, e por dois motivos. Primeiro, porque, no Brasil, o direito tributário dogmático desenvolvia-se, posto embrionariamente, mesmo antes desse livro<sup>56</sup>. Depois, porque o direito tributário dogmático não se tornou absolutamente presente e uniforme depois do livro de BECKER. Em todo caso, contudo, na definição da *Teoria geral do direito tributário* como o marco do início do pensamento justributário de moldes metodologicamente

---

<sup>54</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem e método**, p. 5.

<sup>55</sup> E, afinal..., *op. cit.*, p. 629.

<sup>56</sup> RUBENS GOMES DE SOUSA, por exemplo, em 1952, seis anos antes do início da redação do trabalho de ALFREDO AUGUSTO BECKER, redigira seu *Compêndio de legislação tributária*, que, em seus capítulos I a X, inclui a exposição do que chama de princípios gerais de direito tributário, e que já destacava o tributo como relação jurídica.

dogmáticos, pode-se buscar o apoio autorizado de PAULO DE BARROS CARVALHO, que inclui a obra dentre as “...que assinalam de modo incisivo a marcha do pensamento humano, conduzindo-o para certas direções que fatores históricos vão consolidando como conquistas da cultura, nos vários segmentos do saber”<sup>57</sup>. Fala dela, com toda a justiça, como clássica, ressaltando sua relevância extraordinária e seu significado enquanto “...fonte de inspiração para uma grande mudança no rumo dos estudos daquele setor do conhecimento jurídico...”<sup>58</sup>. Foi livro fundamental, continua, naquela revolução intelectual que se deu na PUC/SP, nos anos 1970. A obra fez escola, influenciou gerações e tornou-se referência obrigatória para os estudos que a sucederam<sup>59</sup>.

**Para bem compreender a Teoria geral, é necessário percorrer, ainda que brevemente, as circunstâncias históricas presentes na época da sua redação e publicação.** Preocupar-se com os anos entre 1958 e 1962, quando a obra foi planejada e escrita, e com os anos imediatamente anteriores e posteriores a esse intervalo. Aliás, sabendo-se que a obra foi escrita nessa época e sabendo-se que foi publicada em 1963, já é possível compreendê-la, desde o início, a partir da compreensão daquelas circunstâncias históricas. JOSÉ ORTEGA Y GASSET ensina: “*La fecha de una realidad humana, sea la que sea, es su atributo más constitutivo*”. Só de dizer que ela foi escrita em 1963 já seria possível, adaptando-se ainda o que ORTEGA Y GASSET diz sobre a obra de WILHELM DILTHEY, sem outros dados adicionais, conhecer muitos de seus condicionantes, sem sequer abri-la. E a razão para tal é explicada pelo mesmo filósofo: “*Cada fecha histórica es el nombre técnico y la abreviatura conceptual –en suma, la definición– de una figura general de la vida constituida por el repertorio de vigencias o usos verbales, intelectuales, morales, etc., que ‘reinan’ en una determinada sociedad*”<sup>60</sup>. Da *Teoria geral do direito tributário*, de BECKER, pode-se dizer o que HEGEL teria dito da própria obra, segundo HENRIQUE CLÁUDIO DE LIMA VAZ: “...essa referência à história é essencial para Hegel porque, segundo ele, a Fenomenologia só poderia ter sido escrita no tempo histórico que era o seu e que assistira à

<sup>57</sup> Prefácio, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, op. cit., p. V.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. V e VI.

<sup>59</sup> Cf. *ibidem*, p. VI.

<sup>60</sup> Prólogo, in WILHELM DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu: ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia*, p. 15. A obra de DILTHEY foi, originalmente, publicada como *Einleitung die Geisteswissenschaften Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, em 1883.

*revolução kantiana na filosofia e à revolução francesa na política*”<sup>61</sup>. Parafraseando, pode-se dizer que a *Teoria geral* beckeriana só poderia ter sido escrita no tempo histórico que era o seu, que assistira ao direito tributário invertebrado, à babel doutrinária, à ausência de disciplinas universitárias específicas, e ao direito positivo caótico, antes da Emenda Constitucional n. 18, de 1.º de dezembro de 1965, e antes da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada “Código Tributário Nacional”, pelo Ato Complementar n. 36, de 13 de março de 1967<sup>62</sup>. Justamente por isso, cabe nova discussão de seus pressupostos e suas propostas, nos tempos atuais de direito tributário invertebrado, valorizado em setores doutrinários, de babel doutrinária ainda insistentemente presente e de um direito positivo desordenado, a despeito das normas gerais em matéria de legislação tributária.

Compreender a *Teoria geral* como um produto de circunstâncias históricas, permitirá, igualmente, compreender que **seus pressupostos e suas conclusões não são eternos, absolutamente verdadeiros e imutáveis**<sup>63</sup>. Também ela é uma obra de circunstância, como possivelmente toda obra do pensamento o é: fruto de circunstâncias históricas, demanda a compreensão de tais circunstâncias, de modo a avaliar o que, de lá para cá, mudou e o que permaneceu, e compreender, ainda, o que deve ser mantido e o que merece evolução. Se é verdade, como diz NIETZSCHE, que “*A humanidade gosta de afastar da mente as questões acerca das origens e dos primórdios...*”; então, aqui, caminhar-se-á na contramão<sup>64</sup>. Se é verdade, ainda com o filósofo, que pensar de forma anistórica é costume antigo entre filósofos, aqui não se seguirá tal costume<sup>65</sup>. Isso é necessário porque, continua ainda o pensador alemão, “*...tudo veio a ser; não*

---

<sup>61</sup> A significação da Fenomenologia do Espírito, in GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, **Fenomenologia do espírito**, p. 11.

<sup>62</sup> Ato esse baixado pelo Presidente da República, com fundamento no artigo 30 do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A edição do ato complementar é explicada historicamente por FÁBIO FANUCCHI – cf. **Estrutura atual do código tributário nacional**, p. 9; **Curso de direito tributário brasileiro**, p. 25-26.

<sup>63</sup> DILTHEY, por exemplo, critica a visão de ARISTÓTELES sobre a necessidade da escravidão, por falta de visão histórica: “*...concluyó Aristóteles precipitadamente la necesidad cultural de la esclavitud, porque admitía una desigualdad de los hombres fundada en la physis, sin considerar su origen en circunstancias históricas y la posibilidad, dada por esto, de una superación de ella*” – **Introducción...**, op. cit., p. 346.

<sup>64</sup> **Humano, demasiado humano**: um livro para espíritos livres, v. 1, p. 15 – originariamente publicado como *Menschliches, Allzumenschliches: ein Buch für Freie Geister*, em 1878, em primeira edição, e em 1886, em segunda edição.

<sup>65</sup> Cf. **Genealogia...**, op. cit., p. 18.

existem fatos eternos: *assim como não existem verdades absolutas – Portanto, o filosofar histórico é doravante necessário, e com ele a virtude da modéstia*”<sup>66</sup>.

**A época histórica que se retomará foi denominada “tempos heroicos”.** Segundo RUBENS GOMES DE SOUSA, participante ativo desse período, a denominação consiste em uma referência aos tempos heroicos da história da aviação<sup>67</sup>. Recolher-se-á o testemunho daqueles que viveram esse período, acrescido de informações colhidas, aqui e ali, em estudos posteriores. Nessa época, imediatamente anterior à obra de ALFREDO AUGUSTO BECKER, não havia estudo sistemático do “direito tributário”, e não havia um direito tributário positivo minimamente ordenado. **A dificuldade enfrentada, em razão dessas carências, é que justificou a erupção de uma ciência do direito tributário** – embora seus modelos, ainda hoje, sejam postos em prática, mais de meio século depois, com parco incremento de visões complementares. Dada a situação da época, adquiriam foros de necessidade tanto a redução de complexidades quanto o esforço pela produção de uma metalinguagem descritiva rigorosa, abandonando considerações a respeito do devir, para se concentrar naquilo que é – ou era. Diante daquelas circunstâncias, algo precisava ser feito; e foi.

## 1.2 As circunstâncias históricas da origem do direito tributário científico-dogmático no Brasil

### 1.2.1 A inexistência do “direito tributário” enquanto ciência

*“Há que prosseguir-se, partindo do conhecido para o desconhecido” [sic]*<sup>68</sup>

**A questão da “autonomia” de um ramo do direito apresenta, pelo menos, duas vertentes.** Em primeiro lugar, há a discussão acerca da autonomia no plano da criação legislativa. Se o direito financeiro é autônomo, nesse sentido, então, há quem diga, faz sentido constar, na Constituição, uma atribuição de competência legislativa

<sup>66</sup> **Humano...**, v. 1, *op. cit.*, p. 16.

<sup>67</sup> Cf. Prefácio, in FÁBIO FANUCCHI, **Curso...**, *op. cit.*, p. XIX.

<sup>68</sup> Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir o ISS: do Decreto-Lei n. 406/68 à LC n. 116/2003: à memória de Geraldo Ataliba, in HELENO TÔRRES (coord.), **Imposto sobre serviços – ISS:** na Lei Complementar n. 116/03 e na Constituição, p. 16.



própria na matéria, e até sua codificação. Em segundo lugar, há a discussão acadêmica; nesse sentido, havendo autonomia, há quem diga, faz sentido constar, nos currículos universitários, uma disciplina própria na matéria, e faz sentido que se escreva livros específicos dedicados ao assunto. Uma “autonomia” no direito positivo, outra “autonomia” no estudo que dele se faz<sup>69</sup>.

Nesse segundo sentido, a **“autonomia” do direito tributário, enquanto disciplina universitária, é fenômeno relativamente recente no Brasil**, e era algo inexistente, na época em que ALFREDO AUGUSTO BECKER escreveu a *Teoria geral do direito tributário*. ALIOMAR BALEEIRO, por exemplo, dá notícia de que, em 1930, a disciplina “ciência das finanças” foi incorporada a curso de direito no Brasil – não ainda direito financeiro, muito menos direito tributário<sup>70</sup>. E, também, que, desde 1943, algumas poucas lições de direito tributário permeavam o programa de ciência das finanças na Faculdade da Bahia<sup>71</sup>. RUBENS GOMES DE SOUSA conta ter lecionado um primeiro curso de direito tributário na Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em 1948, cujas preleções foram publicadas sob o título *Curso de introdução ao direito tributário*, e noticia a criação dessa cadeira, na Faculdade de Ciências Econômicas, no ano seguinte<sup>72</sup>. Em 1949, RUBENS GOMES DE SOUSA ministrava a cadeira n. XV da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, intitulada “Legislação Tributária” – não no curso de direito<sup>73</sup>. Durante a década de 1950, a situação se repete. Embora JOSÉ NABATINO RAMOS, WALTER BARBOSA CORRÊA e ALCIDES JORGE COSTA afirmem que a Faculdade de Direito da PUC/SP tenha sido a primeira a incluir, em 1954, a cadeira de direito tributário em seu currículo; e que coubera a RUY BARBOSA NOGUEIRA a criação do curso; e que ele permanecera a lecionar a disciplina naquela faculdade até o final da década

<sup>69</sup> A respeito da autonomia do direito financeiro, no primeiro sentido, cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Direito tributário brasileiro**, p. 7-9. No segundo sentido, ANTONIO BERLIRI: “...o problema da autonomia do direito financeiro e do direito tributário reduz-se ao problema da oportunidade, de um ponto de vista científico e didático, de destacar um certo número considerável de normas... e fazer delas objeto de um estudo em separado...” – *Principi di diritto tributario*, p. 5, tradução livre pelo autor. No original, em italiano: “A ben guardare, il problema dell’autonomia del diritto finanziario e del diritto tributario si reduce al problema dell’opportunità o meno, da un punto de vista scientifico e didattico, di staccare un certo numero – per vero molto notevole – di norme od un certo settore di rapporti – per verità molto numerosi – dal diritto pubblico e farne oggetto di un separato studio...”.

<sup>70</sup> **Uma introdução à ciência das finanças**, p. 10.

<sup>71</sup> Prefácio, in AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, **Fato gerador da obrigação tributária**, p. XIII.

<sup>72</sup> Cf. **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 42; Prefácio, in FÁBIO FANUCCHI, **Curso...**, *op. cit.*, p. XVIII.

<sup>73</sup> Cf. **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 21.

da de 1960; o próprio RUY, diferentemente, conta que, naquele ano, lecionava ciência das finanças no curso de direito, quando elaborou um programa de direito tributário<sup>74</sup>. RUBENS GOMES DE SOUSA, por sua vez, relata que, em 1956, levou ao primeiro Congresso Latino-Americano de Direito Tributário, em Montevideu, uma tese acerca da necessidade da inclusão da disciplina nos cursos de direito<sup>75</sup>. Até a década de 1950, não há referências, na doutrina, à existência da disciplina de direito tributário nos cursos de direito. É apenas nas décadas seguintes que a disciplina tomará corpo.

Em 1957, por iniciativa do Centro Acadêmico XI de Agosto, é a vez da Faculdade do Largo São Francisco promover um curso de direito tributário, ministrado pelo mesmo RUY BARBOSA NOGUEIRA, publicado, em seguida, em edição mimeografada. Mas **a disciplina de direito financeiro só seria oficialmente integrada ao currículo dessa faculdade em 1963**, ano em que também se integrou ao da Universidade do Estado do Rio de Janeiro<sup>76</sup>. RUY BARBOSA NOGUEIRA foi o primeiro professor catedrático da disciplina<sup>77</sup>. No ano anterior, a Comissão de Ensino Superior do Conselho Federal de Educação fixou um currículo mínimo aos cursos de direito no Brasil, que incluiu, como cadeira, o direito financeiro. E, apenas em 1971, surge, propriamente, a disciplina de direito tributário, na USP e na Universidade Mackenzie<sup>78</sup>.

Há outras referências confiáveis da **ausência, ou ao menos da carência do direito tributário, nas faculdades de direito, ainda no início da década de 1960**. Talvez por ainda haver, formalmente, apenas as cadeiras de ciência das finanças e de direito financeiro, é que ALIOMAR BALEEIRO afirme que entregou a AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, nessa década, o primeiro curso de direito tributário em estabelecimento de ensino jurídico brasileiro. Trata-se da Universidade do Distrito Federal<sup>79</sup>. O mesmo AMÍLCAR, relata ainda BALEEIRO, no início da década de 1960, recebeu a cátedra de direito financeiro na Universidade da Guanabara<sup>80</sup>. Em 1967, BALEEIRO

<sup>74</sup> Cf. Comissão de publicações do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, *apud* RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Curso de direito tributário**, p. XI-XIII; e o próprio RUY, **Curso...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>75</sup> Cf. Prefácio, *in* FÁBIO FANUCCHI, **Curso...**, *op. cit.*, p. XVIII-XIX.

<sup>76</sup> Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 11, n. 14; RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Curso...**, *op. cit.*, p. XIII e 19.

<sup>77</sup> Cf. LUIS EDUARDO SCHOUERI, **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**, p. XIII.

<sup>78</sup> Cf. FÁBIO FANUCCHI, **Curso...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>79</sup> Cf. Prefácio, *in* AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, **Introdução ao direito tributário**, p. 14.

<sup>80</sup> Cf. **Direito...**, *op. cit.*, sem indicação de página.

começa a lecionar legislação tributária na Universidade de Brasília<sup>81</sup>. Segundo a nota da Coordenadoria do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET à obra de RUBENS GOMES DE SOUSA, fundador do instituto, o direito tributário foi introduzido nos programas das faculdades de direito no final da década de 1960<sup>82</sup>. Na Universidade de São Paulo, ALCIDES JORGE COSTA relata que RUY BARBOSA NOGUEIRA se inscreveu para o concurso de livre-docência, em 1963, em face da então introdução do direito tributário dentre as disciplinas do curso de graduação da faculdade de direito<sup>83</sup>. A raridade dessa disciplina universitária é descrita por RUY como a razão das dificuldades do direito tributário naquele tempo:

Por isso mesmo nossa produção doutrinária ainda é escassa e os mais intrincados e difíceis problemas jurídico-financeiros ou tributários vêm sendo lançados aos tribunais que, além de não terem especialização, dispõem de pouco material sistematizado, quer legislativo, quer doutrinário ou jurisprudencial deste campo, e assim, fatalmente, as questões ainda sofrem o impacto das soluções contraditórias, decorrentes da falta de maior elaboração e certeza do próprio estágio do estudo jurídico-tributário [*sic*]<sup>84</sup>.

Esses testemunhos já caracterizam, em parte, a época em que ALFREDO AUGUSTO BECKER se propôs a escrever sua obra: um período sem a institucionalização da disciplina de direito tributário no âmbito universitário brasileiro. Se essa institucionalização é uma realidade atual, era, quando muito, uma mera perspectiva na época do trabalho de BECKER. **Fundar uma disciplina até então inexistente era uma necessidade, e foi um trabalho hercúleo do qual BECKER não se esquivou;** pelo contrário, enfrentou com destemor e destreza.

Há suficiente relação de implicação entre a ausência da disciplina “direito tributário” nas faculdades de direito, naquele tempo, e a **inexistência de um discurso doutrinário minimamente coerente e uniforme**. Sem professor, falta quem escreva sobre o tema. UBALDO CESAR BALTHAZAR é um dos que ressalta a escassez de

---

<sup>81</sup> Cf. *Idem*.

<sup>82</sup> Cf. RUBENS GOMES DE SOUSA, **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 29, NC/1.

<sup>83</sup> Cf. O amigo Ruy, *in* ALCIDES JORGE COSTA; LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI; PAULO CELSO BERGSTROM BONILHA, **Direito tributário atual**, n. 17, p. 11.

<sup>84</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 21. É interessante a exposição de FERNANDO SAINZ DE BUJANDA a respeito da formação da disciplina de direito financeiro nas universidades espanholas, também na segunda metade do século XX. A respeito, cf. **Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero**, v. 6, p. 98 *et seq.*

obras doutrinárias brasileiras nos anos 1950<sup>85</sup>. Não havendo a disciplina de direito tributário, na época em que foi escrita e publicada a *Teoria geral*, de BECKER, a situação dos escritos doutrinários sobre a matéria é facilmente imaginável. Coube, paradoxalmente, a esse advogado, sem qualquer vínculo conhecido com a docência, o primeiro esforço metodológico-tributário com pretensão de completude<sup>86</sup>.

Marca, então, dos primeiros tempos dos estudos tributários, no Brasil, é a **dificuldade de sua compreensão e teorização por parte dos estudiosos**. Em um dos textos em que descreve esse período, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES distingue três fases na evolução do direito tributário brasileiro. Na primeira, referente aos tempos heroicos, a produção teórica reduzia-se a glosas rudimentares de textos normativos, sem atenção à relevância constitucional no direito tributário<sup>87</sup>. Em sua *Iniciação ao direito financeiro*, SOUTO destaca duas obras com pretensão científica, ainda no século XIX, época do Brasil Império: *Compêndio de direito financeiro*, de JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA MAIA (1841), e *Apontamentos de direito financeiro brasileiro*, de MAURÍCIO FERNANDES PEREIRA DE BARROS (1855). Todavia, destaca, também, a interrupção histórica em empreitadas desse tipo, só retomadas cerca de um século depois<sup>88</sup>. Só mais tarde iniciaram-se as publicações propriamente voltadas ao direito tributário, no Brasil, com pretensões de cientificidade<sup>89</sup>.

Diante desse panorama, **impõe-se a criatividade do cientista para renovar sua ciência**. O momento para o surgimento do direito tributário, enquanto disciplina, com objeto e métodos próprios, era bastante propício. Porém, a tarefa era de uma dificuldade gigantesca. Diante de tais circunstâncias históricas, a obra de ALFREDO

<sup>85</sup> Cf. **História do tributo no Brasil**, p. 149.

<sup>86</sup> SOUTO, colega de ciência e amigo pessoal, afirma desconhecer qualquer experiência docente na vida de BECKER – cf. Presença de Alfredo Augusto Becker, in DEJALMA DE CAMPOS (coord.), **Tributo...**, op. cit., p. 14; **Ciência...**, 2. ed., op. cit., p. 162; **Ciência...**, 3. ed., op. cit., p. 212.

<sup>87</sup> Cf. Prefácio, in HELENO TÔRRES (coord.), **Tratado...**, op. cit., p. XVIII.

<sup>88</sup> **Iniciação ao direito financeiro**, p. 81-83; **Introdução...**, 2. ed., op. cit., p. 102-104. A mesma é a avaliação de ALIOMAR BALEEIRO – cf. **Direito...**, op. cit., p. 7.

<sup>89</sup> O *Compêndio de legislação tributária*, de RUBENS GOMES DE SOUSA, traz, na edição póstuma, um relato dos textos doutrinários existentes até então, às páginas 42-44. A nota da Coordenadoria do IBET n. 3, na página 47, afirma que “A bibliografia citada pelo autor compreende a que existia à época em que foi escrito o *Compêndio* (1952). De lá pra cá a bibliografia tributária, especialmente a brasileira, foi enriquecida com diversas produções, que enunciaremos a seguir, como informação complementar às prestadas pelo autor [sic]”. A isso, segue-se uma relação, que se inicia com BECKER e sua *Teoria Geral*. Parece haver, contudo, um equívoco, pois a bibliografia indicada no corpo do texto de RUBENS conta com várias obras publicadas posteriormente a 1952, até o *Direito Tributário Brasileiro* de AMÍLCAR FALCÃO, de 1960. Talvez porque a terceira edição, ainda sob os auspícios do autor, remonte a esse ano.

AUGUSTO BECKER cabia perfeitamente, era desejável e necessária. Foi feita com responsabilidade histórica, destemor teórico e pioneirismo, livrando-se da impregnação intelectual então presente – características, hoje, raras na doutrina tributarista.

### 1.2.2 A inexistência do “direito tributário” enquanto corpo legislado sistematizado

*“...a lei é um meio a serviço da justiça, e não um fim em si mesma”*<sup>90</sup>

**Problemas análogos aos enfrentados pelo direito tributário, no plano dos estudos, podem ser visualizados na produção legislativa.** ALFREDO AUGUSTO BECKER escreveu antes da Emenda Constitucional n. 18/1965, e antes da Lei n. 5.172/1966, o Código Tributário Nacional. Ambos são tidos como instrumentos normativos feitos com a intenção de imprimir racionalidade ao ordenamento jurídico-tributário brasileiro. UBALDO CESAR BALTHAZAR qualifica-os como “...os dois maiores movimentos da seara tributária brasileira...”<sup>91</sup>. O mesmo autor situa “...o início de uma efetiva sistematização do Direito Tributário na Emenda Constitucional n. 18 de... 1965”<sup>92</sup>. Essa avaliação é comum e generalizada.

**Antes da Emenda Constitucional n. 18/1965 e do Código Tributário Nacional, reinava a desordem.** ALIOMAR BALLEIRO descrevia a história financeira baiana, na década de 1950, como atormentada, em avaliação extensiva aos demais estados brasileiros<sup>93</sup>. UBALDO CESAR BALTHAZAR descreve o ordenamento nacional dessa época como um emaranhado de normas, fiscais e tributárias<sup>94</sup>. É interessante o registro de BALLEIRO, ao contar que, na década de 1940, o constituinte MÁRIO MASAGÃO era contrário à separação normativa do direito financeiro, entendendo que deveria permanecer subordinado ao direito administrativo. MÁRIO MASAGÃO era catedrático de direito administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo<sup>95</sup>. Questões

<sup>90</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 104, referindo-se a FRANCESCO CARNELUTTI.

<sup>91</sup> **História...**, *op. cit.*, p. 12.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>93</sup> Cf. **Clínica fiscal**, p. 195.

<sup>94</sup> Cf. **História...**, *op. cit.*, p. 150.

<sup>95</sup> Cf. **Direito...**, *op. cit.*, p. 8 e 17.

políticas, e, possivelmente, também acadêmicas, impediam o desenvolvimento legislativo do direito tributário.

**Essa desordem legislativa foi outro móvel a impulsionar o surgimento do direito tributário dogmático no Brasil.** ALFREDO AUGUSTO BECKER, nas primeiras linhas do *Carnaval tributário* – livro que, segundo conta o autor, foi planejado desde 1970, mas cuja primeira edição é de 1989, e cujo prefácio é datado de 16 de abril daquele ano – descreve com ironia esse caos tributário do final da década de 1940:

Há 40 anos, o Sistema Tributário brasileiro era estruturado de acordo com a forma e a cor das estampilhas. Havia estampilhas federais, estaduais e municipais e as diretrizes da Política Fiscal concentravam-se em disciplinar – arduamente – a hierarquia dos formatos das estampilhas e a tropicalidade de suas cores. Estas e aquelas obedeciam a uma sagrada ordem de mutações: segundo a competência constitucional impositiva; segundo a natureza e o valor do tributo; segundo os dotes e a imaginação do artífice gravador da matriz da estampilha, que contribuía até com mais inteligência que o legislador para a criação do tributo. Naquele tempo, graças ao colorido e ao formato das estampilhas, o chamado Sistema Tributário era um Carnaval. Só havia confusão, muito papel colorido e era até divertido<sup>96</sup>.

**Vinte anos depois, a desordem no produto legislado atingia proporções preocupantes, no Brasil da década de 1960**, em que foi publicada a *Teoria geral* de BECKER. Sobre 1967, dizia ele, a respeito de um problema tributário específico: “...a legislação sobre essa matéria era (como sempre) um aranhol e maçaroca de leis de incentivos fiscais à exportação”<sup>97</sup>. Em 1969, dizia JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

Parece certo ao autor que o jurista deve participar, não apenas como espectador, das vicissitudes e condicionamentos históricos do seu tempo e da sociedade em que está imerso. Entretanto, a sua tarefa se torna mais difícil quando constata, não sem certa inquietude, sucessivas alterações a dificultar o entendimento dos textos das leis tributárias e, conseqüentemente, a sua reta aplicação. São por demais conhecidas as metáforas vez por outra encontradas em alguns autores para caracterizar o fenômeno da tributação: expressões como *patologia tributária*, *manicômio jurídico-tributário* e *clínica fiscal* atestam o estado de espírito em que se encontra a doutrina [*sic*]<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 3; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 13. A referência ao ano de 1970 está no capítulo “Rubens Gomes de Souza” – cf. *ibidem*, p. 51; p. 68. A data do prefácio está apenas na primeira edição – suprimido que foi, esse prefácio, da segunda edição – cf. *Carnaval...*, *op. cit.*, p. VII.

<sup>97</sup> *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 29; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 42.

<sup>98</sup> Prefácio, in *Isenções...*, *op. cit.*, p. 10; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 2; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 8.

“Clínica fiscal” é título de obra de ALIOMAR BALEEIRO, de 1958. E ele próprio é quem, no prefácio, esclarece a expressão “patologia tributária”:

O título dêste volume nada tem de original. Reminiscências duma coleção de pareceres do Mestre Waldemar Ferreira, há muitos anos. O “Instituto de Patologia Tributária” de meu amigo o prof. E. Morselli. O fôro com sede do “hospital de moléstias jurídicas”, de Bonnacase. Que mais? [sic]<sup>99</sup>.

“Manicômio jurídico-tributário”, por sua vez, é título do capítulo 1 da primeira parte da *Teoria Geral*, de BECKER. O autor esclarece que a expressão é o título de um artigo publicado, em 1959, por LELLO GANGEMI, professor catedrático da Universidade de Nápoles, voltado à análise do sistema tributário italiano<sup>100</sup>. Também em 1969, dizia RUY BARBOSA NOGUEIRA, a respeito da matéria legislada tributária: “...novos textos que, em verdadeira avalanche, deixam atônitos os que necessitam orientação para pô-los em execução ou cumpri-los”<sup>101</sup>. Dois anos depois, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES falava da legislação tributária como uma “...selva selvaggia...”<sup>102</sup>. BECKER, para quem o direito tributário estava em “...tremenda balbúrdia, ambigüidade e contradição...”, afirmava, nove anos antes:

Se fossem integralmente aplicadas as leis tributárias, todos os contribuintes seriam passíveis de sanções, inclusive de cárcere e isto, não tanto em virtude de fraude, mas principalmente pela desorientação que o caos da legislação tributária provoca no contribuinte. Tão defeituosas costumam ser as leis tributárias que o contribuinte nunca está seguro das obrigações a cumprir e necessita manter uma dispendiosa equipe de técnicos especializados, para simplesmente saber quais as exigências do Fisco...

Hoje... o Estado constrói, atabalhoadamente, quantidade enorme de novas leis de tão péssima qualidade que revela ignorância de troglodita na arte de criar o instrumento apropriado... O instrumental jurídico do direito tributário clássico mostra-se inapto para disciplinar a realidade financeira contemporânea. A aceleração da História, em poucos decênios, determinou a *caducidade* precoce de um Direito Tributário que apenas nascera... Só uma reforma radical poderá resolver esta crise do Direito Tributário<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> *Clínica...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>100</sup> Cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>101</sup> Prefácio, in FÁBIO FANUCCHI, **A decadência e a prescrição em direito tributário**, p. 7.

<sup>102</sup> O fato gerador do I.C.M. e os estabelecimentos autônomos, **Revista de Direito Administrativo**, v. 103, p.

<sup>103</sup> *Teoria...*, *op. cit.*, p. 474 e 475. O “princípio da aceleração da história” é referido novamente depois, com menção, em nota de rodapé, à obra de R. SAVATIER – cf. *ibidem*, p. 550, n. 8.

Em 1971, em razão do Imposto sobre Serviços, dizia GERALDO ATALIBA que, à época de sua criação (1965), “...*fisco e contribuinte viveram situações de desinteligências, desentendimentos, perplexidade, dúvida e irresolução, durante um tempo muito prolongado, que, infelizmente, persistem até hoje, embora atenuadas*”<sup>104</sup>. Hoje, após quase meio século de trabalho científico, no direito tributário, os mesmos desentendimentos e perplexidades ainda persistem. É sobremodo sincera a confissão, como a qualifica BECKER, de FRANCESCO CARNELUTTI, segundo o qual **nem os experts conhecem todas as leis**. Os mais consumados dos especialistas ignoram, diz CARNELUTTI, grande parte das disposições legislativas<sup>105</sup>. Isso é especialmente verdadeiro se aplicado ao direito tributário positivo brasileiro contemporâneo – só de instruções normativas da Receita Federal do Brasil, tem-se mais de uma centena por ano !

Essa percepção de confusão está presente na obra de MAURÍCIO FERNANDES PEREIRA DE BARROS, que, já em 1855, preconizava a edição de um código de direito financeiro<sup>106</sup>. **A necessidade de um Código que trouxesse normas gerais de direito tributário com eficácia nacional** é explicada e defendida por BALEEIRO, no parecer da Comissão de Justiça e Constituição da Câmara ao projeto do código:

Em matéria financeira, nessa época de aviões, quem cortar o Brasil de norte a sul ou de leste a oeste, conhecerá o império de mais de 2.000 aparelhos fiscais, pois que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se regem por textos diversos de Direito Tributário, muito embora todos eles se entronquem ou pretendam entroncar-se na Constituição Federal, como primeira fonte jurídica da imposição. Cada Estado ou Município regula diversamente os prazos da prescrição, as regras da solidariedade, o conceito do fato gerador, as bases de cálculo dos impostos que lhe foram distribuídos etc. Não raro, alguns deles dilatam as prerrogativas, invadindo o campo da competência de outras pessoas de Direito Público, apossando-se sem partilha de tributos da competência concorrente (artigo 21 da Constituição de 1946) e operando distorções violentas do conceito de taxa para disfarce de impostos que lhe são vedadas, quando não ultrapassando limitações rígidas do Texto Supremo.

No mesmo local do território pátrio, o contribuinte é disputado por três competências fiscais, que nem sempre coordenam as respectivas exigências para bom convívio entre si e com os governados [*sic*]<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> **Estudos e pareceres de direito tributário**, v. 1, p. 83.

<sup>105</sup> *Apud* ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria**..., *op. cit.*, p. 10.

<sup>106</sup> Quem notícia é JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES – cf. **Iniciação**..., *op. cit.*, p. 82; **Introdução**..., 2. ed., *op. cit.*, p. 103.

<sup>107</sup> **Direito**..., *op. cit.*, p. 11-12. Essa invasão de competências é registrada por CÉLIO SILVA COSTA, **Teoria e prática do direito tributário**, p. 14.



Naquele parecer, BALEEIRO ressaltava a vigência, no Brasil, de mais de cem textos de imposto de renda em cerca de 35 anos<sup>108</sup>. Daí a necessidade, que via, de uma profunda reforma, capaz de, ao menos, harmonizar minimamente as numerosas disposições legislativas então existentes.

**Outro grave problema era verificado na constante alteração de competências tributárias.** JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES menciona-a, no início de sua obra *A reforma do sistema tributário nacional*, de 1967: “A tendência revisionista do sistema de discriminação de rendas, estabelecido na constituição de 1946, vinha se afirmando, há longo tempo”<sup>109</sup>. Descreve a mesma situação, dois anos depois:

Até o advento da Emenda Constitucional n. 18, atendendo a circunstâncias da evolução da partilha tributária na sua espontaneidade, alguns impostos, numa deslocação sucessiva e meramente empírica, integraram o elenco tributário de mais de uma entidade da Federação brasileira. Essas circunstâncias aproximaram o sistema tributário brasileiro ao tipo que Schmolders denomina “histórico”, em contraposição ao sistema “racional” ou “teórico”<sup>110</sup>.

Nessa passagem, mestre SOUTO menciona as alterações no antigo Imposto de Indústrias e Profissões, que foi estadual, passou a federal, com arrecadação dividida pelos estados e pelos municípios, e terminou municipal; no Imposto Territorial Rural, que foi dos estados, depois dos municípios e hoje é da União; no Imposto sobre a Transmissão da Propriedade Imobiliária *inter vivos*, que era estadual, tornou-se municipal, voltou a ser estadual e, outra vez, retornou aos municípios; e o Imposto de Exportação, que foi dos estados para a União.

A justificativa para a inclusão, em plenário, das discussões para a consagração da **competência da União para legislar sobre direito financeiro, na Constituição de 1946**, foi a seguinte, de acordo com ALIOMAR BALEEIRO:

...disciplinar uniformemente em todo o país as regras gerais sobre a formação das obrigações tributárias, prescrição, quitação, compensação, interpretação etc., evitando o pandemônio resultante de disposições diversas não só de um Estado para o outro, mas, até, dentro do mesmo Estado, conforme seja o tributo em foco. Raríssimas pessoas conhecem o Direito Fiscal positivo do

<sup>108</sup> **Direito...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>109</sup> **A reforma do sistema tributário nacional**: emenda constitucional n. 18, p. 13.

<sup>110</sup> **Isonções...**, *op. cit.*, p. 262; **Isonções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 94; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 96.

Brasil, tal a Babel de decretos-leis e regulamentos colidentes na sua orientação geral<sup>111</sup>.

**Hoje, fica claro que a reforma não surtiu o efeito desejado.** Revela-o a “exposição de motivos” do Ministério da Fazenda, ao recomendar a reforma tributária empreendida pela Emenda Constitucional n. 18/65, quase vinte anos depois dessa discussão na constituinte de 1946. Além de descrever, criticamente e com acuidade, o sistema então vigente, demonstra, com argumentos fortes, a necessidade de uma ampla reformulação. Um dos principais problemas encontrados é a proliferação de tributos formalmente diferentes, mas incidentes sobre a mesma base econômica<sup>112</sup>. Hoje, enfrenta-se o mesmo problema: Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; PIS/Pasep e Cofins; Imposto sobre Produtos Industrializados e ICMS; Imposto de Importação, PIS/Pasep-Importação, Cofins-Importação, IPI e ICMS na importação *etc.*: tributos com bases econômicas muito aproximadas, senão idênticas. Na época, o Ministério da Fazenda propôs o fim de alguns tributos<sup>113</sup>. Outro problema identificado foi a competição, entre os estados, por meio do imposto de vendas e consignações: “*Por intermédio do impôsto de vendas e consignações os Estados estão se guerreando uns aos outros, além de criarem embaraços à comercialização dos produtos no território nacional e à exportação para o estrangeiro*” [sic]<sup>114</sup>. Problemas igualmente atuais, verificados no ICMS e, em outra escala, no ISS.

Também é um problema hodierno a excessiva tributação sobre a produção, enquanto fato econômico, cuja redução era pregada pelo Ministério da Fazenda. Como solução para a perda de arrecadação de estados e municípios, causada pela centralização dos tributos na União, a reforma propunha a distribuição das receitas. Mencionava, ainda, a necessidade de tornar os tributos não cumulativos, mesmo abrindo mão de arrecadação: outra discussão ainda presente<sup>115</sup>. Há, por fim, na exposição de motivos, a identificação do problema que encerra a prolixidade constitucional em matéria tributária:

---

<sup>111</sup> Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 206.

<sup>112</sup> O texto da exposição de motivo integra os anexos à obra *A reforma do sistema tributário nacional*.

<sup>113</sup> Cf. **A reforma...**, *op. cit.*, p. 133.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>115</sup> Cf. *ibidem*, p. 133, 134 e 139.

Não resta dúvida sobre a conveniência de assegurar-se a mutabilidade das leis e dos regulamentos, conjugada com a imutabilidade da lei básica. Mas para que atingíssemos a êsse ideal seria necessário que nossa Constituição se limitasse a traçar um roteiro de princípios, sem descer a minúcias regulamentares. Entretanto nosso texto constitucional, a par de notáveis normas de perene validade, ostenta dispositivos de precária duração. É êsse o motivo porque somos obrigados, de vez em quando, a falar em reforma constitucional [*sic*]<sup>116</sup>.

Tendo isso em vista, uma das soluções propostas foi a utilização das leis complementares, substituindo a constitucionalização de determinadas matérias<sup>117</sup>. Leis complementares a respeito de cuja hierarquia e eficácia a doutrina discute até hoje, como se percebe da recente polêmica entre JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, de um lado, e HUGO DE BRITO MACHADO e HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, de outro, na *Revista Dialética de Direito Tributário*<sup>118</sup>.

**Esse era o cenário, no Brasil, antes da Emenda n. 18/65 e do Código Tributário Nacional, época em que ALFREDO AGUSTO BECKER produziu sua obra.** No exterior, a elaboração sistemática do direito tributário coube inicialmente à Alemanha. A promulgação do Código Tributário Alemão (*Reichsabgabenordnung*), em 13 de dezembro de 1919, elaborado por ENNO BECKER, foi um marco importante na tarefa de sistematização legislativa. Ressaltam-no BALLEIRO, AMÍLCAR FALCÃO e RUY BARBOSA NOGUEIRA<sup>119</sup>. No Brasil, iniciou-se, timidamente, com as consolidações dos impostos do selo e do consumo e o regulamento do imposto de renda<sup>120</sup>. Contudo, sistematização do direito tributário, no Brasil, antes de BECKER, era algo que ainda estava por vir. Por vir, diga-se, a despeito de RUBENS GOMES DE SOU-

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>117</sup> Cf. *ibidem*, p. 139.

<sup>118</sup> O primeiro texto foi o seguinte: HUGO DE BRITO MACHADO e HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, A segurança jurídica e a identidade específica da lei complementar na Constituição Federal de 1988, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 133, out./2006. Em seguida: JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Hierarquia e sintaxe constitucional da lei complementar tributária, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 150, mar./2008. E, depois, HUGO DE BRITO MACHADO, Segurança jurídica e lei complementar. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 152, mai./2008. Cf., também, HUGO DE BRITO MACHADO, Identidade da lei complementar e a lei do simples, **Revista Jurídica Empresarial**, ano 1, n. 4, set./out. 2008. HUGO DE BRITO MACHADO publicou, em seguida, um livro sobre o tema, que leva o mesmo título da obra de Mestre SOUTO. Na “Apresentação” do livro, HUGO DE BRITO destaca que seu posicionamento, antes esposando a tese de SOUTO, foi alterado em 1997 – Cf. **Lei complementar tributária**, p. 6.

<sup>119</sup> Cf. ALIOMAR BALLEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 206; **Direito...**, *op. cit.*, p. 3 e 20-21; AMÍLCAR FALCÃO, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 35 e 125; RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Curso...**, *op. cit.*, p. 31.

<sup>120</sup> Cf. ALIOMAR BALLEIRO, **Direito...**, *op. cit.*, p. 20.

SA, o autor do Anteprojeto do Código Tributário Nacional e Presidente da Comissão redatora do projeto final, como conta BECKER:

Rubens escreveu a totalidade de seu Anteprojeto do Código Tributário por vontade própria, sem que ninguém lhe tivesse pedido. Escreveu por prazer intelectual, como o Anton Dvorak compôs sua *Sinfonia Novo Mundo*. Quando, em 1953, o Aliomar Baleeiro soube da existência desse Anteprojeto, pronto e acabado, na casa do Rubens, foi procurá-lo e pediu-lhe para propô-lo em 1953 ao Congresso Nacional, tal qual estava redigido, para que dele resultasse o Código Tributário Nacional. Rubens não fez objeção alguma. Aliomar Baleeiro propôs ao Congresso Nacional o seu exame e promulgação como Código Tributário Nacional. O Aliomar foi nomeado Relator do Anteprojeto na Câmara dos Deputados. E lá ficou o Anteprojeto do Rubens parado durante 13 anos, criando bolor e mofo verde, como o Visconde de Sabugosa quando a Emília o esqueceu atrás do armário<sup>121</sup>.

**Houve importante contribuição do esforço dos estudiosos na edição tanto da Emenda Constitucional n. 18/1965 quanto do Código Tributário Nacional.**

Tanto um como outro foram esforços, com participação doutrinária, de racionalização do direito tributário positivo. Mestre SOUTO qualifica a emenda como a etapa inicial na racionalização do sistema tributário brasileiro – racionalização que também é destacada por RUY BARBOSA NOGUEIRA<sup>122</sup>. A reforma produzida pela Emenda Constitucional n. 18/65 é uma obra de ruptura em direção a um sistema com pretensões de racionalidade, fortalecendo a defesa da autonomia didática do direito tributário. SOUTO descreve-a de forma semelhante:

A Emenda Constitucional n.º 18 representa o ponto culminante de um lento processo evolutivo do sistema tributário nacional. Todavia, trata-se de uma reforma revolucionária no sentido de uma ruptura profunda na linha tradicional de evolução da tributação no Brasil, até então nitidamente descentralizadora, posto algumas das características anteriores do nosso regime tributário, como a sua rigidez, tenham sido mantidas e até intensificadas...<sup>123</sup>

É texto de cuja elaboração participaram notáveis tributaristas da época. Sobre esse aspecto, relata, ainda, o autor:

...foi criada, pela Portaria n.º GB-30, de 27 de janeiro de 1965, do Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, uma Comissão encarregada de elaborar

<sup>121</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 44-45; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>122</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Isenções...**, *op. cit.*, p. 10; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 2; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 8; RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Curso...**, *op. cit.*, p. 37.

<sup>123</sup> **A reforma...**, *op. cit.*, p. 14.

anteprojeto de reforma da atual discriminação de rendas. Esta comissão, presidida por LUIS SIMÕES LOPES, tendo como relator RUBENS GOMES DE SOUZA e como Secretário-Executivo GERSON AUGUSTO DA SILVA, contou também com a participação de SEBASTIÃO SANTANA E SILVA, GILBERTO DE ULHÔA CANTO e MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN<sup>124</sup>.

Naquele período, **assumia-se, para a doutrina, possibilidades não apenas positivas – dizer como o direito é – mas também normativas – dizer como o direito deve ser.** RUY BARBOSA NOGUEIRA, por exemplo, dizia que, além de ter em conta a relação jurídica, a sistematização e a interpretação do direito, a ciência do direito também teria responsabilidade quanto à criação legislativa. Referindo-se à ciência do direito, afirma: “*Ela é ainda a ciência da elaboração da lei. O jurista não tem apenas a missão de conhecer e aplicar a lei, mas ainda de fazer juízos de valor, criticar, sugerir ou aconselhar a elaboração ou correção da legislação*”<sup>125</sup>. Notável exemplo dessa possibilidade é a obra *Estrutura atual do Código Tributário Nacional*, de FÁBIO FANUCCHI. Ela fora destinada a apresentar a redação que o autor, então, entendia ideal para o Código Tributário, revelando, segundo ele, uma dupla utilidade: para os estudiosos e para o governo, voltada que estava a auxiliar o órgão legislativo competente na modificação do código, tendo em vista sua adaptação à Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969<sup>126</sup>. Quando emite juízos normativos, juízos a respeito do que deve ser e não apenas do que é, a ciência do direito revela a necessidade do trabalho em complexidade. Sustenta-o RUY BARBOSA NOGUEIRA: “*Para elaborar os conceitos e mesmo as regras do Direito, o jurista precisa, muitas vezes, se apoiar em fundamentos filosóficos, sociológicos, políticos, econômicos jurídicos, éticos etc., sem perder de vista os resultados da prática e os requisitos da técnica*” [sic]<sup>127</sup>. Para ele, há uma imposição ética: um dever, do jurista, de atuar nessa melhoria da matéria legislativa<sup>128</sup>. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS tem pensamento, no particular, seme-

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 24. No mesmo sentido, cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Direito...**, *op. cit.*, p. 9.

<sup>125</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 24.

<sup>126</sup> Cf. **Estrutura...**, *op. cit.*, p. 7 e 6.

<sup>127</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 24.

<sup>128</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 21. Em nota de rodapé, esse autor traz a seguinte citação de RANDOLPH E. PAUL: “*Gostaria de acrescentar algumas palavras sobre as responsabilidades daqueles que estão melhor qualificados em razão de estudo e experiência no processo crítico da educação do cidadão que é tão essencial nestes tempos difíceis. Nestas responsabilidades estão incluídos os economistas, muitos advogados, todos os especialistas do Direito Tributário, uma amplo grupo de pessoas de pensamento que estão equipadas em um ou outro sentido, por um conhecimento peculiar, do que deva ser feito para sanar*

lhante: “É também verdade que a assepsia total do Direito, não contaminado por elementos de interpenetração de outras áreas, sobre empobrecê-lo, restringe o papel do jurista ao de um costureiro da ordem social, e não mais o médico, que sempre foi”<sup>129</sup>. Contemporaneamente, há algumas vozes, como a de MARCOS CINTRA<sup>130</sup>. Há trabalhos importantes, inclusive, nesse sentido prospectivo e normativo, como o esforço coordenado por EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI em relação ao Imposto de Renda<sup>131</sup>. Mas fogem à regra metodológica posta, que prescreve o silêncio da ciência no que respeita às possibilidades de alteração legislativa: jamais falar sobre o dever-ser – porque, assumindo-se o dualismo hume-kelseniano, isso seria racionalmente impossível.

Dentre os dispositivos da Emenda Constitucional n. 18/65, alguns merecem destaque, por sua **intenção claramente racionalizadora e sistematizadora**. A transferência do imposto de exportação para o âmbito de competência da União, de modo a conferir-lhe a possibilidade de atuação extrafiscal unificada, é um bom exemplo. Outro é a redução da multiplicidade de incidências tributárias sobre o mesmo fato econômico. A criação dos impostos sobre a produção e a circulação, em substituição aos antigos impostos sobre consumo e sobre vendas e consignações trouxe consigo a proibição da cumulatividade<sup>132</sup>. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES destaca, ainda, outra intenção relevante e audaciosa da emenda: sistematizar a tributação, de modo a conceber um verdadeiro sistema tributário nacional: “Consoante a esclarecedora advertência da Comissão Especial, referindo-se ao projeto agora convertido na Emenda Constitucional n.º 18, a reforma visa a organizar em sistema o direito tributário nacional, e não meramente reformular a discriminação de rendas”<sup>133</sup>. É pertinente transcrever as diretrizes reconhecidas pelo Conselho Diretor da Associação Comercial do Rio de Janeiro,

---

*as falhas existentes e o que pode ser feito para adaptar a legislação tributária e a política fiscal às exigências econômicas do futuro. Estas qualificações especiais implicam responsabilidades que não podem ser desobrigadas omissivamente” – Curso..., op. cit., p. 21, n. 5.*

<sup>129</sup> Teoria da imposição tributária, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Curso de direito tributário**, p. 9.

<sup>130</sup> Cf. Paradigmas tributários: do extrativismo colonial à globalização na era eletrônica, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso de direito tributário e finanças públicas**, op. cit., p. 24.

<sup>131</sup> EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Decadência no imposto sobre a renda**: investigação e análise, v. 1.

<sup>132</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **A reforma...**, op. cit., p. 67, 28 e 78.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 31.

no projeto que antecedeu a Emenda Constitucional n. 18/65. Elas fazem as vezes de um resumo dos méritos daquela emenda:

- a) – racionalizar o sistema tributário, substituindo as atuais distinções meramente jurídicas de áreas de incidência, por conceituações que reflitam a realidade dos fluxos econômicos;
- b) – possibilitar a unificação das políticas monetária e fiscal, notadamente através de uma reestruturação no imposto de exportação e do imposto sobre transações financeiras;
- c) – federalizar o tributo incidente sobre produtos destinados à exportação, a fim de torná-lo meio adequado a fomentar novas vendas externas;
- d) – incentivar a comercialização e a industrialização através da eliminação da cobrança do imposto de vendas e consignações em cascata, o que representará maior oferta de empregos e aumento da eficiência, com a diminuição dos preços;
- e) – estabelecer limites a possíveis arbítrios tributários partidos de autoridade de determinados municípios ou Estados, em prejuízo de outras cidades e regiões e conseqüentemente da economia nacional, como um todo;
- f) – racionalizar a cobrança do imposto de transmissão “inter vivos” e “causa mortis”, de forma a eliminar o efeito negativo do regime atual no sistema econômico;
- g) – levar em conta as inter-relações entre impostos federais, estaduais e municipais, de forma a fortalecer o sistema federativo, através de uma discriminação de rendas equânime e de acordo com os anseios nacionais;
- h) – isentar de impostos os gêneros de primeira necessidade [*sic*]<sup>134</sup>.

Não obstante, de lá para cá, o trabalho doutrinário não foi capaz de impedir que o sistema tributário brasileiro incorporasse muitos tributos sobre renda e receita e um “imposto de importação” estadual, chamado ICMS; aceitasse incidências de ICMS na exportação, por substituição tributária para frente; admitisse falhas graves no sistema de não cumulatividade, tanto no IPI e no ICMS, quanto no PIS/Pasep e na Cofins; permanecesse possibilitando a “guerra fiscal” *etc.*

Com a reforma, surgiu a previsão da edição de normas gerais de direito tributário por lei complementar, que resultaram no Código Tributário Nacional – CTN. Se a tributação, no Brasil de hoje, já é bastante complicada sob o ponto de vista legislativo, imagine-se tal situação antes da lei de normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Naquela época, as várias esferas de competência tributária agiam de forma desordenada e descoordenada, dada a ausência de normas tributárias de âmbito nacional, trazendo dificuldades tanto para o

---

<sup>134</sup> Parecer da Comissão Mista incumbida de apreciar o Projeto de Emenda à Constituição n. 8, de 1965, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *A reforma...*, *op. cit.*, p. 152-153.

cidadão contribuinte quanto para a fiscalização tributária<sup>135</sup>. **Além da Emenda 18/65, também a edição do CTN teve, como objetivo, a racionalização do direito tributário brasileiro.** A codificação do direito financeiro foi discutida na Assembleia Constituinte que preparava a Constituição de 1946. Foi, inicialmente, repelida, na Grande Comissão, mas renovada em plenário. Em 1953, o Ministro da Fazenda, OSVALDO ARANHA, entregou a RUBENS GOMES DE SOUSA a tarefa de elaborar o anteprojeto do Código Tributário – em realidade, foi a encampação, pelo governo, da solicitação de dois deputados da oposição. O anteprojeto contou com a aprovação entusiasmada de ALIOMAR BALEEIRO, que ressaltava tanto sua excelência, quanto a competência de seu autor. Publicado no Diário Oficial de 25 de agosto de 1953, o projeto também recebeu elogios de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, que destacou sua correção técnica, e de AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, que enfatizou o objetivo de dar efetividade aos preceitos constitucionais tributários. Até hoje, o Código Tributário vigente no Brasil mantém a sistemática do projeto<sup>136</sup>.

A lei foi discutida pelo antigo IBDF, o Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, depois ABDF, Associação Brasileira de Direito Financeiro. Integravam-no, dentre outros, GILBERTO DE ULHÔA CANTO e CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES<sup>137</sup>. Ficou parado o projeto – n. 4.834/1954 – até que foi retomado pelo presidente CASTELLO BRANCO, já após a Emenda n. 18/65, como parte do plano de reestruturação do sistema tributário nacional<sup>138</sup>. Diante disso, o projeto foi reformulado pelo próprio RUBENS, por ULHÔA CANTO e por GÉRSOON AUGUSTO DA SILVA<sup>139</sup>. Então, em 25 de outubro de 1966, foi finalmente publicada a Lei n. 5.712, posteriormente batizada como “Código Tributário Nacional”. Com a Constituição de 1967, que previa, em seu artigo 19, § 1.º, lei complementar para editar normas gerais de direito tributário, dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, **a Lei n. 5.172/66 passou a ostentar eficácia de lei complemen-**

<sup>135</sup> Cf. VALENTIM F. BOUÇAS, Prefácio, in GERSON AUGUSTO DA SILVA, **Sistema tributário brasileiro**, 1946, *apud* JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **A reforma...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>136</sup> Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 205-207; **Direito...**, *op. cit.*, p. 7-9, 12, 22 e 28; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Isenções...**, *op. cit.*, p. 165; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 139; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 164-165; AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>137</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Curso...**, *op. cit.*, p. 488.

<sup>138</sup> Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 207; **Direito...**, *op. cit.*, p. 9; SÉRGIO PINTO MARTINS, **Manual de direito tributário**, p. 24.

<sup>139</sup> Cf. FÁBIO FANUCCHI, **Curso...**, *op. cit.*, p. 25.



**tar, naquilo em que cumpre a função de editar normas gerais.** Ficou, dali em diante, nesses casos, somente alterável ou revogável por esse instrumento legislativo.

**Um dos principais méritos do Código Tributário Nacional foi a organização do direito positivo,** criando, com fundamento constitucional, normas gerais de direito tributário aplicáveis a todos os entes dotados de competência tributária, unificando conceitos fundamentais, como fato gerador, base de cálculo, obrigação tributária, sujeito passivo, lançamento, crédito tributário, prescrição, decadência, isenção *etc.* Todos esses conceitos, mais outros pontos, como os relativos à interpretação, integração e aplicação da legislação tributária, são, em maior ou menor medida, fruto de inserção de teorias doutrinárias no direito positivo.

**O objetivo é garantir segurança:** se todos sabem o que é fato gerador, obrigação tributária e outros; se esses conceitos, antes discutidos, agora são normativamente vinculantes para todos; então não haverá mais discussão a respeito deles. A balbúrdia estaria controlada, e tanto os contribuintes quanto os entes fiscais teriam, afinal, a segurança tão necessária. ALIOMAR BALEEIRO salienta o caráter “científico” do Código Tributário Nacional, revelando uma tarefa, para o cientista do direito, hoje perdida: trabalhar na elaboração legislativa. Atualmente, o trabalho científico reduz-se à interpretação do direito já posto. Mas, à época, dizia BALEEIRO: “*O Código, no sentido moderno da linguagem, coroa o desenvolvimento dum ramo do Direito, convertendo-o em todo racional, equilibrado e harmonioso, segundo a construção científica de seus elaboradores*”<sup>140</sup>. Segundo GERALDO ATALIBA, foi graças à influência de RUBENS, ULHÔA CANTO e BALEEIRO que o caráter vinculado da competência para editar o lançamento tributário tornou-se norma positivada no Código Tributário Nacional<sup>141</sup>.

BALEEIRO anota: os códigos estimulam estudos jurídico-científicos<sup>142</sup>. Seguindo essa linha, além de contribuir com a organização do direito positivo, o Código Tributário Nacional também foi fonte de inspiração para o progresso da ciência do direito tributário, suscitando críticas às concepções tradicionais, então inabaladas<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> **Direito...**, *op. cit.*, p. 12.

<sup>141</sup> Cf. **Estudos...**, v. 1, *op. cit.*, p. 100.

<sup>142</sup> Cf. **Direito...**, *op. cit.*, p. 19.

<sup>143</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XIV; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

Mas **ALFREDO AUGUSTO BECKER** veio antes desses esforços legislativos, que **marcaram o início do direito tributário brasileiro**. Compreende-se bem, agora, o que o rodeava, quando da elaboração e publicação da *Teoria geral do direito tributário*. A eclosão de uma ciência do direito tributário, com as pretensões da ciência moderna é, então, historicamente compreensível. Se cabe à ciência moderna, baconiana-mente, o trabalho útil de dominar a natureza e fazê-la trabalhar a seu favor, cabia à ciência do direito tributário o trabalho, também utilíssimo e prático, de dominar o direito positivo, trazendo a segurança necessária ao cotidiano tributário. Contudo, a “Babel”, da qual reclamava BALEEIRO, na década de 1940, é lamentada, por SOUTO, sessenta e cinco anos depois!<sup>144</sup> Não se sabe mais o que é o fato gerador, porque essa noção foi substituída pela de fato jurídico tributário e de hipótese de incidência. Mas, já não se sabe mais também o que é fato jurídico tributário, desde a inserção do dualismo entre fato e evento. Isso, lamentavelmente, prova que a ciência do direito tributário, mesmo pretendendo limitar-se à descrição rigorosa do direito positivo em metalinguagem sistematizadora, não conseguiu dar conta das tarefas a que se propôs. Contudo, essa é questão para o decorrer desta tese; por ora, cabe registrar a revolução que BECKER proporcionou ao estado de coisas que o circundava.

### 1.3 ALFREDO AUGUSTO BECKER: a revolução beckeriana

#### 1.3.1 Os principais problemas percebidos por ALFREDO AUGUSTO BECKER

*“E que jurista é digno desse nome se não pensa autarquicamente os problemas do jurídico – e em particular do Direito Tributário?”<sup>145</sup>*

**ALFREDO AUGUSTO BECKER foi, além de jurista e advogado, pensador e poeta.** Trabalhou com intensidade, empenho e seriedade no direito tributário<sup>146</sup>. Sua *Teoria geral do direito tributário* é obra escrita diante dos objetivos os mais no-

<sup>144</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 1.

<sup>145</sup> Prefácio à 1.º edição, in HELENO TÔRRES, **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**, p. 17.

<sup>146</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio à 2.º edição, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 10; Prefácio, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, *op. cit.*, p. VII; Alfredo Augusto Becker, in DEJALMA DE CAMPOS (coord.), **Tributo...**, *op. cit.*, p. 25.

bres, e que está dentre as obras sobre direito tributário, publicadas no Brasil, que obtiveram os resultados mais expressivos até hoje. De BECKER, PAULO DE BARROS CARVALHO destaca o “...*ideal vivido com entusiasmo e emoção, de quem se apega, efetivamente, a um compromisso sério e definitivo com a existência*”; sua “...*retidão de princípios...*”, e sua “...*sensibilidade...*”; e fala “...*daquele romantismo com que a trajetória de Becker encheu os olhos, a consciência e o coração de seus contemporâneos*”<sup>147</sup>.

**Sua Teoria geral do direito tributário é uma obra revolucionária.** Sua consagração, diz SOUTO, foi avassaladora<sup>148</sup>. Nesta tese, é vista como o marco do surgimento da ciência do direito tributário no Brasil, e sua influência é presente até os dias atuais. Feita a contextualização histórica de sua obra, expor-se-ão os problemas que BECKER detectou e suas propostas de solução, para, adiante, compreender a situação contemporânea dos problemas que suscita, procurando seguir a linha de GILLES-GASTON GRANGER: “*Uma vez assegurado o esforço de compreensão leal, pode e deve desenvolver-se livremente uma reflexão que discuta o texto para relacioná-lo, de um lado, às circunstâncias históricas que lhe infundem sua relatividade e, de outro, aos termos atuais dos problemas que ele coloca*” [sic]<sup>149</sup>.

**A situação em que se encontrava BECKER e a doutrina tributarista,** quando de sua decisão de escrever a *Teoria geral* foi, depois, por ele exposta no *Carnaval tributário*:

Em 1958, aos 30 anos de idade, descobri que eu era um grande ignorante da Ciência Jurídica e que essa ignorância não seria satisfeita por nenhum dos livros de Direito Tributário (brasileiros, portugueses, franceses, italianos, alemães, uruguaios e argentinos) que lotavam minha biblioteca de advogado “especializado” em Direito Tributário. Todos esses livros padeciam da mesma ignorância, e a minha ficou consolada por estar cercada de tão numerosa, simpática e internacional companhia. Contudo, continuei insatisfeito<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Prefácio à 2.º edição, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 9 e 10.

<sup>148</sup> **Presença...**, *op. cit.*, p. 18; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 166; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 215.

<sup>149</sup> Introdução, in RENÉ DESCARTES, **Discurso do método; meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas**, p. 6.

<sup>150</sup> *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 17; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 27.

Dada essa situação, impunha-se a denúncia dos problemas – as “...*candentes denúncias de Alfredo Becker...*” a que se refere GERALDO ATALIBA – e a edificação de propostas<sup>151</sup>.

**O primeiro problema identificado por BECKER é metodológico.** Se se trata de direito, então o direito tributário é, antes de tudo, e antes mesmo de ser tributário, direito, e como tal deve ser estudado. Dispersas no ordenamento, assistemáticas e desarmônicas, as normas tributárias mereciam um esforço de sistematização, o que presupunha um determinado método. Afinal de contas: com o que se está a lidar ? Como se lida com esse objeto ? Qual o método para compreendê-lo ? Que caminho a doutrina deveria seguir para compreender o direito tributário ?<sup>152</sup>

Nesse ponto, BECKER busca inspiração em FERNANDO SÁINZ DE BUJANDA, A. D. GIANNINI e ANTONIO BERLIRI, que, na segunda metade da década de 1950, manifestaram, na Europa, o mesmo entendimento, segundo o qual **o problema era a falta de fronteiras rigorosamente estabelecidas, no plano teórico, entre o direito tributário e a ciência das finanças**<sup>153</sup>. BECKER estende essa percepção à realidade brasileira de seu tempo<sup>154</sup>.

Uma das preocupações centrais do autor foi impedir que, sob o intento de interpretar e aplicar o direito tributário, fosse efetuada a criação do direito tributário; sob o argumento de interpretação do direito, fizesse-se política tributária; **sob a justificativa de ser jurista, invadir a competência do político.** Segundo o autor, a confusão entre o momento da criação e o momento da interpretação da norma tributária acometia a maioria dos especialistas<sup>155</sup>.

O modo como a tributação era tratada no Brasil, no âmbito jurídico, permitia, segundo BECKER, “...*engendrar, com catedrática gravidade, teses tributárias pseudojurídicas cujo empirismo larvar confrange o jurista*”. Continua, dizendo que essas teses causam, dentre outros problemas, o surgimento daquilo que denominou “**direito tributário invertebrado**”. Trata-se de um ser “...*híbrido e teratológico...*”, que se

<sup>151</sup> Prefácio, in AIRES F. BARRETO, **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**, p. 13.

<sup>152</sup> “A palavra método etimologicamente deriva do latim *methodus*, termo por sua vez originário do grego *methodos*, que significa caminho” – JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Curso...**, *op. cit.*, p. 61.

<sup>153</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 4.

<sup>154</sup> Cf. *ibidem*, p. 6.

<sup>155</sup> Cf. *ibidem*, p. 5.

adapta docilmente às vontades do intérprete, como na doutrina do fato gerador como um fato econômico, ou da interpretação e aplicação do direito tributário segundo a realidade econômica subjacente, supostamente fundamentadas numa “...*misteriosa e sacrossanta...*” autonomia do direito tributário. Autonomia essa que permitiria a seus defensores imaginar, ainda segundo o advogado gaúcho, que as leis tributárias deveriam ser interpretadas diferentemente das demais leis, e com base em métodos exegéticos especiais, o que, para ele, era profundamente problemático<sup>156</sup>. Àqueles que não reconheciam o perigo do direito tributário invertebrado, consubstanciado na “...*submissão do contribuinte aos caprichos da subjetividade do juiz e da ganância do Estado*”, BECKER chamou de “...*pára-quedistas do Direito Tributário*”, porque “*Eles saltavam da Economia diretamente para dentro do campo jurídico, tendo como armamento a total ignorância do que é o jurídico*”<sup>157</sup>.

Submisso a caprichos subjetivos no momento da interpretação, o cidadão não tinha segurança alguma a respeito do seu direito. O positivismo jurídico-científico, contextualiza ARTHUR KAUFMANN, foi uma reação à arbitrariedade dos juízes, que era suscitada pelo jusracionalismo, e à insegurança jurídica dela decorrente<sup>158</sup>. BECKER percebeu o mesmo no direito tributário, e sua reação foi, precisamente, defender um positivismo jurídico-científico nesse âmbito especializado do direito. Denunciou a **falta de uma genuína atitude mental jurídica**, da qual resultam as conclusões, invertebradas, de borracha, que o juiz adapta ao caso concreto, segundo seu arbítrio pessoal. Esse desvirtuamento do direito tributário permite, de forma abominável, tentar equilibrar orçamentos deficitários com a tributação do intributável. O mesmo efeito é trazido, sustenta, pela rebelião do fato – como as considerações a respeito do contribuinte de fato, ou dos efeitos econômicos do fato gerador, que repercutem de forma nefasta e atrasam o desenvolvimento da ciência do direito tributário. Sem uma fundamental atitude mental especificamente jurídica, BECKER é categórico, não existe direito e nem há jurista<sup>159</sup>. O advogado critica, ainda, o pleito de autonomia ao direito tributário, que funciona como pretexto para a imposição de formas próprias de interpretação, que de-

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 13, 15, 16 e 111.

<sup>157</sup> *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 21; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

<sup>158</sup> Cf. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, in ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER (org.), **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo** p. 114.

<sup>159</sup> Cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 40, 17, 94 e 27.

ságuam nesse direito tributário molusco. Falando daqueles que invocam a autonomia, diz: “*Em nome da defesa do Direito Tributário, eles matam o ‘direito’ e ficam apenas com o ‘tributário’*”<sup>160</sup>. Nesse sentido, JOSÉ ROBERTO VIEIRA destaca

...a motivação do grande ALFREDO AUGUSTO BECKER para escrever a obra que revolucionou o nosso Direito Tributário, no alvorecer da década de sessenta do século passado: o desconhecimento e a negligência dos tributaristas para com a teoria geral, que os fazia destruir o que havia de jurídico no Direito Tributário, esquecendo que o “Direito Tributário”, antes de ser “Tributário”, é “Direito”!<sup>161</sup>

**ALFREDO AUGUSTO BECKER percebeu o problema que há em considerar o direito tributário algo “autônomo” e, daí, concluir que aquilo que vale para outros “ramos” do direito não vale para ele**<sup>162</sup>. De forma paradoxal, sua proposta de instituição científica do direito tributário, em direção a uma maior segurança, passa, fundamentalmente, pela negação de sua autonomia. Foi negando autonomia científica ao direito tributário que BECKER foi essencial na consagração da autonomia, acadêmica e legislativa, do mesmo direito tributário !

### 1.3.2 As principais propostas de ALFREDO AUGUSTO BECKER

*“A origem guarda o que há de mais grandioso”*<sup>163</sup>

**Durante o processo de gestação da *Teoria geral***, seu autor conta ter investido, na obra, quatro anos de férias, fins de semana e feriados, além das manhãs dos dias úteis – as tardes permaneceram destinadas à advocacia. Concentrou-se no estudo da teoria geral do direito e da teoria geral do estado<sup>164</sup>. Algo como um doutorado em direito – aliás, esse doutorado BECKER concluiu quando encontrou, pela primeira vez,

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>161</sup> Prefácio: teoria do ato administrativo: um “vagabundo de Deus” e um peregrino da ciência, in ANDRÉ FOLLONI, **Teoria do ato administrativo**, p. 17.

<sup>162</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 256.

<sup>163</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>164</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 17-18; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 28.

RUBENS GOMES DE SOUSA: “*Naquelas 5 horas, antecipei 50 anos de estudo do Direito Tributário e me autograduei Master e Ph.D. em Direito Tributário*”<sup>165</sup>.

Verificado o problema que era o direito tributário dos tempos heroicos, cumpria, a BECKER, iniciar sua solução pelo início, começar efetivamente do começo: **separar, compartimentalizar, departamentalizar o estudo, puxando o direito tributário para cá e empurrando a ciência das finanças para lá**. O autor viu a necessidade de definir o que é o direito tributário, em face de tudo aquilo que, embora proximamente localizado em seu entorno, não é propriamente direito tributário. Importa “...distinguir o plano econômico do plano jurídico e... dar ao Direito Tributário um tratamento científico-jurídico e não científico-financeiro” – é o elogio que o advogado faz a BENEDETTO COCIVERA, preparando a crítica à tese desse sobre a substituição tributária<sup>166</sup>. Sob pena, caso contrário, da completa dissipação de toda a juridicidade do direito tributário. Sem essa distinção, as obras de direito tributário continuariam híbridas – ou, alternativamente, a ser meros comentários a leis fiscais, pobres de fundamento jurídico-científico<sup>167</sup>.

O jurista gaúcho sustenta a possibilidade e a necessidade da separação entre direito, economia e ciência das finanças, apoiado em larga doutrina nacional e internaci-

---

<sup>165</sup> Cf. *ibidem*, p. 43; p. 58. Pela referência ao doutorado, e esta é uma tese de doutoramento, já me desculpo e justifico, com BECKER e MARITAIN: “*Um certo humor na linguagem – conclui Jacques Maritain – é precisamente o sinal do maior respeito pela seriedade da matéria sobre a qual se escreve*”. Ou, com BECKER e BERGSON: “*É falso pensar que o tratamento risonho de uma coisa grave seja indício de análise superficial da mesma. Toda vez que um juízo crítico é emitido de uma forma humorística, pode-se ter certeza que o autor daquele juízo examinou o objeto de sua crítica com frieza, porque o riso – demonstra Henri Berson – não tem maior inimigo que a emoção... O humor se dirige diretamente à inteligência pura... O humor acorda a consciência*” – *ibidem*, p. 68 e 70; p. 87 e 88. Ou, ainda, com EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI: “*Afinal que seria de um sábio sem humor? Seria ele mesmo um sábio?*” – Planejamento tributário e estado de direito: fraude à lei, reconstruindo conceitos, in ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, **Interpretação e estado de direito**, p. 256. LUDWIG VON BERTALANFFY recomenda também humor ao trabalho científico: “*Creio que uma certa quantidade de humildade intelectual, ausência de dogmatismo e bom humor adiantariam muito para facilitar os debates, que de outro modo poderiam tornar-se exacerbados, a respeito das teorias e modelos científicos*” – **Teoria geral dos sistemas**, p. 211 – originalmente, publicado como *General System Theory*, em 1968. Deve-se levar a sério, nesse sentido, o aforismo n. 327 de **A Gaia Ciência**, de NIETZSCHE, na página 217: “*Levar a sério. – O intelecto é, na grande maioria das pessoas, uma máquina pesada, escura e rangente, difícil de pôr em movimento; chamam de ‘levar a coisa a sério’, quando trabalham querem pensar bem com essa máquina – oh, como lhes deve ser incômodo o pensar bem! A graciosa besta humana perde o bom humor, ao que parece, toda vez que pensa bem; ela fica ‘séria!’ e ‘onde há riso e alegria, o pensamento nada vale’: – assim diz o preconceito dessa besta séria contra toda ‘gaia ciência’. – Muito bem! Mostremos que é um preconceito!*”.

<sup>166</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 571-572.

<sup>167</sup> Cf. *ibidem*, p. 4.

onal<sup>168</sup>. Um dos motivos é **impedir que se entenda, a priori, que as definições dos termos de outras ciências sejam as mesmas sob o ponto de vista jurídico**. É evitar, por exemplo, que aquilo que se entende por “imposto”, na economia, seja simplesmente transplantado para o direito, e que se compreenda, de forma rápida e sem maior reflexão, qualquer menção a “imposto” no direito positivo com o mesmo significado. É atalhar o raciocínio imediato que transfere, em outro exemplo, o conceito de “taxa”, da ciência das finanças, para o campo do direito tributário. Ao contrário: quando se lê “imposto” ou “taxa”, no direito positivo, deve-se, nessas palavras, compreender um conceito jurídico, necessariamente sujeito a outros influxos, diversos daqueles presentes nas demais ciências afins. A inserção do conceito no ordenamento implica condicionamentos sistemáticos próprios, decorrentes dos outros elementos do sistema normativo e da totalidade mesma desse sistema. Faltou a BECKER, contudo, considerar que o direito tributário não é imune aos condicionamentos dos outros elementos do sistema social, e da totalidade desse sistema. A recursividade entre os condicionamentos internos ao ordenamento jurídico – no sentido mais estrito dessa expressão – e os condicionamentos a ele externos ficou ainda por ser pensada.

Ensina BECKER, em sua linguagem peculiar: *“Ora, os estimulantes jurídicos (princípios e conceitos jurídicos) devem necessariamente provocar, na atitude mental jurídica, um outro (diferente) reflexo e não o mesmo reflexo que era provocado quando aquele princípio ou conceito era da Ciência das Finanças Públicas, portanto, de natureza apenas econômica...”*. “Tributo”, em economia, pode significar muitas coisas; no direito tributário brasileiro, contudo, é *“...toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”* (Código Tributário Nacional, art. 3.º)<sup>169</sup>. Por isso, não é correto esquecer MIGUEL REALE, quando identifica a dogmática jurídica como o *“...momento em que a Ciência Jurídica atinge a sua expressão culminante e própria...”*, ao falar do *“...momento essencial da Ciência do Direito, a Dogmática Jurídica...”*<sup>170</sup>. PAULO DE

<sup>168</sup> Cf. o capítulo “Ciência das finanças públicas e direito tributário”, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 22-28.

<sup>169</sup> Cf. ANDRÉ FOLLONI, Dogmática e positivismo em revista, **Raízes Jurídicas**, v. 3, n. 1, p. 168.

<sup>170</sup> **Lições preliminares de direito**, p. 326.



BARROS expõe a proposta fundamental da obra de BECKER: estruturar o pensamento do jurista, para que trabalhe com senso jurídico. São dele as seguintes palavras:

Chegara o tempo, para o ilustre jurista gaúcho, de os tributaristas, envolvidos até então com a trama cada vez mais complexa dos atos normativos editados sobre o assunto, passar a refletir sobre ele, construindo pensamentos coerentes e aptos para a solução dos problemas práticos do dia a dia. Isso, contudo, implicaria inevitável revisão acerca dos fundamentos, dos pontos de partida do raciocínio jurídico, plasmado em cima de tradicionais e vetustos preconceitos. Daí o declarado propósito de promover a reeducação da atitude mental dos juristas, em face do direito tributário, modificação cuja tônica apontava para o retorno aos princípios da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, justamente porque o direito tributário, antes de ser tributário, era e é direito<sup>171</sup>.

Diante de tudo isso, até – e sobretudo – **os fundamentos mais óbvios e axiomáticos do direito tributário merecem sério questionamento crítico**. Há muito de bacon-cartesianismo na proposta de BECKER, que dirige o jurista ao “esclarecimento”, na interpretação de ADORNO e HORKHEIMER a respeito da *Aufklärung*: “...dissolver o mito e substituir a imaginação pelo saber”<sup>172</sup>. O fundamento óbvio é o mito, e seu questionamento rigoroso leva à substituição – mantendo ou não seu conteúdo – pelo saber. Nada de se aceitar acriticamente os fundamentos, muito menos os óbvios: essa pode ser apontada, sem erro, como uma das consignas fundamentais do pensamento beckeriano<sup>173</sup>. Lamentavelmente, porém, certos mitos permanecem, como o da coerência e perfeição do discurso científico, assim como certos fundamentos óbvios, como a homogeneidade sintática de todas as normas jurídicas de todos os ordenamentos, sem pô-los em questão.

Com seu estudo, **BECKER, claramente, pretende um grande passo em direção à segurança**. Na clássica querela da filosofia do direito entre justiça e segurança jurídica, opta decididamente pela segunda. Faz suas as críticas de GILBERTO DE ULHÔA CANTO, segundo o qual os especialistas “...nunca podem antecipar em que medida coincidirão a certeza científica do que afirmam, e a certeza pragmática do que os tribunais decidem”<sup>174</sup>. Era preciso previsibilidade a respeito das decisões con-

<sup>171</sup> Prefácio, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, op. cit., p. VI.

<sup>172</sup> **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos, p. 19 – originariamente publicada como *Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente*, em 1947.

<sup>173</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, op. cit., p. 11-14.

<sup>174</sup> *Apud* ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, op. cit., p. 7.

cretas; que elas fossem controláveis; que houvesse, em suma, segurança jurídica, certeza do direito – que significa, justamente, em uma de suas acepções, previsibilidade, como ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA<sup>175</sup>.

Para isso, **BECKER deseja conferir, aos estudiosos do direito tributário, aquilo que denomina “atitude mental jurídica”**. Essa ideia foi por ele desenvolvida a partir da obra de J. HAESERT e das críticas a ela dirigidas por NORBERTO BOBBIO<sup>176</sup>. Trata-se de ver o direito tributário em sua juridicidade – na mesma linha do que GERALDO ATALIBA, mais tarde, denominaria “espírito científico”<sup>177</sup>. Enxergar o direito tributário como direito positivo. Perceber o direito tributário com atitude mental jurídica – não política, econômica ou financeira, no sentido da ciência das finanças. Modificar a atitude mental é fazer a cabeça do leitor, como explica o próprio BECKER: “*A finalidade do livro Teoria Geral do Direito Tributário é fazer a cabeça do leitor, a fim de que ele – independente do tempo e lugar – por si mesmo resolva o problema jurídico criado pela lei (anterior ou posterior) ao livro. E isso independente do país onde esse leitor for advogado ou juiz*” [sic]<sup>178</sup>. Se, na fundação da ciência moderna, FRANCIS BACON assumiu o desiderato de preparar a mente dos seres humanos, também BECKER, na fundação do direito tributário brasileiro, nos moldes daquela ciência, propôs-se o mesmo<sup>179</sup>. Note-se, desde logo, a pretensão de universalidade e atemporalidade que BECKER imprimiu à sua teoria jurídico-tributária.

**Combater o direito tributário invertido é ponto fundamental da obra beckeriana.** Isso é feito mediante a concessão de autonomia hermenêutica ao jurídico em face de outros campos da vida social e, paradoxalmente, pela negação da autonomia ao direito tributário em relação aos demais cantos do direito. A primeira lição evita o transpor irrefletido de conceitos extrajurídicos para o âmbito jurídico-tributário; a segunda, que se outorgue ao direito tributário um método próprio de interpretação – evita, portanto, concepções como a de RUBENS GOMES DE SOUSA, para quem, na

<sup>175</sup> Cf. Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo “viver perigosamente”, in AIRES FERNANDINO BARRETO *et al.*, **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**, p. 326-348.

<sup>176</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 48-51.

<sup>177</sup> **Estudos...**, v. 1, *op. cit.*, p. 137.

<sup>178</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 19; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 29.

<sup>179</sup> **Novum organum**, in **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida**, p. 61-75.

década de 1950, “...os atos, contratos ou negócios cujos efeitos econômicos sejam idênticos devem produzir efeitos tributários também idênticos, muito embora as partes lhes tenham atribuídos formas jurídicas diferentes”; ou de ALIOMAR BALEEIRO, que, na mesma década, escreveu: “O intérprete da lei fiscal não se pode deixar conduzir pelo mero aspecto formal dos atos ou fatos impositivos. No consenso das maiores autoridades no assunto, constitui seu dever perquirir do conteúdo econômico de tais fatos, buscar a ‘ability to pay’ dos financistas da língua inglesa, enfim, aquela ‘capacidade econômica’ do art. 202 da Constituição brasileira” [sic]; ou ainda de GILBERTO DE ULHÔA CANTO, que também na década de 1950, sustentou ser “...ponto pacífico, hoje em dia, que o Direito Tributário, sendo disciplina autônoma, comporta construção dogmática peculiar às suas finalidades e características de ramos do Direito Público”, daí partindo para ressaltar a importância do cânone que “...manda se considere o aspecto econômico dos atos, fatos ou situações tributáveis...”, concluindo, para admitir “...como verdade cientificamente já demonstrada certa e incontestável, que só os aspectos econômicos interessam ao Direito Tributário, em qualquer ato, fato ou situação de que o mesmo se aproprie, para fins de incidência” [sic]; e mais adiante, em parecer datado de 1951, defendendo que “...há que se reconhecer que ao enunciar ‘...produção, comércio, distribuição e consumo, bem assim importação e exportação...’ no texto em exame, o constituinte estava discriminando tipos gerais de tributos, pelos efeitos econômicos, sem restringir-se a contornar fatos geradores (elementos jurídicos)”<sup>180</sup>. Esta última posição, a respeito das competências tributárias e dos conceitos adotados pela constituição, encontra-se, atualmente, superada pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E registre-se parecer de 1954, do mesmo autor, sustentando:

---

<sup>180</sup> RUBENS GOMES DE SOUSA, **Compêndio...**, op. cit., p. 80; ALIOMAR BALEEIRO, **Clínica...**, op. cit., p. 126; GILBERTO DE ULHÔA CANTO, **Temas de direito tributário**: pareceres e estudos, p. 66-67 e 166. BALEEIRO refere-se ao artigo 202 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, assim redigido: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. ULHÔA CANTO, por sua vez, refere-se ao artigo 15, III, da mesma constituição: “Compete à União decretar impostos sobre produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica”.

...sempre que o legislador competente para disciplinar um tributo privativo, cuja atribuição constitucional lhe tenha sido feita em termos de fixação do respectivo fato gerador, venha a fazê-lo mediante a criação de figuras tributárias outras que não as logicamente resultantes do texto constitucional, vale dizer, que visem atingir situações ou negócios jurídicos assimilados pela lei tributária, àqueles que a Constituição referiu, mas que em substância não sejam tais, estará a invadir, ou a competência privativa de outros entes também dotados de poder impositivo, ou, se não houver tal invasão, estará golpeando o campo dos tributos concorrentes [*sic*]<sup>181</sup>.

O problema com essa interpretação pela realidade econômica é que, com ela, abre-se a possibilidade de **transformar uma conduta juridicamente lícita em juridicamente ilícita, por motivos econômicos e não jurídicos, e vice-versa**, a gerar insegurança jurídica, e, no limite, inexistência de direito: não se sabe mais o que se pode e o que não se pode fazer. O mesmo se diga da moral: condutas lícitas, sob o ponto de vista jurídico, tornam-se ilícitas em razão da moral própria de quem as analisa. Na mesma esteira de sua negação de interpretações econômicas do direito tributário, BECKER nega qualquer possibilidade à moral ou ao direito natural em contraste com o direito positivo<sup>182</sup>.

Percebe-se, então, **a necessidade de que as pretensões de neutralidade e objetividade científicas fossem ressaltadas**: isso evitaria que o direito fosse manejado, por quem detivesse essa competência, da forma por ele subjetivamente desejada. De toda a embriogênese do estado que empreende, o autor conclui que só existe direito quando emanado do estado: o direito é o direito do estado, por ele positivado, e nada mais: o estado é a única fonte do direito<sup>183</sup>.

O trabalho de BECKER foi o primeiro estudo jurídico-tributário brasileiro com elevadíssimas pretensões de cientificidade e de **aplicação, ao direito tributário, dos estudos da teoria geral do direito**. Na época, ninguém se havia disposto a enfrentar esse desafio. Hoje, esse recurso à teoria geral do direito é corrente – embora, também, recorrentemente incorreto.

<sup>181</sup> **Temas...**, *op. cit.*, p. 294. Já aqui, ULHÔA CANTO está a se referir ao artigo 19, IV, da mesma constituição: “*Compete aos Estados decretar impostos sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme o definir a lei estadual*”. A respeito dos conceitos e das competências constitucionais, cf. ANDREI PITTEN VELLOSO, **Conceitos e competências tributárias**, *passim*.

<sup>182</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 136-152 e 180-182.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 207.

Com esses propósitos, **BECKER centrou o estudo do direito tributário no estudo da norma jurídica que prescreve o pagamento dos tributos**: tributo é norma jurídica, porque a experiência jurídica, para o autor, nesse ponto fundamentado em HANS KELSEN, é normativa. É científico o empreendimento de interpretação dessas normas, cuja criação é atividade artística<sup>184</sup>.

**De BECKER veio a primeira grande e exaustiva crítica metodológica ao direito tributário, no Brasil** – a propósito, DINO JARACH disse, em 1972, da *Teoria geral*, conta seu autor, que, “...em toda a América Latina...” era “...a única obra que ele julgava original em Direito Tributário...”<sup>185</sup>. BECKER foi o primeiro, e foi, em larga medida, kelseniano. Por isso, é correto dizer que desde seus primeiros passos científicos e metacientíficos, o direito tributário brasileiro procura trabalhar no método kelseniano. Uma síntese desse período – de transcrição longa, mas pertinente – foi desenvolvida por GERALDO ATALIBA. Aproveitemo-nos de sua descrição de professor, no bojo do parecer do advogado:

É muito recente o estudo do Direito Tributário pelos juristas com critério puramente jurídico. Na Alemanha, pioneira na elaboração da teoria jurídica dos tributos, só a partir da promulgação do Código Tributário (*Reichsabgabeneordnung*), depois da primeira guerra mundial. Na Itália, só na década de 30. No Brasil, só depois da segunda guerra.

Porém, por sua importância, o fenômeno da tributação (ação tributária) já era sistematicamente estudado por um vigoroso e desenvolvido capítulo da Economia: a Ciência das Finanças. Daí a disseminação de critérios, classificações e formulações financeiras (de caráter eminentemente econômico). Estas formulações, por sua solidez, lógica e elevado grau de sistematização, têm até hoje grande prestígio, mesmo porque foram expostas por eminentes mestres.

Em data recente, quando os juristas começaram a se preocupar com o estudo da tributação sob a perspectiva jurídica, inadvertidamente tentaram transportar conceitos prévios (pré-legislativos) para o Direito. Assim, adotaram não só a terminologia financeira (eminentemente econômica), como, até mesmo, tentaram extrapolar construções, categorias e institutos econômico-financeiros para o campo do Direito.

Isto causou confusão, embaraços e perplexidades, já que os conceitos prévios (pré-conceitos), antes de reduzidos a formas jurídicas e traduzidos em termos de categorias jurídicas, não podiam ter operatividade em Direito.

Daí o nítido entorpecimento das especulações jurídicas, inicialmente notado. Daí a terrível dificuldade de nítida compreensão do fenômeno tributário como objeto de disciplina jurídica.

<sup>184</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 60 e 66.

<sup>185</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 21; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 32. Sobre a admiração de DINO JARACH, cf., também, PAULO DE BARROS CARVALHO, Alfredo..., *op. cit.*, p. 26.

A detida consideração sobre o penoso trabalho desenvolvido nas últimas décadas enseja avaliar a pesada carga com que os prógonos e pioneiros desse estudo tiveram que arcar, inicialmente, ao tentar discernir o pré-jurídico do jurídico, separar o joio do trigo, apartar os conceitos jurídicos dos pré-conceitos financeiros, econômicos, políticos, administrativos, etc., como condição de construção de um sistema de princípios, categorias e institutos com plena operatividade jurídica, como ocorria nos demais setores do Direito.

Tarefa gigantesca e hercúlea a desenvolvida por pioneiros como Enno Becker, A. D. Giannini, Sainz de Bujanda e outros, que deram consistência, começando a obter resultados concretos, ao labor de construir uma dogmática jurídica da tributação.

São eminentes expressões desse titânico trabalho, no Brasil, Baleeiro, Bilac Pinto, Rubens Gomes de Sousa, Ulhoa Canto, Amílcar Falcão, Alfredo A. Becker e outros.

Devido aos estudos, meditações e esforços desses pioneiros, já temos, no Brasil, uma escola jurídica de respeitável significação, que vem conseguindo libertar o estudo jurídico dos préconceitos financeiros [*sic*]<sup>186</sup>.

**Cumpria, especialmente, separar o que era o estudo do direito vigente do que era a especulação a respeito do direito que poderia vir a ser.** Essa preocupação já era revelada por RUBENS GOMES DE SOUSA, que, nas palavras inaugurais de seu *Compêndio*, distinguia um estudo “especulativo” do direito, destinado à procura das soluções aos problemas que se apresentam, e o “positivo”, voltado a examinar a solução já ofertada<sup>187</sup>. Cabe ao cientista beckeriano dizer o que é o direito tributário; dizer como esse mesmo direito deve ser é matéria política, que descabe ao cientista do direito.

Diante dos problemas com que se deparou, da dificuldade da compreensão do direito tributário enquanto disciplina jurídica e não algo fora do direito; em face da desordem do direito tributário positivo; considerando a assistemática da teoria do direito tributário; dada a completa insegurança jurídica em que se vivia; cumpria à doutrina um esforço do qual BECKER não fugiu, mas enfrentou com rara competência: fixar as bases e as premissas para os estudos dogmáticos posteriores. **Coube a BECKER impor a compreensão do direito tributário dentro dos limites e sujeito aos métodos da ciência do direito.** São dele os méritos de tentar dissipar as distorções que a imposição, pelos operadores do direito tributário, de suas próprias e subjetivas concepções políticas, econômicas e éticas, trazia à sua reta aplicação. Essa sua preocu-

<sup>186</sup> *Estudos...*, v. 2, *op. cit.*, p. 99-100. O estudo é de 1975.

<sup>187</sup> Cf. *Compêndio...*, *op. cit.*, p. 29.

pação deve ser sempre retomada e revivida. Paradoxalmente, coube a BECKER – um esquecido, como lamenta JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES –, que não era professor, ensinar aos professores como se ensina direito tributário<sup>188</sup>.

**Ele proporcionou a fundação da disciplina dogmática do direito tributário brasileiro, assumindo que essa disciplina nada tinha de autônoma.** Isso é paradoxal, porque a criação das disciplinas jurídicas, tradicionalmente, passa pelo problema de sua autonomia – no passado, relata-o, em relação ao direito financeiro, ALIOMAR BALEEIRO e, em relação ao direito tributário, defende-a RUBENS GOMES DE SOUSA, para quem negar sua possibilidade significa negar uma chance de progresso; no presente, em relação ao direito aduaneiro, veja-se a defesa de sua autonomia que faz REGINA HELENA COSTA<sup>189</sup>. Esse anseio doutrinário por autonomia, que BECKER qualifica como “adolescente”, foi o responsável pelo sucesso da interpretação econômica do direito tributário, que, sustenta, importava perder, nele, o que nele havia de jurídico<sup>190</sup>. Veja-se, por exemplo, a seguinte argumentação de BALEEIRO, ainda na década de 1950:

A controvérsia básica em relação à autonomia didática e dogmática do Direito Financeiro reside na sua especialidade em relação ao Direito Comum. Logo, com mais razão, sua especialidade em relação a qualquer outro texto de Direito especial, como o Código de Trânsito...

Em conseqüência dessa autonomia do Direito Financeiro, – bandeira do movimento universitário da Escola de Pavia, TROBATAS e outros mestres insignes os últimos 25 a 30 anos, – a sua interpretação só se faz com os subsídios do Direito Comum, seja o Civil, seja o Administrativo, se for absolutamente impossível buscar-se solução nos conceitos próprios forjados pelas leis tributárias...

A influência das idéias favoráveis à autonomia do Direito Financeiro na Constituição de 1946 é transparente do art. 5, XV, além de ser histórico que o assunto foi objeto de debate na Grande Comissão e no plenário da Constituinte.

Ora, por efeito destas idéias que dia a dia, ganham firmeza e extensão... não só as lacunas do Direito Fiscal são preenchidas pelos conceitos que êle formula diferentemente do Direito Comum, mas, em caso de inexistência desses conceitos, o intérprete deverá guiar-se pela substância e pelos efeitos

<sup>188</sup> Cf. Aspectos..., *op. cit.*, p. 17.

<sup>189</sup> Cf. ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 34-36; RUBENS GOMES DE SOUSA, **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 57; REGINA HELENA COSTA, Notas sobre a existência de um direito aduaneiro, in VLADIMIR PASSOS DE FREITAS (coord.), **Importação e exportação no direito brasileiro**, p. 15-37. Deve-se destacar que a autora sustenta, mais recentemente, um posicionamento diverso em relação ao direito tributário – cf. **Curso de direito tributário**, p. 12.

<sup>190</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 116; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 145.

econômicos das situações e não pelos aspectos aparentes dos negócios jurídicos, que as envolvem e lhes dão forma legal [*sic*]<sup>191</sup>.

BECKER refundou o direito tributário em sentido contrário: para ele, quando o direito tributário se vale de princípio, conceito, categoria ou instituto de outro ramo do direito, ele simplesmente o aceita, sem deformá-lo ou transfigurá-lo<sup>192</sup>. Quando, no esforço de fundação do direito tributário, afirmava-se sua autonomia, ele remou em sentido contrário, para, paradoxalmente, fundar a disciplina negando sua autonomia !

**Se hoje percebemos que a cientificização do saber e do direito leva a certa desumanização do cientista do direito tributário, isso não acometeu BECKER –** que, ao contrário, era “...dotado de enorme sensibilidade e de grande cultura humanística...”, como testemunha PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>193</sup>. Talvez por isso mesmo, desgostoso dos resultados da ciência e do direito tributário positivo, anos depois, preferiu dedicar-se às abóboras – que, pelo menos, segundo ele, tinham vida, diferentemente do direito<sup>194</sup>. Sabe-se que, atualmente, a separação efetiva entre direito tributário e política fiscal, no plano material-concreto, ainda não se concretizou; que a babel terminológica, na ciência do direito tributário, está cada vez mais caótica; que a segurança da previsibilidade das decisões judiciais está num horizonte ainda longínquo; que, na vida concreta, o “critério da sorte”, a que se refere BECKER, ainda permanece<sup>195</sup>. Sua obra repercutiu expressivamente, mas muitas de suas ambições teóricas jamais se realizaram. A partir dele, os estudiosos assumiram imposições metodológicas que, na esperança de conferirem certeza e segurança, trouxeram, em certa medida, o contrário. Cabe, no ponto seguinte, compreender essas imposições, para, mais adiante, avaliar seus resultados.

<sup>191</sup> *Clínica...*, *op. cit.*, p. 139-140.

<sup>192</sup> Cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>193</sup> Prefácio, in ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, *op. cit.*, p. VIII.

<sup>194</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Presença...*, *op. cit.*, p. 14-17; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 162-165; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 212-215.

<sup>195</sup> “Muito a propósito das modernas questões litigiosas tributária é interessante lembrar que, na antiguidade o critério da sorte foi adotado, freqüentemente, como elemento de decisão...” – *Teoria...*, *op. cit.*, p. 8.



## 1.4 A ciência do direito tributário segundo os tributaristas

### 1.4.1 Introdução: o momento pós-BECKER

*“No abstrato habita a grandeza”*<sup>196</sup>

No percurso doutrinário do direito tributário brasileiro, dois momentos podem ser distinguidos de forma bastante clara. Há o primeiro, embrionário, no qual o direito tributário se confunde, internamente, com o direito financeiro e com o direito administrativo e, externamente, com a economia e com a ciência das finanças. Pretende-se, então, solucionar essa confusão mediante o recurso às teses da autonomia do direito tributário e da interpretação econômica. Corresponde ao momento pré-científico do estudo do fenômeno jurídico, algo que não é apanágio do direito tributário brasileiro. NORBERTO BOBBIO, por exemplo, registra: *“Do século XVII ao XVIII, os tratados clássicos de direito natural eram, em conjunto, teorias gerais do direito e do Estado, de filosofia moral, jurídica e política: muitas obras em uma só”*<sup>197</sup>. Esse estado de coisas sofre, contudo, uma importante ruptura, no momento em que se separa o direito tributário das considerações entendidas como extrajurídicas – políticas, econômicas, éticas *etc.* – e dos demais campos do direito, afirmando sua juridicidade. Aqui, a influência de ALFREDO AUGUSTO BECKER é marcante. É o segundo momento, da afirmação do direito tributário como disciplina jurídica didaticamente autônoma, “ramo” da ciência do direito em sentido estrito. Esse segundo momento é reativo e antitético em face do primeiro. Se, antes, não se sabia ao certo o que cabia e o que não cabia ao estudioso do direito tributário, dentro e fora do próprio direito posto, nesse segundo momento essa questão fica resolvida, e a resposta se afirma com vigor: cabe ao estudioso do direito tributário, unicamente, descrever as normas jurídicas que se voltam à instituição e à arrecadação dos tributos. Impôs-se um critério de demarcação, passo importante no surgimento da ciência do direito tributário. Segue-se o que, comumente, faz a ciência moderna: na época inicial da modernidade, foi fundamental, até mesmo para a própria ciência, estabelecer um critério de

<sup>196</sup> *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 139.

<sup>197</sup> *Locke e o direito natural*, p. 13.

demarcação. Se isso não fosse feito, a ciência não se poderia diferenciar da filosofia ou da teologia<sup>198</sup>. Essa evolução foi fundamental e importante para o direito tributário.

**Expor-se-ão as principais características da ciência que desde então os tributaristas brasileiros passaram a fazer.** Os tributaristas costumam emitir juízos a respeito da ciência do direito, como que a justificar, de início e na qualidade de uma premissa relevante, o trabalho que então se desenvolverá. Trata-se da delimitação do objeto da ciência do direito *stricto sensu* e da definição de sua função. Como objeto do estudo que realiza, assume-se o direito posto, isso é, o conjunto de textos normativos, originados da atividade estatal de produção do direito. Como função, a ciência tributária assume a descrição de seu objeto, em metalinguagem o mais rigorosa possível.

#### 1.4.2 O objeto: o direito tributário positivo *hic et nunc*

*“Sob pretexto de corresponderem à quinta-essência da inovação e modernização dos estudos jurídicos, tendem, essas doutrinas, a um entrincheiramento teórico que mal dissimula o seu caráter de ideologia conservadora. Porque uma concepção imobilista e reducionista do fenômeno tributário está nas suas bases”<sup>199</sup>.*

**O objeto da ciência do direito seria sempre, e somente, o direito tributário positivo**, assim entendido o conjunto de normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico posto, diretamente disciplinadoras da instituição e arrecadação de tributos. Nessa perspectiva, não caberia, à ciência do direito, preocupar-se com o sujeito atingido pela norma. Veja-se a ênfase de PAULO DE BARROS CARVALHO: *“Vale para a Ciência do Direito, exclusivamente, a ordem jurídica posta, isto é, o direito positivo considerado hic et nunc”<sup>200</sup>*. ROQUE ANTONIO CARRAZZA diz o mesmo: *“...fizemos um corte metodológico em nossa realidade jurídica e analisamos o direito*

<sup>198</sup> Explica ANTONIO AUGUSTO PASSOS VIDEIRA que o surgimento dos critérios de demarcação *“...ocorreu num período em que era necessário, como para os iluministas franceses na segunda metade do século XVIII, estabelecer critérios de diferenciação da ciência para com a teologia, a arte e a filosofia”* – Breves considerações sobre a natureza do método científico, in CIBELLE CELESTINO SILVA (org.), **Estudos de história e filosofia das ciências**: subsídios para aplicação no ensino, p. 39.

<sup>199</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>200</sup> **Curso de direito tributário**, p. 13.

positivo brasileiro, *isto é, o Direito em vigor hic et nunc (aqui e agora)*”<sup>201</sup>. RENATO LOPES BECHO, por exemplo, introduz determinado estudo com as seguintes palavras: “*Trabalharemos com a Dogmática Jurídica..., com a ciência do Direito stricto sensu, procurando compreender o direito positivo brasileiro como se encontra no ano 2000*”<sup>202</sup>. Essa consideração é generalizada.

Sendo assim, **não é dado ao cientista cogitar do direito que virá a ser, seja quando da atividade política, seja quando da aplicação administrativa ou judicial.** Quem o faz tem sua conduta tisonada, por GERALDO ATALIBA, pela cor da ilicitude: “*Não é lícito ultrapassar os limites do fenômeno que se põe como objeto do nosso estudo: o direito positivo*”<sup>203</sup>. Apenas o estudo descritivo do direito positivo é admissível. Esse estudo das normas não autoriza qualquer forma de crítica ao direito posto, como afirmam, por exemplo, ATALIBA – “*O direito é, para o jurista, um dogma: deve ser obedecido e jamais discutido, quanto ao seu conteúdo ou mérito*” – e PAULO DE BARROS – “*O jurista dogmático não deve julgar as normas do ordenamento, unicamente compreendê-las para bem descrevê-las*”<sup>204</sup>.

**O direito é visto como um conjunto sistemático de normas jurídicas e somente de normas jurídicas.** Mesmo aqueles que não reduzem o direito a um conjunto de normas, como SACHA CALMON NAVARRO COELHO e MISABEL ABREU MACHADO DERZI, permanecem voltados restritivamente para o ordenamento posto: “*...ao lado das normas, se encontram nos sistemas normativos positivos definições, conceitos, atribuições e princípios*” [*sic*]<sup>205</sup>. Essa redução do direito positivo a um sistema de normas é admitida, normalmente, como um artifício metodológico para isolar seu objeto, reduzindo complexidades. Por vezes, contudo, esse artifício metodológico

<sup>201</sup> **Curso de direito constitucional tributário**, p. 30.

<sup>202</sup> **Sujeição passiva e responsabilidade tributária**, p. 16.

<sup>203</sup> **Hipótese de incidência tributária**, p. 128.

<sup>204</sup> GERALDO ATALIBA, Programa de Integração Social – PIS, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Contribuições especiais fundo PIS/Pasep**, p. 189; PAULO DE BARROS CARVALHO, Os princípios constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro, in AIRES F. BARRETO; EDUARDO DOMINGOS BOTALLO (coord.), **Curso de iniciação em direito tributário**, p. 15. PAULO CALIENDO chama atenção para o contexto histórico, e cogita se tais manifestações não decorreriam de um receio concreto que o período de suspensão da ordem democrática brasileira gerava em quem pretendesse criticá-la – cf. **Direito tributário**: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário, p. 125. Trata-se de obra muito interessante. Publicada enquanto esta tese estava em gestação, a obra, em certo sentido, converge com o posicionamento aqui exposto, ao pregar seja agregada alguma complexidade ao estudo do direito tributário.

<sup>205</sup> **Direito tributário atual**: pareceres, p. 69.

converte-se em afirmação ontológica<sup>206</sup>. Sustentações orais, debates entre desembargadores ou ministros, votos vencidos, argumentos em petições, condutas obedientes ou recalcitrantes ao direito mas não documentadas *etc*, ficam excluídos – ou da realidade jurídica, ou do estudo do direito. O direito fica reduzido a um conjunto de normas válidas num determinado estado<sup>207</sup>.

**Em decorrência, apenas o ordenamento jurídico brasileiro vigente deveria ser estudado pelo jurista brasileiro.** Nos posicionamentos mais radicais, descabe considerar o direito passado, ou o direito comparado. GERALDO ATALIBA, por exemplo, condena veementemente este último, tendo-o, num certo momento, como de nenhuma valia<sup>208</sup>. Uma lição importante, porém, que decorre da assunção mais abrangida de posicionamentos como esse, é que problemas do ordenamento jurídico brasileiro devem ser resolvidos a partir do ordenamento brasileiro. Não é porque um tributo, no exterior, eventualmente, possa ser instituído sem lei que o estabeleça que a mesma solução, só por isso, se aplicará no Brasil. É preciso confrontar as soluções propostas com o ordenamento brasileiro.

Olhar apenas para o direito positivo é uma forma de reduzir a complexidade da realidade, elegendo um objeto de estudo simplificado. **A redução de complexidades, frequentemente, é ressaltada como um imperativo condicionante da própria possibilidade de ciência** – e, mesmo, de conhecimento. Essas afirmações são voz comum, na doutrina tributarista brasileira: conhecer é reduzir complexidades, e sem redução de complexidades, nenhum conhecimento é possível<sup>209</sup>. Não se deveria passar da linguagem normativa positiva: um alargamento de horizontes seria negativo para a compre-

<sup>206</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 49; **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 173 e 204.

<sup>207</sup> Essa redução, na visão de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, é, embora sorrada, “...ainda constantemente repetida em manuais pouco elaborados...”, e que atinge a “...consciência média do jurista” – **Função social da dogmática jurídica**, p. 128 e 129. A crítica, porém, não alcança a maior parte das produções da doutrina tributarista brasileira, que costumam, bem ao contrário, ser séria e ciosamente elaboradas.

<sup>208</sup> Cf. Prefácio, in ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **O regulamento no direito tributário brasileiro**, p. IX. Essa posição é reiterada: “*E o intérprete precisa estar advertido para a escassa valia que pode ter o direito comparado...*” – Prefácio, in AIRES F. BARRETO, **Base...**, *op. cit.*, p. 12. JOSÉ ARTHUR LIMA GONÇALVES refere parecer inédito de ATALIBA e CLÉBER GIARDINO, no qual a utilidade do recurso ao direito comparado seria defendida – cf. **Imposto de renda**: pressupostos constitucionais, p. 21.

<sup>209</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 14; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 21.

ensão<sup>210</sup>. Abrir o campo de visão implicaria, *a priori*, incorrer em erro, e estaria, desde sempre, vedado. A liberdade de trabalho no campo da dogmática tributarista é bastante restrita. Posto como pressuposto metodológico necessário, dogmaticamente indiscutível, qualquer tentativa de superar esse estado de coisas torna-se, sempre e de início, equivocada e condenável.

Mas a redução é ainda mais drástica. Não só a doutrina está restrita ao direito positivo, como também está limitada pelo objeto próprio da sua ciência: **só é direito tributário o que se liga diretamente à instituição, arrecadação e cobrança de tributos**<sup>211</sup>. Problemas de destinação do produto da arrecadação, por exemplo, são excluídos do direito tributário; ora se lhes reconhece a característica de matéria jurídico-financeira, ora de matéria extrajurídica de ciência das finanças. Nesse primeiro sentido, YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, em debate, levanta a seguinte objeção a FÁBIO MONTEIRO DE BARROS: “*Você, fundamentalmente, entrou num argumento de ordem financeira – produto de arrecadação, dentro do sistema de participação de renda. Aí nós estamos saindo do campo de natureza especificamente tributária...*”<sup>212</sup>. No primeiro, mas também no segundo sentido, GERALDO ATALIBA:

O que o Estado vai fazer do dinheiro levantado mediante o emprego de certo tributo não exerce nenhuma influência em sua configuração jurídica. Não é, sequer, objeto do Direito Tributário o estudo de tal questão. O Poder Público aplica os dinheiros entrados nos cofres públicos de acordo com a legislação da despesa, sintetizada, na lei orçamentária (que não é tributária). Esta matéria é de Direito Financeiro. Pretender, como, infelizmente, ainda se faz, argumentar com o destino do dinheiro arrecadado – para determinar se um tributo é imposto, taxa ou contribuição – é confundir Direito com Ciência das Finanças. É misturar o jurídico com o pré-jurídico. É adotar pré-conceito financeiro, para resolver questão jurídica. É transportar informações e considerações pré-legislativas para o campo da exegese jurídica. É dar a bugalhos lugar entre os alhos. É retroceder décadas. É desprezar o notável esforço científico-doutrinário de emancipação do Direito Tributário relativamente à Ciência das Finanças<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> Cf. EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, Lançamento, decadência e prescrição no direito tributário, *in* AÍRES F. BARRETO; EDUARDO DOMINGOS BOTALLO (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 51.

<sup>211</sup> Cf. LUCIANO AMARO, **Direito tributário brasileiro**, p. 2; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>212</sup> Debates, *in* JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Imposto...**, *op. cit.*, p. 32.

<sup>213</sup> **Estudos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 102.

Efetivamente, parece difícil contradizer a afirmação segundo a qual não se pode conhecer tudo sobre tudo. Tem razão PAULO DE BARROS CARVALHO:

Muitos criticam a postura dogmática, também conhecida como “Ciência do Direito em sentido estrito”, entendendo-a fragmentária, pois se preocupa com o direito, apenas como ele é, como se apresenta, aqui-e-agora, despojado de aspectos sociológicos, políticos, econômicos, históricos e outros, que levariam a uma visão total do fenômeno. Entretanto, todas as demais padecem da mesma insuficiência, uma vez que a delimitação do campo objeto de uma ciência pressupõe, necessariamente, cortes metodológicos, que vão constituir o estilo peculiar àquela proposta científica<sup>214</sup>.

Por outro lado, deve-se ter a cautela de **não assumir essa impossibilidade como um subterfúgio para deixar de enfrentar a complexidade do jurídico**, para deixar de orientar a melhor criação e aplicação – doravante sempre em sentido kelseniano – do direito no mundo da vida, dever inescusável do cientista do direito<sup>215</sup>. Há um bom tempo é sabido que mesmo o conhecimento de uma realidade limitada é sempre também limitado, incompleto e falível. Se a redução de complexidades se impõe porque conhecer o complexo, de forma inquestionável e definitiva, é impossível, essa impossibilidade manifesta-se, embora em outro grau, também para o conhecimento do reduzido. E, no limite, se se buscar incessantemente esse conhecimento completo da realidade artificial e metodologicamente reduzida, pode-se chegar ao abandono da ciência, por uma frustração de objetivos já antecipável e previsível. Porque o conhecimento completo e perfeito é inalcançável tanto reduzindo-se quanto não se reduzindo o complexo.

### 1.4.3 O trabalho: a descrição do objeto em metalinguagem rigorosa

*“A ciência do Direito e, pois, a ciência do Direito Tributário estão a demandar um repensar urgente das categorias metodológicas que utilizam”<sup>216</sup>*

Dado o objeto, um sistema de normas jurídicas positivadas, **cabe à ciência do direito descrevê-lo, em linguagem rigorosa**. É essa a sua tarefa: descrever aquilo que

<sup>214</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 54.

<sup>215</sup> Cf. HÉCTOR VILLEGAS, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, p. X-XI.

<sup>216</sup> Obrigação..., *op. cit.*, p. 8; Obrigação..., 2. ed., *op. cit.*, p. 24.

é, isto é, como as normas são – jamais como devem ser. A realidade de fato, à qual se volta o cientista do direito, é o conjunto de normas postas. O sujeito cognoscente, distante do objeto a ser conhecido e a ele oposto, descreve-o mediante utilização dessa linguagem rigorosa, objetiva e unívoca<sup>217</sup>. Proposições descritivas do direito positivo, como dado, fazem parte do conjunto dos “enunciados factuais”, os únicos que podem ser considerados científicos, no empirismo lógico do Círculo de Viena.

Percebe-se que **essa tarefa científica é assumida diante da influência exercida por BECKER**, que ensina: “*Este rigoroso cuidado na terminologia não é uma exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental – como aguda e exaustivamente demonstrou Norberto Bobbio – para se construir qualquer ciência*”. Para o autor, construir uma ciência é construir uma linguagem rigorosa. Em sua obra, essa exigência foi assumida desde o início<sup>218</sup>. O objetivo é a compreensão intersubjetiva, com a mínima possibilidade de desentendimento – embora, ressalva BOBBIO com a concordância de BECKER, “*Não se trata de reduzir a Ciência a um puro e simples fato lingüístico*”<sup>219</sup>. Embora orientasse o rigor terminológico, o advogado gaúcho nunca sobrepôs a linguagem aos problemas reais do cotidiano tributário brasileiro.

O rigor terminológico é visto, então, como necessário à ciência do direito. Sem ele, não se faz ciência. Quando o rigor terminológico não é obtido, é porque os *esforços* foram insuficientes. Cumpre trabalhar com, ainda, maior rigor. É comum, contudo, que a doutrina pondere que esse rigor não é um fim em si mesmo: **ele seria um meio para a obtenção da segurança**. A metalinguagem rigorosa e unívoca proporcionaria, àquele que a domina, dominar o próprio objeto de estudo, manipulando as estruturas lógicas que lhe subjazem<sup>220</sup>. Segurança, domínio e manipulação encontram origem venerável, que remonta aos inícios da ciência moderna, como se verá.

---

<sup>217</sup> Cf. GERALDO ATALIBA, **Estudos...**, v. 1, *op. cit.*, p. 13 e 120-121; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 3 e 6; Prefácio, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 15; EDVALDO BRITO, Prefácio, in DEJALMA DE CAMPOS, **Direito processual tributário**, p. 11.

<sup>218</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 40.

<sup>219</sup> *Apud idem*. Para o pensamento do jurista italiano sobre o tema, cf. NORBERTO BOBBIO, **Contribución a la teoría del derecho**, p. 183-184.

<sup>220</sup> Cf. GERALDO ATALIBA, **Estudos...**, v. 1, *op. cit.*, p. 138; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. XVII; Prefácio, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 13.

É em busca da segurança e do domínio sobre o objeto que a doutrina anuncia a **tarefa de sistematização como elemento fundamental na atividade do cientista**<sup>221</sup>. Nesse sentido, passa de meramente descrever. O cientista vê seu objeto como um sistema, organizado por relações de subordinação e de coordenação, que deve ser harmônico; se não for, cabe denunciar a desarmonia, elegendo, dentre as normas conflitantes, quais aquelas que detêm validade ou aplicabilidade<sup>222</sup>. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES prefere qualificar esse trabalho científico da doutrina como explicativo do objeto, entendendo a “explicação” como algo além da mera descrição, como “...despregar, desdobrar, desenvolver, justificar, interpretar, expor, comentar, explanar. E também esclarecer o que não estava claro, isto é, o oculto, aclará-lo, elucidá-lo”<sup>223</sup>. Trata-se de uma dogmática de estilo analítico, nas categorias de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR – senão exclusiva, ao menos preponderantemente analítica<sup>224</sup>. Tudo isso para proporcionar segurança ao aplicador, que, então, terá amplo domínio sobre seu objeto de estudo, mediante a exposição das estruturas lógicas que estão encobertas pela linguagem técnica do direito positivo. A identificação das estruturas lógicas, supostamente subjacentes a toda experiência do direito positivo, sempre as mesmas, universais e imutáveis, eternas e perfeitas, intencionalmente, permitiria à doutrina, voltando-se em seguida para os conteúdos de direito positivo, controlá-lo e dominá-lo. A linguagem descritiva, muitas vezes, é vista como adequadamente rigorosa à medida que descreve conteúdo do direito positivo com base naquela estrutura lógico-sintática que sempre lhe subjaz. Trata-se de um paciente exercício analítico, que remonta a LOURIVAL VILANOVA. Todo esse discurso reflexivo e metateórico demonstra como os supostos objetivos da dogmática, enunciados por VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE, foram assumidos pelos tributaristas:

<sup>221</sup> Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, **Curso de direito financeiro e de direito tributário**, p. 15; PAULO AYRES BARRETO, **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**, p. 4.

<sup>222</sup> Cf. GERALDO ATALIBA, **Estudos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 57; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 2; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *A noção...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>223</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 124-125. Lembro, aqui, MARTIN HEIDEGGER: “*Toda ciência, também assim chamada ciência descritiva, é explicativa, explicitadora. O elemento desconhecido da região é articulado de diversas maneiras e amplitudes, e assim reconduzido para algo compreensível e conhecido*” – *Beiträge zur Philosophie (Contribuições para a filosofia) – (Vom Ereignis)* (do acontecimento) – Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, p. 145-159. Transcritos e traduzidos em: Martin Heidegger, profeta da pós-modernidade: as 24 proposições sobre a ciência, in ERNILDO STEIN, **Epistemologia e crítica da modernidade**, p. 99.

<sup>224</sup> Cf. **Função...**, *op. cit.*, p. 126 *et seq.*



...na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imane) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito [sic]<sup>225</sup>.

Outra característica relevante da epistemologia do direito tributário brasileiro é **a pretensão de verificabilidade empírica de suas afirmações descritivas**. Aqui e ali, os textos científicos referem a necessidade de contraste entre seu discurso e as prescrições do direito positivo, enquanto critério necessário de cientificidade<sup>226</sup>. Esse critério, como se verá, é o de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. O problema, como também será visto em seguida, é que essa verificabilidade acabou negligenciada, em nome de um mundo idealizado, verdadeiro, racional, perfeito, imutável, que nega como falsa e irracional qualquer realidade empírica que não se coadune com a idealidade racionalizada. Mestre SOUTO demonstrou o erro desse tipo de perversão de propósitos científicos; não obstante, os equívocos ainda estão presentes, e o discurso científico permanece envolvido em ficções metafísicas. Lembre-se, por exemplo, das considerações doutrinárias que impedem críticas ao direito positivo. GERALDO ATALIBA, certa feita, afirmou: “...o sistema positivo não tem lacunas, não tem deficiências, é perfeito... nós é que não somos perfeitos em apreciá-lo”<sup>227</sup>. Ora, sabe-se que o sistema positivo pode ter vários defeitos. Isso está posto em palavras veementes desse autor, a respeito da Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970:

Esta lei... reúne, de maneira insólita, uma cópia fantástica de erros, equívocos, meias verdades e impropriedades jurídicas, por forma raramente vista anteriormente.

Conseguiu o legislador vulnerar onimodamente a Carta Constitucional, ferir diversos princípios jurídicos, desacatar a doutrina, vilipendiar a jurisprudência e enxovalhar comensuráveis recomendações da mais rudimentar propedêutica jurídica, num diploma de só quatorze artigos...

O instrumento... foi manejado desastrosamente e com rara incompetência [sic]<sup>228</sup>.

<sup>225</sup> **Dogmática jurídica:** esboço de sua configuração e identidade, p. 18.

<sup>226</sup> Cf. EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 44.

<sup>227</sup> Cf. **Estudos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 37.

<sup>228</sup> Programa..., *op. cit.*, p. 187, 188.

Assumir a perfeição do direito positivo é **assumir uma ficção metafísica, algo não contrastável à experiência**. Quando se repudia a perfeição do direito positivo, algumas vezes, reivindica-se tal condição para a ciência do direito. Isso carrega o risco de, embora deixando-se de idealizar o direito positivo, passar a idealizar-se a ciência, assumindo um mito. A experiência, porém, desmente-o: enquanto trabalho humano, as construções científicas não são potencialmente isentas de contradições, absolutamente congruentes e coerentes.

#### 1.4.4 O pressuposto: dualismo entre direito positivo e ciência do direito

*“...a reiteração das dicotomias... anestesia o senso crítico. E opera-se acriticamente essas distinções, inadvertida a doutrina sobre a necessidade de serem questionados esses fundamentos ‘óbvios’”<sup>229</sup>*

**O direito positivo e a ciência do direito são vistos como discursos irredutíveis, intocados e intocáveis um pelo outro**, com funções distintas. Se cabe àquele prescrever condutas, cabe a esta descrever essas prescrições. Essa descrição não influencia naquela prescrição, uma vez que são linguagens que se situam em planos lógicos diferentes e distintos. Ensina, a respeito, PAULO DE BARROS CARVALHO:

Tomada com relação ao direito positivo, a Ciência do Direito é uma sobre-linguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela, transmitindo notícias de sua compostura como sistema empírico.

Entre outros traços que separam as duas estruturas de linguagem pode ser salientada a circunstância de que a cada qual corresponde uma lógica específica: ao direito positivo, a lógica deontica (lógica do dever-ser, lógica das normas); à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica). Em função disso, as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis às proposições científicas. Das primeiras, dizemos que são válidas ou não-válidas; quanto aos enunciados da ciência, usamos os valores verdade ou falsidade. As proposições que o jurista formula sobre o direito positivo podem ser verdadeiras ou falsas. Paralelamente, há diferença importante no campo semântico e também no pragmático, bastando lembrar que as proposições normati-

<sup>229</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 92.

vas se dirigem para a região material da conduta, ao passo que as científicas simplesmente descrevem seu objeto, sem nele interferir<sup>230</sup>.

**Também são comuns as referências ao trabalho científico como verdadeiro ou falso.** Uma proposição científica só poderia ser avaliada em sua verdade ou falsidade. Não caberia pretendê-la válida ou inválida, útil ou inútil, razoável ou irrazoável, adequada ou não, justa ou injusta, factível ou utópica, honesta ou desonesta *etc.* Quem pretende outra qualificação comete um equívoco epistemológico, porque, pretensamente, a única valência que pode ostentar uma proposição dessa espécie está no binômio verdade/falsidade, o que decorre da pretendida condição do juízo a respeito do falso ou do verdadeiro enquanto juízo de fato, e não de valor. NORBERTO BOBBIO refere a enunciação da avaloratividade como característica fundamental da ciência, radicada nessa distinção entre juízos de fato e de valor, e da exclusão destes do âmbito científico<sup>231</sup>. Note-se, também, a ideia de ausência de interferência entre a ciência e seu objeto: a ciência não interfere no direito positivo; apenas e simplesmente o descreve. Não interage com ele, porque está acima dele, em outro nível: o da metalinguagem, voltada apenas à descrição, verdadeira ou falsa.

**O conceito de verdade, aqui, é o de verdade por correspondência** entre o enunciado que fala do objeto e o objeto do qual o enunciado fala<sup>232</sup>. Esse conceito de verdade é inerente a qualquer concepção da ciência jurídica como uma metalinguagem descritiva da linguagem jurídico-positiva. Se uma descreve a outra, será verdadeira quando bem descrever, falsa quando mal descrever. E a forma de se saber se a descrição foi boa ou má é contrapor o enunciado descritivo ao seu objeto: verificar se há correspondência. O que, muitas vezes, passa despercebido, é que, para fazer essa verificação, é necessária outra metalinguagem, que tenha por objeto tanto a linguagem científica quanto a linguagem objeto. É o que ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “*Sem a intermediação de um terceiro nível de linguagem, a explicação é incomple-*

<sup>230</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 3-4.

<sup>231</sup> **O positivismo jurídico:** lições de Filosofia do Direito, p. 135. Adotando o dualismo, RENATO LOPES BECHO ensina que, à ciência do direito, e em especial à ciência do direito tributário, descabem juízos valorativos, devendo adotar apenas juízos de fato – cf. **Filosofia do direito tributário**, p. 78.

<sup>232</sup> Cf. SACHA CALMON NAVARRO COELHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 17; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 198; CLÉLIO CHIESA, **A competência tributária do estado brasileiro**, p. 117.

ta”<sup>233</sup>. Essa metametalinguagem verificadora, porém, estará sempre sujeita, ela própria, à avaliação por outra metametalinguagem, e assim indefinidamente, caindo a fundamentação da verdade numa regressão ao infinito, no sentido do trilema de Munchhausen. A fundamentação exclusivamente sintático-semântica encerra essa aporia, o que sinaliza a necessidade de uma complementação pragmática.

Entender que o direito positivo é uma linguagem prescritiva, criada pelo sujeito competente, da qual se distingue e separa outra linguagem, a ciência do direito, que é uma metalinguagem descritiva, criada pelo cientista, depende de que se pressuponha a existência de uma realidade completa e prévia ao sujeito cognoscente. Que este tem por tarefa, unicamente, **descrever algo já ontologicamente existente antes e independentemente dele**. E apenas descrever, não nele influir, porque isso descaracterizaria a mera “ciência objetiva” do objeto. A separação entre a ciência do direito e o direito positivo em dois níveis de linguagem distintos tem parentesco, no âmbito da teoria jurídica, com a separação entre sujeito e objeto no âmbito da gnosiologia e, mais amplamente, da filosofia.

Os juízos de utilidade ou de razoabilidade não poderiam ser atribuídos às descrições científicas; caber-lhes-iam, apenas, juízo de verdade ou falsidade. A incompreensão dos valores de utilidade e razoabilidade, enquanto cabíveis às afirmações da ciência, decorrem do reducionismo, que **impede, à doutrina, compreender os resultados pragmáticos de sua teorização**. Diante da falta de percepções pragmáticas, é possível qualificar certas propostas teóricas como “falácias abstrativas”, como as entende KARL-OTTO APEL, “...*en el sentido de una reducción lógico-semántica del problema del conocimiento...*”, como se demonstrará ainda nesta tese<sup>234</sup>. E é possível, também, propor o mesmo caminho que APEL identificou em LUDWIG WITTGENS-

<sup>233</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, A verdade como correspondência entre enunciados jurídicos, p. 8.

<sup>234</sup> *Teoría de la verdad y ética del discurso*, p. 57 – essa publicação é formada por *Fallibilismus, Konsenstheorie der Wahrheit und Letztbegründung* (Falibilismo, teoria da verdade como consenso e fundamentação última), originalmente, publicado em 1987, e pelo texto, então inédito, *Diskursethik als Verantwortungsethik: eine Postmetaphysische Transformation der Ethik Kants* (Ética do discurso como ética da responsabilidade: uma transformação pós-metafísica da ética de Kant).

TEIN: “...ele partiu do *cientificismo sintático-semântico* para chegar ao ponto de vista *pragmático*”<sup>235</sup>. Essa é uma via ainda por ser seguida no direito tributário brasileiro.

#### 1.4.5 O método: nenhuma consideração não jurídico-normativa

*“Os juristas que se dedicam ao direito tributário não costumam preocupar-se com temas extrajurídicos. Sob esse aspecto, este livro representa uma exceção”*<sup>236</sup>

**Não cabe à ciência do direito, segundo os tributaristas, buscar elementos em outras ciências.** Esses elementos não têm qualquer interesse para o cientista do direito, enquanto tal. Ao contrário: considerações advindas de outras ciências trariam mais danos do que benefícios ao tratamento das questões jurídicas; dificultariam o trabalho do jurista, ao invés de facilitá-lo<sup>237</sup>.

**Compreende-se historicamente a razão de ser desses posicionamentos teóricos:** o amálgama entre direito, economia, política, ética e outros conduzia ao direito tributário invertebrado, que era o direito subjetivamente desejado pelo burocrata diante do caso concreto. Como visto, isso era fonte de profunda insegurança. Cabendo à ciência proporcionar segurança e controle sobre seu objeto, viu-se como necessário expurgar as considerações outras, que não as estritamente jurídicas, do âmbito da ciência do direito tributário. Se essa ciência efetivamente consegue proporcionar segurança argumentativa, porém, é algo que ainda se discutirá nesta tese. Se não o conseguir, uma mudança de rumos pode se mostrar necessária.

Ao passo que descaberiam considerações advindas de outras ciências, também **não caberia considerar a aplicação efetiva do direito à realidade social.** Cogitações dessa espécie pertenceriam à sociologia do direito, não à ciência do direito em sentido estrito. Daí a doutrina tributarista excluir, na definição metateórica de seu trabalho, qualquer referência aos sujeitos e à realização concreta do direito. Dele, fica necessari-

<sup>235</sup> **Transformação da filosofia**, filosofia analítica, semiótica, hermenêutica, v. 1, p. 170-176 – originalmente, publicada como *Transformation der Philosophie. Band 1: Sprachanalytik, Semiotik, Hermeneutik*, em 1973.

<sup>236</sup> **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 13; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 17.

<sup>237</sup> Cf. ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *O regulamento...*, *op. cit.*, p. 4; Prefácio, in RENATO LOPES BECHO, **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 7; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, **Teoria e prática das multas tributárias**: infrações tributárias, sanções tributárias, p. 3.

amente excluída a cogitação acerca dos efeitos concretos nos sujeitos que sofrem a incidência normativa. Com isso, separa-se a ciência do direito tributário de outras formas de saber voltadas ao direito, como a sociologia do direito, que ficaria encarregada de estudar esses efeitos concretos. Essa concepção, registre-se, não é exclusiva dos tributaristas<sup>238</sup>.

#### 1.4.6 O apoio: a teoria geral do direito

*“A ciência moderna se move em torno de paradigmas teóricos geralmente aceitos que abrigam os seus conceitos fundamentais e também os seus preconceitos decorrentes de erros acidentais”*<sup>239</sup>

**Os tributaristas, contemporaneamente, e por clara influência de BECKER, procuram fundamentar seus trabalhos dogmáticos na teoria geral do direito.** GERALDO ATALIBA, por exemplo, tendo em mente a dificuldade e a complexidade do estudo da lei complementar tributária, dizia que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES poderia enfrentá-lo, precisamente, porque conhece, além do direito constitucional e da filosofia do direito, a teoria geral do direito<sup>240</sup>. Esse prestígio concedido à teoria geral do direito é recorrente, e adquire destaque após BECKER, naquela terceira fase do direito tributário brasileiro a que alude SOUTO, após a primeira fase – os “tempos heroicos” – e a fase logo posterior a BECKER<sup>241</sup>. Trata-se da associação, explica

<sup>238</sup> JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que a abraça, refere pensamento semelhante em NORBERTO BOBBIO, PONTES DE MIRANDA, MARCOS BERNARDES DE MELLO, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, CARLOS SANTIAGO NINO e MIGUEL REALE – cf. Fundamentos republicano-democráticos da legalidade tributária: óbvios ululantes e não ululantes, in MELISSA FOLMANN (coord.), **Tributação e direitos fundamentais**: propostas de efetividade, p. 185-186.

<sup>239</sup> Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 113; **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 134.

<sup>240</sup> Prefácio, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lei...**, *op. cit.*, p. XI. Na última capa desse livro, em texto cujo autor não é identificado, está consignado, no mesmo sentido: “Neste livro são colocados, com a segurança de quem conhece, profundamente, os assuntos envolvidos – o Direito Constitucional e o Tributário, a Teoria Geral do Direito e, até mesmo, a Filosofia do Direito – as bases e os critérios que devem orientar a sua aplicação”. A recíproca está no destaque, de SOUTO, a respeito da *Hipótese de incidência tributária*, de ATALIBA: “Nesse ponto reside a grande importância da construção científica de Ataliba. Ela está solidamente alicerçada em sede de teoria geral do direito ou, mais especificamente, na teoria da incidência das normas jurídicas” – À guisa de prefácio, in GERALDO ATALIBA, **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 13. Cf., também, CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Apresentação, in SACHA CALMON NAVARRO COELHO, **Teoria e prática...**, *op. cit.*, p. IX.

<sup>241</sup> Prefácio, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. XVIII.

SOUTO, entre o direito tributário, de um lado, e as considerações constitucionais e as disciplinas de formação, de outro – associação que se mantém até os dias atuais:

Decerto os estudos modernos da área tributária estão informados pela mesma preocupação com o quadro constitucional da tributação, já presente na segunda fase. Hoje porém essa perspectiva jusconstitucionalista está associada a abordagens de Filosofia do Direito, sobretudo Lógica Jurídica, e Teoria Geral do Direito, predominantemente vertida sobre a linguagem jurídica (semiologia) em suas implicações com a área tributária. Essas formas de abordagem estavam ausentes no período anterior<sup>242</sup>.

PAULO DE BARROS CARVALHO conta que muito disso se deu por **influência do curso ministrado por LOURIVAL VILANOVA aos professores da PUC-SP, em 1973**, e de seus regressos posteriores àquela escola. A partir dali, os professores passaram a buscar fundamento na teoria geral do direito, e a preocupar-se mais com a coerência de seu discurso<sup>243</sup>. Desde então, o recurso à teoria geral do direito é recorrente e sempre salientado<sup>244</sup>. Esse prestígio da teoria geral do direito é creditado, também, à *Teoria da norma tributária*, tese de doutoramento de PAULO DE BARROS CARVALHO, publicada originalmente no mesmo ano de 1973. Como ele próprio registra, ela teve a particularidade de dedicar boa parte de seu texto a uma fixação de pressupostos teóricos e metateóricos. Até então inexistente, a prática tornou-se comum nos textos acadêmicos posteriores de direito tributário<sup>245</sup>.

A doutrina do direito tributário brasileiro acredita que existe uma “teoria geral do direito”, de aplicabilidade universal, capaz de permitir a compreensão de todo e qualquer fenômeno jurídico-normativo, onde e quando ele vier a se verificar. Crê que todo e qualquer fenômeno jurídico-normativo, verificado em qualquer tempo e lugar, obedecerá às mesmas leis, como se fossem fenômenos cosmológicos numa visão laplaciana. Os tributaristas, com isso, tornam-se uma espécie de LAPLACE do direito. A doutrina acredita ainda que, compreendendo essa “teoria geral”, essa totalidade metafísica universalizante, os problemas de compreensão de um determinado sistema normativo específico e temporal-espacialmente condicionado teriam solução simples e

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. XIX.

<sup>243</sup> Cf. Prefácio, in LOURIVAL VILANOVA, **Escritos jurídicos e filosóficos**, v. 1, p. XVII.

<sup>244</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 13; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 11-12 e 20; PAULO AYRES BARRETO, **Contribuições...**, *op. cit.*, p. 4; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Planejamento...**, *op. cit.*, p. 256.

<sup>245</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 12.

já predeterminada. Basta aplicar zelosamente a teoria geral à normatividade *hic et nunc*, o que já possibilita o surgimento da verdade científica. Veja-se, exemplificativamente, como TÁCIO LACERDA GAMA introduz determinado estudo, a respeito de uma antinomia concretamente verificada:

A complexa gama de fatores será reduzida a premissas gerais, cujo cálculo dará ensejo à construção de conclusões simples e objetivas. Isso é possível, pois antes de ser direito tributário das telecomunicações, o tema é de direito tributário, e antes de versar sobre tributos, a matéria envolve articulação de conceitos jurídicos fundamentais e comuns às várias instâncias do direito positivo. Dessa forma, após breve elucidação conceitual, pode-se traduzir a citada antinomia em termos de teoria geral do direito, mostrando que, superados os problemas terminológicos, toda e qualquer regulação jurídica de conduta, por mais complexa que aparente ser num primeiro contato, atende aos mesmos padrões de racionalidade [*sic*]<sup>246</sup>.

A devoção dos tributaristas atuais à teoria geral do direito é muito expressiva. Atento a isso, PAULO DE BARROS CARVALHO afirma que a ciência do direito tributário é responsável por notável contribuição no aprofundamento daquela disciplina<sup>247</sup>. Uma proposta de teoria geral do direito foi, inclusive, construída pela doutrina tributarista, a partir do pensamento de LOURIVAL VILANOVA, e ganhou um nome: o “constructivismo lógico-semântico”<sup>248</sup>. Deve-se ponderar, porém, o seguinte: **o cientista deve sempre manter uma desconfiança em relação aos “ismos”**: marxismo, capitalismo, catolicismo, comunismo, budismo, idealismo, racionalismo, empirismo, budismo, cabem melhor no âmbito dos grandes sistemas ideológicos, políticos e filosóficos, do que na ciência. A teoria geral do direito, transformada em um “ismo”, corre o risco de impor-se à realidade e, quando utilizada no discurso científico, atrair a racionalização, abandonando o objeto de estudo para se concentrar nas construções noológicas idealizadas, afastando-se assim da realidade empírica. Talvez, essa construção não seja, por si só, um problema; mas ela, certamente, afasta-se da referibilidade empírica, admitida como critério de cientificidade. Essa crítica será aprofundada adiante, com JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, e para além dele.

<sup>246</sup> Competência regulamentar da Anatel e tributação – o caso da Súmula n. 07/05, in ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 833-834.

<sup>247</sup> Cf. Prefácio, in NATÁLIA DE NARDI DÁCOMO, **Hipótese de incidência do ISS**, p. XXVIII.

<sup>248</sup> Cf., a respeito, AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**.



### 1.4.7 O resultado: estudo rigorosamente jurídico e científico

*“...nada ilustraria melhor o caráter não-ideológico, mas estritamente científico da Teoria Pura do Direito do que essas divergências de opiniões”<sup>249</sup>*

No campo tributário, a doutrina sente constantemente a necessidade de referir-se, de forma expressa e enfática, como estrita e rigorosamente jurídica e científica. Os tributaristas sentem-se obrigados a sustentar que sua construção é “...rigorosamente jurídica...” (AIRES F. BARRETO e PAULO AYRES BARRETO), feita em “...em termos rigorosamente jurídicos” (AIRES BARRETO); “...estritamente jurídica...” (ROQUE CARRAZZA e PAULO DE BARROS CARVALHO); que erigem estudo “...eminentemente jurídico...” (MARCELO CARON BAPTISTA)<sup>250</sup>. Precisam dizer sempre que se trata de um trabalho dotado de “...rigor científico e coerência...”, que se vale de “...um moderno e rigoroso pensamento científico...”, que apresenta “...espírito de verdadeiro cientista...” (GERALDO ATALIBA); que faz “...análise científica...” (FLÁVIO BERTI); que suas obras apresentam o “...mais elevado padrão científico...”, a “...mais elevada qualidade científica...”, e em reconhecer o “...valor científico...” de seu trabalho e a “...grandeza e dignidade científica...” que seu trabalho concede a seus temas de estudo (PAULO DE BARROS). Mesmo juristas de outras áreas ressaltam esse rigor nos textos dos tributaristas: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, destaca o “...rigor científico...” de ROQUE CARRAZZA<sup>251</sup>.

<sup>249</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 149.

<sup>250</sup> AIRES F. BARRETO e PAULO AYRES BARRETO, **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**, p. 114; AIRES BARRETO, **Base...**, *op. cit.*, p. 22; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, Prefácio, in RENATO LOPES BECHO, **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 7; PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in NATÁLIA DE NARDI DÁCOMO, **Hipótese...**, *op. cit.*, p. XXVIII; MARCELO CARON BAPTISTA, **ISS: do texto à norma**, p. 56.

<sup>251</sup> GERALDO ATALIBA, Prefácio, in AIRES BARRETO, **Base...**, *op. cit.*, p. 14; Sobre Dino Jarach, in DINO JARACH, **O fato impositivo**, p. 5; Prefácio, in PAULO DE BARROS CARVALHO, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 25; FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI, **Direito tributário e princípio federativo**, p. 18; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Os princípios...**, *op. cit.*, p. 28; Prefácio, in KELLY MAGALHÃES FALEIRO, **Procedimento de consulta fiscal**, p. XIII; Prefácio, in NATÁLIA DE NARDI DÁCOMO, **Hipótese...**, *op. cit.*, p. XXIX; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Prefácio, in ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso...**, *op. cit.*, p. 7.

**Isso é historicamente compreensível: decorre da necessidade de separação entre o argumento jurídico e o extrajurídico**, para dedetizar o direito tributário contra o inseto invertebrado que o ameaçava; e da opção, decidida, pelo primeiro. Aparece em razão do imperativo de segurança, como se percebe da seguinte passagem de GERALDO ATALIBA, que alia a segurança do rigor à pureza do científico: “*Adotamos um critério que permite classificar juridicamente todos os tributos de forma rigorosa e segura. Trata-se de critério puramente científico...*”<sup>252</sup>. A defesa da cientificidade vem em consequência da necessidade de evitar as preferências subjetivas, e de apoiar o discurso num pedestal de objetividade. É corolário do desejo de distanciar-se das propostas pseudocientíficas, que mal escondem uma forte carga ideológica subjacente. Perde, porém, em segurança e objetividade, quando a própria ciência transmuda-se em ideologia, e passa a defender-se contra a evidência empírica.

### 1.5 Primeiro balanço parcial

*“Haverá algo mais grandioso que um pensamento fiel ao passado e antecipador do futuro?”*<sup>253</sup>

Voltando aos tempos heroicos, a ALFREDO AUGUSTO BECKER e à revolução que ele provocou nos estudos jurídico-tributários nas décadas de 1960 e principalmente 1970: assim é possível compreender adequadamente as motivações, as necessidades e os interesses da doutrina tributarista. Dado que todo esse caminho de pensamento é um caminho cultural, é compreendendo seus condicionamentos culturais que é possível chegar a compreendê-lo. As considerações deste capítulo demonstram o quanto é caro, aos tributaristas, defender o cunho científico de seu trabalho. Permitem compreender, também, as razões históricas disso: a necessidade de segurança. Isso pode ser explicado **pelo prestígio que a ciência, em geral, costuma ter**. Muitos, como ALAN F. CHALMERS, realçam o quanto a ciência é tida em alta conta, e, como

<sup>252</sup> Estudos..., v. 2, *op. cit.*, p. 12.

<sup>253</sup> Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 115; Teoria geral..., *op. cit.*, p. 137.

KARL POPPER, creditam essa alta conta ao sucesso que costuma obter<sup>254</sup>. NORBERTO BOBBIO, ao tratar de certo debate, faz diagnóstico semelhante:

A única conclusão certa que emerge de nosso debate é que uns e outros consideram a cientificidade como um valor e a não cientificidade como um desvalor, tanto que cada um está sempre disposto a acusar o adversário de não ser “científico”. Chegaria a dizer que o pressuposto (por sua vez ideológico) de todo o debate atual sobre as ciências sociais é sempre que a cientificidade é mais desejável do que a não-cientificidade (vulgo da fé cega, que não ouve a razão). Isso acontece... porque vivemos em um universo histórico em que cada um de nós acredita (o ponto de partida é sempre uma crença) que a ciência ainda tem algo a ver, apesar de tudo, com o progresso, com a civilização, com a sociedade melhor, com o humanismo, em suma, com todas as belas coisas a que estamos dispostos a dar um valor positivo e a considerar como metas altamente desejáveis...<sup>255</sup>

O argumento científico parece necessário, no sentido de que qualquer um que vier a raciocinar corretamente, mediante a utilização do mesmo método, chegará à mesma conclusão, necessariamente verdadeira. Assim, torna-se também objetivo e impessoal. Outros argumentos extracientíficos são livres, no sentido de incontrolláveis racionalmente, e por isso não podem trazer conhecimento seguro algum. Conhecimento seguro só o científico. HEGEL mesmo, no início do século XIX, qualificou sua tarefa dessa forma: “*A verdadeira figura, em que a verdade existe, só pode ser o seu sistema científico. Colaborar para que a filosofia se aproxime da forma da ciência – da meta em que deixe de chamar-se amor ao saber para ser saber efetivo – é isto o que me proponho. Reside na natureza do saber a necessidade interior de que seja ciência...*”. Ele deveria “...e elevar a filosofia à condição de ciência...”, porque “...o saber só é efetivo – e só pode ser exposto – como ciência...”, e “...só pela cientificidade a filosofia se faz valer”<sup>256</sup>.

**A ciência seria capaz de prover segurança e domínio sobre o objeto.** Quem tem saber científico sabe trabalhar com segurança, consegue dizer o lugar de cada coisa, classifica, e tem a possibilidade de prever acontecimentos futuros com maior preci-

<sup>254</sup> Cf. ALAN F. CHALMERS, **O que é ciência, afinal?**, p. 17 – originalmente, publicada como *What is this thing called science?*, em 1976. A tradução é da segunda edição, de 1982; KARL POPPER, **Objective knowledge: an evolutionary approach** (Conhecimento objetivo: uma aproximação evolutiva), p. 13.

<sup>255</sup> **Nem com Marx, nem contra Marx**, p. 205 – originalmente, publicado como *Né con Marx, né contro Marx*, em 1997. No mesmo sentido, cf. ISABELLE STENGERS, **A invenção das ciências modernas**, p. 35 – originalmente, publicada como *L’invention des sciences modernes*, em 1993.

<sup>256</sup> **Fenomenologia...**, *op. cit.*, p. 23, 33 e 61.

são. Assim, ao defender-se como científica, a doutrina crê, plenamente, na cientificidade de sua atividade, e na necessidade lógico-racional de suas conclusões. Qualquer um que estude, racionalmente, a questão, chegará, fatalmente, à mesma resposta, porque ela é objetiva. Por outro lado, acaba por repelir qualquer possibilidade de que um “não cientista” tenha estatura intelectual suficiente para contrastá-la, constituindo-se em um *locus* privilegiado de racionalidade, num posto de domínio, de supremacia intelectual. A visão histórica permite compreender os fortes motivos para trilhar esse caminho: sentiu essa necessidade, dado o enorme trabalho de resolução de problemas práticos diante dos quais se postava.

**Por isso, a doutrina fundamenta suas opiniões como verdades científicas, e não como posicionamentos subjetivos.** No direito, tomadas de posição subjetivas são sempre perigosas, ameaçam a ordem estatuída, permitem arbitrariedades, são perigosas aos olhos da ciência do direito. Só é seguro e legítimo aquilo que é fundamentado objetivamente, que independe de caprichos pessoais. Segurança, objetividade e legitimidade no argumentar são, precisamente, antídotos contra o direito tributário invertido. Entender o direito como um conjunto de normas, construir um conceito de norma com estrutura sintática universal e eterna, concebendo bases seguras para projetar construções científicas igualmente seguras, contornando a insegurança gerada pela realidade empírica caótica: esse é o entorno cultural constitutivo da doutrina tributarista e de suas construções, teóricas e metateóricas.

**As considerações antecedentes também demonstram todos os caracteres da ciência do direito adotados pelos tributaristas, cuja superação se impõe e que aqui se pretende.** É possível, num plano epistêmico geral, valer-nos da caracterização de DILTHEY: “...*el carácter de la ciencia moderna: estudio de la realidad, tal como está dada en la experiencia, mediante la busca de la conexión causal, por tanto mediante descomposición de la realidad compleja en sus factores, especialmente por medio del experimento*”<sup>257</sup>. Traduzindo isso para a ciência jurídica, tem-se, em primeiro lugar, que o objeto do cientista do direito é, exclusivamente, a norma jurídica e sua causalidade jurídica, a realidade como está dada na experiência do normativo; que é apenas sobre elas que os juristas se debruçam; que elas e somente elas constituem a

<sup>257</sup> *Introducción...*, *op. cit.*, p. 511.

realidade jurídica. É a decomposição da realidade complexa em seus fatores, a redução de complexidades como imperativo epistemológico. Além disso, que o produto da ciência do direito é um corpo de linguagem descritivo, formado por enunciados fatuais verificáveis. Aqui está a função de descrever em linguagem rigorosa. Em terceiro lugar, que se impõe ao cientista do direito apenas dizer como o direito é, e não como deve ou pode ser; apenas o direito real, não o virtual; apenas o ser, e não o devir. Aqui está o dualismo entre o ser e o dever-ser, naquilo que opõe razão e vontade, já presente em HUME e trazido ao direito, com radicalidade, por KELSEN e, dele, importado para o direito tributário brasileiro. Tudo fundado no “esquema sujeito-objeto” a que se refere, do exterior, ARTHUR KAUFMANN, e daqui, LENIO LUIZ STRECK, característico do paradigma filosófico do sujeito ou da consciência<sup>258</sup>. Esquema esse pressuposto, quando não explícito, na ciência moderna e no direito tributário.

**Cumpra, agora, expor os fundamentos dessa forma de trabalho, para além do direito tributário brasileiro, lá na fonte onde os tributaristas foram colhê-la.** A epistemologia da doutrina tributarista encontra raízes na ciência moderna, desde o empirismo de FRANCIS BACON e o racionalismo de RENÉ DESCARTES; no dualismo entre o falar do ser e o falar do que deve ser – que, naquilo em que influencia a teoria jurídica, nasce com DAVID HUME e HANS KELSEN; no positivismo lógico do Círculo de Viena; e na teoria de LOURIVAL VILANOVA. É a exposição desses pressupostos filosófico e epistemológicos o que se fará em seguida, na intenção de, mais adiante, encaminhar sua superação.

Sendo esse método dogmático descrito quase unânime, pode, por isso mesmo que uniforme, acabar como **integrante daquele sistema dos fundamentos óbvios denunciado por BECKER**, dos quais, segundo JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “...é desgraçadamente tão fértil quanto equivocada a doutrina do direito tributário”<sup>259</sup>. Adaptemos a ele a lição de JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

...essa afirmação persistente e contumaz – a constituição não cria tributos, só distribui as competências! – pode, tranqüila e sossegadamente ser incluída

<sup>258</sup> Cf. ARTHUR KAUFMANN, A problemática..., *op. cit.*, p. 58; LENIO LUIZ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 92.

<sup>259</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria**..., *op. cit.*, p. 8; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. Aspectos..., *op. cit.*, p. 5.

naquele conjunto das afirmativas renovadas tão excessivamente pela nossa doutrina, repisadas tão ao exagero pelos nossos estudiosos, que, a partir de determinado momento, independentemente da consistência da sua substância, desvinculadamente da solidez de seu conteúdo, *principiam a assumir ares de legítimas*, começam a exhibir visos de verdadeiras; e então – não é desprezível o perigo – já não mais se pensa em questioná-las, já não mais se cogita de discuti-las, *já não mais se cuida de controvertê-las*.

Quando, em ciência, a situação é essa: todos caminham juntos na mesma direção, observando um passo equivalente, perseguindo um ritmo coletivo, lançando mão do mesmo palavrório padronizado, arengando sempre no mesmo tom, sem quaisquer disputas ou dissidências, sem polêmicas ou contestações, sem discordâncias ou disceptações, há que se acautelar sobremaneira, há que se precaver sobremodo, há que se prevenir sobejamente. Tudo porque, indubitavelmente, *estamos diante de um daqueles ‘fundamentos óbvios’ que tanto amedrontaram e aterraram a Alfredo Augusto Becker*<sup>260</sup>.

Se a reflexão de mestre VIEIRA for adaptada da afirmação “a constituição não cria tributos” para “a ciência do direito tributário é u’a metalinguagem rigorosa descritiva do ordenamento jurídico”, é fácil verificar como **essa concepção de ciência é unânime e repisada com o mesmo “palavrório padronizado”, sem questionamentos críticos**. Essa falta de questionamentos, aliás, é explicável: essa proposição, aparentemente descritiva, tem algo de fortemente prescritiva. Mas, por enquanto, não é disso que se trata; trata-se de compreender os fundamentos dessa concepção, na busca da capacidade de questioná-los e controvertê-los. Porque eles não são eternos; se, em um momento, resultaram de uma verdadeira revolução científica, hoje são ciência normal, e problemática. A ciência é provisória, mas também o são proposições científicas sobre a própria ciência; não há porque as ter como definitivas. Lembre-se EUGEN EHRLICH: “*O método é tão infinito quanto a própria ciência*”<sup>261</sup>. Nada que seja impossível de ser superado, adaptando-se a lição de PETER BURKE:

A longo prazo, o que vemos são ciclos de inovação seguidos do que Max Weber costuma chamar de “rotinização” (*Veralltäglichung*) e Thomas Kuhn

<sup>260</sup> E, afinal..., *op. cit.*, p. 629. Essas considerações aproximam-se bastante do juízo de PAOLO ROSSI: “*O problema das relações Galileu-Bacon é fortemente condicionado por estas avaliações. Não se pode tentar enfrentá-lo, não se pode sequer procurar determinar quais foram as relações entre estes dois pensadores, o conhecimento que cada um deles teve da obra do outro, sem procurar ao mesmo tempo conhecer as origens e o significado desses juízos que – como ocorrer freqüentemente quando motivos polêmicos se misturam com avaliações parcialmente verdadeiras – se tornaram lugares-comuns repetidos à saciedade, transmitidos, não modificados, de um manual para outro, até se tornarem e parecerem coisas óbvias: verdadeiros não-problemas que não vale a pena discutir ou reexaminar*” – **A ciência e a filosofia dos modernos**: aspectos da revolução científica, p. 155-156 – originalmente, publicada como *La Scienza e la Filosofia dei Moderni: Aspetti della Rivoluzione scientifica*.

<sup>261</sup> **Fundamentos da sociologia do direito**, p. 388.

designou de “ciência normal”. Na Europa, esses ciclos são visíveis desde o século XII, quando as novas instituições chamadas universidades substituíram o mosteiro como centros do saber, até o presente. Os grupos criativos, marginais e informais de um período regularmente se tornam as organizações formais, dominantes e conservadoras da próxima geração ou da seguinte. Isso não quer dizer que a reforma ou renovação das organizações tradicionais seja impossível<sup>262</sup>.

**Toda essa forma de trabalhar ficou encastelada. Impõe-se seu desencastelamento.** Para fazê-lo, é necessário dar ouvidos à belíssima lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

Uma contribuição teórica renovadora ou mesmo revolucionária, no âmbito doutrinário, pode, mais cedo ou mais tarde, encastelar-se nas posições conquistadas. E o imobilismo científico, na medida em que se impermeabiliza à crítica e à reconstrução, se identifica com um certo conservadorismo. Por isso mesmo, repudia, consciente ou inconscientemente, qualquer tentativa de alteração do que predominantemente está reconhecido como verdade científica. Mesmo quando essa tentativa não decorre de um mero gosto de originalidade, mas de exigências da contínua evolução do conhecimento científico e do progresso da ciência. Por essa via, a heterodoxia de ontem se converte na ortodoxia de hoje, geralmente a serviço de uma ideologia conservadora. Essas misérias e grandezas do trabalho intelectual refletem admiravelmente as próprias limitações da condição humana.

É esse um risco, o dessa tendência conservadora, que só a livre disponibilidade do espírito, a contínua revisão das próprias idéias, a abertura intelectual e, sobretudo, a humildade científica – que, no seu grau mais elevado, beira a santidade – podem evitar. Não é fácil, contudo, resistir à tentação do preestabelecido. Esta sempre se insinua no estudo do Direito e a ela não estão imunes sequer os espíritos mais abertos na sua postura científica.

A doutrina jurídica do tributo, geralmente repetitiva, sem embargo das clássicas e honrosas exceções, provoca o que é possível caracterizar como uma verdadeira anestesia do senso crítico<sup>263</sup>.

A passagem é tão bela e tão significativa que é impossível deixar de transcrevê-la em sua totalidade. Três anos depois, SOUTO prefaciava seu livro seguinte, destacando a aspiração de rompimento com essa tradição imobilista<sup>264</sup>. É precisamente isso o que aqui se pretende. **Romper a tradição imobilista para, indo além, preservar o que há de bom e continuar evoluindo.** Mas, para superá-lo, é necessário, antes, compreendê-lo. Corre-se seriíssimo risco de criticar mal aquilo que se critica sem conhecer. O próximo ponto trará a exposição paradigmática necessária à boa compreensão.

<sup>262</sup> **Uma história social do conhecimento:** de Gutenberg a Diderot, p. 51.

<sup>263</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XIII; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 31.

<sup>264</sup> **Obrigações...**, *op. cit.*, p. IX; **Obrigações...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 15.

## 2 INSERÇÃO PARADIGMÁTICA

### 2.1 Introdução

*“A menção às teorias em choque visa apenas situar o problema na sua evolução histórica, ou seja, adotar uma metodologia expositiva útil à compreensão atual do empréstimo compulsório”<sup>265</sup>*

A doutrina tributarista brasileira, desde a *Teoria geral do direito tributário* de ALFREDO AUGUSTO BECKER, passou a expor **preocupações metodológicas pre-  
tensamente rigorosas**. Essas preocupações passaram a figurar, frequentemente, de forma explícita em seus textos, algumas vezes na forma de introduções, mais ou menos extensas; outras, ao longo de toda a exposição. Os estudiosos sustentam deverem seguir uma metodologia que busca amparo no positivismo lógico, na redução de complexidades como imperativo epistemológico indiscutível, e num dualismo, irreduzível e insuperável, entre o ser e o dever-ser. É importante compreender esses pressupostos metodológicos, para que não se mereça a crítica de MICHEL VILLEY: “...a maioria dos juristas ignora as filosofias das quais, contudo, o pensamento deles procede”. E é importante, também, expor esses pressupostos à crítica, superando a denúncia do mesmo autor: “Pareceria que o jurista tem aversão a tomar consciência de seus princípios por medo de ter de reformá-los”<sup>266</sup>. É o que ocorre no direito tributário: a fragilidade e o anacronismo de certas premissas, quando vêm à compreensão, impelem a uma revisão, que não deve ser afastada por nenhuma espécie de conformismo.

**O modelo de ciência adotado pela dogmática tributarista tem suas raízes no modelo moderno europeu.** Um modelo baseado na objetividade, na neutralidade, no rigor e, ao mesmo tempo, na análise, na lógico-matematização, na compartimentalização. Embora já em vias de superação, era um dos modelos disponíveis de ciência, quando da criação do direito tributário, enquanto disciplina científica, e era o modelo que mais trouxera resultados práticos relevantes às outras ciências. Cabia àqueles que sentiam a necessidade de criar uma ciência rigorosa, como os tributaristas brasileiros,

<sup>265</sup> Parecer do Dr. José Souto Maior Borges, *Revista de Direito Administrativo*, v. 141, p. 79.

<sup>266</sup> **A formação do pensamento jurídico moderno**, p. 582 – originalmente, publicada como *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, escrita entre 1968 e 1975.



utilizá-lo, como ensina ÉMILE DURKHEIM: “*Quando uma ciência está a nascer, se é sem dúvida obrigado, para a construir, a tomar como referência os únicos modelos existentes, quer dizer, as ciências já formadas. Há nelas um tesouro de experiências já feitas que seria insensato não aproveitar*” [sic]<sup>267</sup>. Se o modelo que já ofereceu bons resultados não obriga a utilizá-lo, certamente pode exercer boa dose de atração.

**Esse, porém, não é o modelo da tradição grega, nem da Idade Média.** Lá, o conhecimento ainda não é meramente descritivo, nem voltado a um campo reduzido da realidade complexa. ARISTÓTELES e LEONARDO DA VINCI foram, em certo sentido, exemplos muito próprios de seus respectivos tempos: tinham liberdade de criação porque, a eles, não era imposto o monismo epistêmico. Não havia ainda a diferenciação científica, a compartimentalização do conhecimento. Se nascidos no século XIX, seriam, possivelmente, apenas biólogos, antropólogos, físicos, químicos, ou juristas; e, se fossem juristas do século XX, é provável que fossem restritivamente civilistas, tributaristas, penalistas, sociólogos do direito, filósofos do direito *etc.*<sup>268</sup> Com o tempo, “ciência”, termo antes ligado à busca livre pelo saber, tornou-se proibitiva.

Dada essa variação, **não se deve usar a palavra “ciência” de forma descuidada.** Dizer “ciência” implica a responsabilidade de postar-se diante de toda uma carga semântica, largamente ambígua e profundamente vaga. Por isso, é difícil falar de ciência. PAOLO ROSSI explica: “*O uso que hoje fazemos da palavra ‘ciência’ foi cunhado no século XIX e, estritamente falando, ‘ciência’ no nosso sentido era algo que não existia no período moderno inicial*”<sup>269</sup>. PETER BURKE, a propósito, lembra que o termo “cientista”, e a profissão de cientista, são do século XIX<sup>270</sup>. ISABELLE STENGERS, vendo a questão por outro ângulo, faz uma advertência importante: “*A definição de ‘ciência’ nunca é neutra, já que, desde que a ciência dita moderna existe,*

<sup>267</sup> **As regras do método sociológico**, p. 150 – originalmente, publicada como *Les Règles de la Méthode Sociologique*, em 1895.

<sup>268</sup> Quando fala de ERNST MACH, PAUL FEYERABEND faz reflexão semelhante: “*Ernst Mach deu o seu contributo à física, à fisiologia, à história da ciência, à história das ideias e à filosofia em geral. Não lhe foi difícil abranger um tão grande leque de interesses, pois viveu e trabalhou antes de o Círculo de Viena ter redefinido e reduzido drasticamente a nossa imagem das ciências*” – **Adeus à razão**, p. 25 – originalmente, publicado como *Farewell to Reason*, em 1987.

<sup>269</sup> **A ciência...**, *op. cit.*, p. 34. PAUL BENOIT, em linha semelhante, adverte: “*O conceito variou consoante as épocas, o termo pode cobrir realidades muito diferentes, o seu sentido tomou acepções mais ou menos precisas, a sua definição sempre foi difícil*” – A teologia no século XIII: uma ciência diferente das outras, in MICHEL SERRES (coord.), **Elementos para uma história das ciências**: da babilônia à idade média, p. 213 – originalmente, publicada como *Éléments pour une Histoire des Sciences*, em 1989.

<sup>270</sup> Cf. **Uma história...**, *op. cit.*, p. 32 e 49.

*o título de ciência confere àquele que se diz ‘cientista’ direitos e deveres. Toda definição, aqui, exclui e inclui, justifica ou questiona, cria ou proíbe um modelo*”<sup>271</sup>. É o caso da doutrina tributarista: admitindo ser “ciência” aquilo que compreende a partir dos pressupostos que adota, e sendo consequente e coerente, ela precisa enunciar todas as regras epistêmicas daí decorrentes, e **repudiar como não científico todo esforço que se distancia de seus modelos.**

Atualmente, toma-se “ciência” como aquela atividade que se insinua a partir do início da idade moderna, e se desenvolve até a atualidade, chegando à sua caracterização, enquanto algo próprio e distinto, no século XIX<sup>272</sup>. Nasce, portanto, com o Renascimento, e se inclui, de certa forma, entre as suas conquistas. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS escreve que é no “...século XVI...” que “...todos nós, cientistas modernos, nascemos...”, e afirma: “...os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX...”<sup>273</sup>. **Daí a expressão “ciência oitocentista”, como referente à ciência moderna,** já estabelecida, com seus principais caracteres, no século XIX. Quanto aos primeiros vinte anos do século XX, referidos por BOAVENTURA, é curioso lembrar que a obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de Kelsen, a iniciadora do que viria a ser a teoria pura do direito, é de 1911; e é também na década de 1920 que inicia o Círculo de Viena<sup>274</sup>. As regras que presidem o saber científico, hoje, tradicional, foram forjadas ao longo desses séculos, de modo que, quando se menciona fazer ciência, hoje, fala-se em desenvolver uma atividade submissa aos métodos e condicionamentos formulados nesse período. Parte da diferenciação entre ciência e filosofia, e, em sequência, pela diferenciação entre as várias ciências – física, biologia, química. Mais tardiamente, pelo surgimento das ciências do espírito, das ciências humanas e sociais.

<sup>271</sup> **A invenção...**, *op. cit.*, p. 35.

<sup>272</sup> “Ciência deve ser sempre entendida no sentido moderno. A doutrina medieval e conhecimento grego se distinguem dela radicalmente, ainda que, modificados, co-determinem aquilo que hoje conhecemos como ciência e aquilo que podemos conhecer por nossa experiência histórica” – MARTIN HEIDEGGER, *Beiträge...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>273</sup> **Um discurso sobre as ciências**, p. 5.

<sup>274</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, Teoria da norma fundamental: comentários à margem de Kelsen, *in Escritos...*, v. 1, *op. cit.*, p. 308; TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Por que ler Kelsen, hoje, *in FÁBIO ULHOA COELHO, Para entender Kelsen*, p. 13. Uma tradução para o título da obra de Kelsen seria *Problemas fundamentais da teoria do estado ou da teoria constitucional*.

A ciência é uma atividade sujeita a um duplo condicionamento: **na mesma medida que a ciência pretende a descoberta de verdades e a solução de problemas, sente também a necessidade de legitimar as soluções que apresenta**<sup>275</sup>. O cientista, além de resolver problemas, pretende que a solução que oferta seja, ao menos, levada seriamente em consideração pela comunidade de comunicação que integra. Mas tais soluções só atingirão essa legitimidade intersubjetiva se forem propostas de acordo com os condicionamentos aceitos pelos demais cientistas – ou, para utilizar uma linguagem kuhniana: suas propostas têm que ser postas no interior do paradigma científico dominante, a ciência normal.

**Esses condicionamentos serão, agora, expostos.** Iniciar-se-á pela exposição dos principais caracteres da ciência moderna, mediante o recurso ao argumento de dois dos seus primeiros e mais importantes teóricos da virada do século XVI para o século XVII: FRANCIS BACON (1561-1626) e RENÉ DESCARTES (1596-1650). São os autores que propuseram os modelos, empirista e racionalista, de emancipação da humanidade em relação às forças naturais e aos dogmas de autoridade<sup>276</sup>. A compreensão de suas ideias permitirá situá-los em um momento histórico de ruptura em face do saber da tradição a eles anterior. Isso possibilitará compreender a ciência moderna como um acontecimento no devir, e não algo eterno nem eviterno. Algo que surgiu numa determinada circunstância, em contraposição ao que havia<sup>277</sup>.

**Utilizar a história como recurso metodológico:** é o caminho que se continuará a seguir. Fazê-lo para falar a respeito da ciência é levar em consideração uma característica que ANNA CAROLINA KREBS PEREIRA REGNER encontra de comum nos pensamentos de IMRE LAKATOS e PAUL FEYERABEND: para ambos, sustenta, “*A história das ciências deixa de ser um recurso meramente ilustrativo e passa a ter um*

<sup>275</sup> A exemplo do que JOSEPH M. BECH diagnostica, na filosofia: “*Conviene no olvidar, a este respecto, la doble pretensión que anima todo discurso filosófico. Si por una parte se propone solucionar determinados problemas, por otra parte procura que sus enunciados tengan un fundamento en concordancia con sus propias exigencias de legitimidad. La filosofía, en suma, aspira a ser comprendida pero también quiere ser legitimada...*” – *La filosofía y su historia: dificultades teóricas y perspectivas críticas en los múltiples caminos actuales de la historia del pensamiento*, p. 26.

<sup>276</sup> Cf. FRANKLIN LEOPOLDO E SILVA, **Conhecimento e razão instrumental**, p. 1.

<sup>277</sup> Nesse sentido, GEORGE. F. KNELLER: “*...a Ciência é intrinsecamente histórica... Se quisermos entender o que a Ciência realmente é, devemos considerá-la em primeiro lugar e acima de tudo como uma sucessão de movimentos dentro do movimento histórico mais amplo da própria civilização... porque a História não revela uma Ciência mas numerosas ciências*” – **A ciência como atividade humana**, p. 13 – originalmente, publicada como *Science as a Human Endeavor*. Cf., também, HILTON JAPIASSU, **A revolução científica moderna**, p. 17.

*sentido propriamente epistemológico*”<sup>278</sup>. A perspectiva histórica, que compreende de onde surgiu a ciência, contribui também para que se compreenda porque, em ciência, somos como somos. Adapta-se, então, o ensinamento de GUIDO FASSÒ: “*La historia de la filosofía, cuya principal razón de ser es mostrarnos cómo somos verdaderamente, cómo hemos llegado a ser lo que en puridad somos...*”<sup>279</sup>.

## 2.2 FRANCIS BACON: ciência útil e dominadora

### 2.2.1 A superação da tradição grega

*“Num horizonte infinito de possibilidades abertas ao pensamento, cada um deve escolher o seu próprio itinerário”*<sup>280</sup>

**Na tradição grega, ciência e filosofia eram o mesmo.** No início, a atividade filosófica era a busca apaixonada pelo saber (*phylosophía*): o objeto da ciência, ainda não dominada pela metodologia. Estudar a ciência antiga é estudar a filosofia antiga.

**O primeiro pensamento destinado ao conhecimento do mundo com objetividade, dispensando a inspiração mítica, é referido, constantemente, como o pensamento grego, anterior a SÓCRATES.** Com os pré-socráticos, a explicação não viria mais do mito, mas da ciência, de modo que fazer ciência – ou filosofia – significa superar o mito. Os pensadores dessa época foram, depois, denominados “pré-socráticos”, e o tema em voga era a questão cosmológica<sup>281</sup>. A qualificação dessa primeira atividade intelectual objetiva como científica – ainda que ciência em seu início, rudimentar – encontra apoio, dentre outros, em NICOLA ABBAGNANO: “*Os filósoso-*

<sup>278</sup> Feyerabend/Lakatos: “adeus à razão” ou construção de uma nova racionalidade?, in VERA PORTOCARRERO (org.), **Filosofia, história e sociologia das ciências**: abordagens contemporâneas, v. 1, p. 103.

<sup>279</sup> **Historia de la filosofía del derecho: antigüedad y edad media**, v. 1, p. 13 – originalmente, publicada como *Storia della filosofia del Diritto: antichità e Medioevo*, em 1966.

<sup>280</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 23; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 25; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 29.

<sup>281</sup> Cf. ARISTÓTELES, **Metafísica**, p. 42; NICOLA ABBAGNANO, **História da filosofia**, v. 1, p. 27-28; WILHELM DILTHEY, **Introducción...**, *op. cit.*, p. 214-224; GIOVANNI REALE, **História da filosofia antiga**, das origens a Sócrates, v. 1, p. 32 – originalmente, publicada como *Storia della filosofia antica: in cinque volumi*, entre 1975 e 1980. JONATHAN BARNES critica a expressão “pré-socráticos”, porque, cronologicamente, alguns desses filósofos foram contemporâneos a SÓCRATES – cf. **Filósofos pré-socráticos**, p. 13 – originalmente, publicada como *Early Greek Philosophy* (Filosofia grega do início). Embora pareça correto falar-se “pré” em referência a uma anterioridade filosófica, não necessariamente cronológica.

*fos pré-socráticos realizaram pela primeira vez aquela redução da natureza à objectividade, que é a primeira condição de qualquer consideração científica da natureza*<sup>282</sup>.

Em razão dessas especulações, vários dos pré-socráticos são identificados, por ARISTÓTELES, como “físicos”, e desenvolviam atividades matemáticas<sup>283</sup>. Portanto: **filósofos e, concomitantemente, cientistas**. Não filósofos que, eventualmente, fazem ciência, ou cientistas que, eventualmente, fazem filosofia; mas pensadores que, ao pensarem, exercem, ao mesmo tempo, as duas atividades – ciência e filosofia – em uma. Diante disso, vários autores sustentam ser inviável a distinção clara, no período grego, entre um pensamento filosófico e um pensamento científico<sup>284</sup>. A questão, inclusive, é semântica: o grego antigo não tinha uma expressão equivalente ao termo “ciência” em seu sentido atual. A palavra “filosofia” era empregada, pelos gregos, num sentido amplo, englobando a atividade que hoje seria considerada uma ciência rudimentar<sup>285</sup>.

**Com SÓCRATES (470-399 a.C.) e PLATÃO (428 ou 427-348 ou 347 a.C.), a filosofia “física” torna-se metafísica**<sup>286</sup>. Surge a filosofia da *ἰδέα*, a idéia platônica, e o conhecimento, de certo modo, se distancia da vida concreta. HEIDEGGER dirá, mais tarde, que a *alétheia*, enquanto conceito de verdade, é substituída. NIETZSCHE dirá que o povo grego entra em decadência, assumindo a separação de dois mundos: este mundo concreto, da imanência, onde está o erro; e o outro mundo, o da transcendência, onde está a verdade; e valorando positivamente o segundo. O abandono do corpo e da natureza em nome da ideia e da transcendência seria o sintoma da decadência. A filosofia ganha em abstração e em distanciamento a respeito das coisas práticas

<sup>282</sup> **História...**, *op. cit.*, p. 28.

<sup>283</sup> Cf. JOSÉ TRINDADE DOS SANTOS, **Antes de Sócrates**: introdução ao estudo da filosofia grega, p. 71; JONATHAN BARNES, **Filósofos...**, *op. cit.*, p. 13; DILTHEY, **Introducción...**, *op. cit.*, p. 229.

<sup>284</sup> Cf. MARIA ESTEVES DE VASCONCELLOS, **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência, p. 55-56.

<sup>285</sup> Cf. JOSÉ TRINDADE SANTOS, **Antes...**, *op. cit.*, p. 218; JONATHAN BARNES, **Filósofos...**, *op. cit.*, p. 13.

<sup>286</sup> Quanto ao ano de nascimento de SÓCRATES também há certa controvérsia. Pode ter nascido nos primeiros meses de 469 a.C, de acordo com NICOLA ABBAGNANO – cf. **História...**, v. 1, *op. cit.*, p. 73. J. V. LUCE também fixa 469 a.C. como o ano de nascimento de SÓCRATES – cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 88. MARC SAUTET menciona 468 a.C. – **Um café para Sócrates**: como a filosofia pode ajudar a compreender o mundo de hoje, p. 242 – originalmente, publicada como *Un café pour Socrate*.

imediatas. Contra esse saber, que avaliava como abstrato e pouco útil à vida concreta, insurge-se FRANCIS BACON, fundando, no sentido metateórico, a ciência moderna.

Deve-se a THOMAS KUHN o conceito segundo o qual a ciência progride por revoluções, mediante as quais um paradigma é substituído por outro<sup>287</sup>. Se se aceitar essa concepção, uma das principais revoluções científicas é, certamente, aquela que caracterizou a virada para o paradigma moderno, de racionalidade lógica. Essa é, normalmente, a revolução a que se referem aqueles que falam em “a revolução científica”, no singular<sup>288</sup>. **O início teórico dessa revolução deve muito a FRANCIS BACON.** Embora não tenha sido capaz de levar a efeito seu empirismo, ele foi o primeiro pensador a lançar as bases sobre as quais nasceu a ciência moderna<sup>289</sup>. Suas principais contribuições para o desenvolvimento das ciências envolvem a oposição à tradição grega; o reclamo de utilidade para a ciência, que, deveria ser capaz de poder dominar a natureza; a derrubada dos ídolos; e a relevância que concede à pesquisa empírica. Curiosamente, teve ligação relevante com o mundo jurídico; foi advogado, professor e trabalhou na produção legislativa inglesa<sup>290</sup>.

**A “filosofia da Escola” é vista, por BACON, como um obstáculo a ser superado**<sup>291</sup>. Trata-se da escolástica, filosofia medieval baseada na recuperação da tradição grega, notadamente das obras de ARISTÓTELES. Este filósofo escreveu seu *Organon*; FRANCIS BACON, em tentativa de superação e de afirmação como moderno, elaborou seu *Novum Organum*. PLATÃO havia tratado da Atlântida na *República*; BACON escreveu a *Nova Atlântida*<sup>292</sup>. A Idade Média, receptiva da filosofia grega, não escapa também da crítica determinada de FRANCIS BACON: “A Idade Média, em relação à riqueza e fecundidade das ciências, foi uma época infeliz. Não há, com efei-

<sup>287</sup> Cf. **A estrutura das revoluções científicas**, p. 125 – originalmente, publicado em 1962.

<sup>288</sup> Cf. JOHN HENRY, **A revolução científica e as origens da ciência moderna**, p. 13 – originalmente, publicada como *The scientific revolution and the origins of modern science*. O plural seria recomendado pelo próprio KUHN, que destaca outras “revoluções científicas” – Cf. **A revolução copernicana**, p. 245.

<sup>289</sup> Cf. HILTON JAPIASSU, **Francis Bacon: o profeta da ciência moderna**, p. 5; ANSELMO DE LOYOLA, À guisa de prefácio, in RENÉ DESCARTES, **Princípios da filosofia**, p. 12.

<sup>290</sup> Cf. HILTON JAPIASSU, **Francis...**, *op. cit.*, 28 e 16.

<sup>291</sup> Cf. HOMERO SANTIAGO, Introdução, *op. cit.*, p. XVI.

<sup>292</sup> Ambos os textos estão traduzidos para o português: FRANCIS BACON, **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida**, publicados na Coleção *Os Pensadores*. Sobre a oposição, cf. a apresentação de JOSÉ ALUYSIO REIS DE ANDRADE a esse volume, intitulada *Bacon*, principalmente p. 21, e HILTON JAPIASSU, **Francis...**, *op. cit.*, p. 19.

to, motivos para se fazer menção nem dos árabes, nem dos escolásticos”<sup>293</sup>. Por isso, muitos consideram que a principal contribuição de BACON ao pensamento científico não é tanto aquilo que ele próprio projetou de construtivo, mas a desconstrução do pensamento então vigente, algo que empreendeu com vigor<sup>294</sup>. Meio milênio antes das críticas à modernidade, FRANCIS BACON era um filósofo da desconstrução.

BACON não parte da absoluta negação de todo o saber antigo: **afasta o que considera equivocado, mas aproveita seus pontos positivos**. Se anuncia oferecer algo melhor do que o fizeram os antigos, também diz seguir caminhos abertos por eles<sup>295</sup>. Esses caminhos são os da ciência pré-socrática. Em clara alusão ao pensamento pós-socrático, propõe uma mudança de rumos: “*Aqueles, com efeito, afirmaram cabalmente que nada pode ser conhecido. De nossa parte, dizemos que não se pode conhecer muito acerca da natureza, com auxílio dos procedimentos ora em uso*”<sup>296</sup>. Revelando-se empirista, faz crítica direta a ARISTÓTELES, acusando-o de submeter a experiência às suas próprias ideias, ao invés de obter as ideias a partir da experiência. Essa crítica, como se verá, cabe aos procederes doutrinários em direito tributário. Entre ARISTÓTELES e os pré-socráticos não sofistas, BACON prefere decididamente os últimos<sup>297</sup>. Ele não admite a resignação em face da dificuldade ou da impossibilidade de conhecer, defeito que diz presente nos gregos, que “*...fazem de sua fraqueza razão de calúnia para com a natureza e desespero para com todos os demais*”<sup>298</sup>.

**Aos gregos pós-socráticos, BACON destina a acusação de trabalharem em saber inútil**: farta em palavras, sua sabedoria seria infecunda para obras<sup>299</sup>. Cumpre, então, que a ciência seja capaz de realizar obras úteis, de permitir ao ser humano o domínio sobre a natureza – ou, adaptando-se, sobre o direito tributário, vertebrando-o. Então, relevante, para BACON, é o que se chamava “filosofia natural”, que definia como a progenitora das ciências<sup>300</sup>.

---

<sup>293</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>294</sup> Cf. MIGUEL SPINELLI, **Filosofia e ciência**: análise histórico-crítica da filosofia: de Pitágoras a Descartes, p. 198-199.

<sup>295</sup> Cf. *Novum...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>297</sup> Cf. *ibidem*, p. 32-33.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>299</sup> Cf. *ibidem*, p. 41.

<sup>300</sup> Cf. *Ibidem*, p. 47.

Com **BACON**, inaugura-se o **paradigma de disjunção**, de que fala EDGAR MORIN: separam-se a ciência e a filosofia e divorciam-se fato e valor<sup>301</sup>. Esse paradigma consolidar-se-á mais tarde, e a função de separação aprofundar-se-á com RENÉ DESCARTES. É o paradigma que domina a ciência do direito tributário, fundada na separação entre norma e fato, entre o direito e a realidade na qual se insere, entre o direito positivo e os outros direitos, entre o direito tributário positivo e o mundo.

BACON repudia o recuo diante da adversidade. **É um filósofo da força, dois séculos e meio antes de NIETZSCHE**. Em relação ao conhecimento vigente na sua época, BACON afirma que “...*não há esperança senão na regeneração das ciências, vale dizer, na sua reconstrução, segundo uma ordem certa, que as faça brotar da experiência*”<sup>302</sup>. Essa regeneração foi seu principal intento. A doutrina tributarista, no início, aprendeu com isso: enfrentou as dificuldades presentes nos tempos heroicos, mediante método científico, capitaneada pela obra de ALFREDO AUGUSTO BECKER. Porém, atualmente, recua diante de outras dificuldades, como a orientação da melhor aplicação do direito ao caso concreto, ou o estudo das melhores possibilidades legislativas, deixando os desafios aos órgãos competentes. Daí, a necessidade de uma reviravolta.

### 2.2.2 O domínio da natureza: saber é poder

*“O saber nos converte em senhores da natureza”*<sup>303</sup>

A ciência, para **BACON**, é um empreendimento destinado ao domínio da natureza. Desde seus primórdios, a atividade científica é uma manifestação da vontade de poder. Nesse sentido, de clara oposição à tradição, afirma:

Mas aqueles dentre os mortais, mais animados e interessados, não no uso presente das descobertas já feitas, mas em ir mais além; que estejam preocu-

<sup>301</sup> **Para sair do século XX**, p. 77 – originalmente, publicado como *Pour sortir du vingtième siècle* em 1981. Há outra tradução para a língua portuguesa, publicada em Portugal, com o título *As grandes questões do nosso tempo*.

<sup>302</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>303</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 37; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 46; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 47. Sobre as relações entre o conhecimento científico e o poder, cf. o texto *Ciência e poder*, fonte do excerto citado.



pados, não com a vitória sobre os adversários por meio de argumentos, mas na vitória sobre a natureza, pela ação; não em emitir opiniões elegantes e prováveis, mas em conhecer a verdade de forma clara e manifesta; esses, como verdadeiros filhos da ciência, que se juntem a nós, para, deixando para trás os vestibulos das ciências, por tantos palmilhados sem resultado, penetrarmos em seus recônditos domínios<sup>304</sup>.

A vitória sobre os adversários, pela via argumentativa, era resultado da *maiêutica* socrática; a argumentação, mediante opiniões prováveis, é a tópica aristotélica. Isso, para BACON, era **um saber inseguro em seus fundamentos, e inútil em sua destinação**. Inseguro nos fundamentos porque o máximo que se poderia conseguir, mediante esse método, essas “antecipações” e não “interpretações” da natureza, é o consenso. Isso, para ele, é muito pouco, e algo sem qualquer garantia de verdade: até os insanos podem entender-se uns com os outros<sup>305</sup>. Inútil em sua destinação, porque a filosofia antiga não era capaz de impedir que os seres humanos ficassem à mercê da natureza. A investigação tradicional, acerca da conduta ética, é vista, no limiar da modernidade, como inútil; hoje, dir-se-ia: é filosofia, não ciência. Por isso, a ruptura de ALFREDO AUGUSTO BECKER tem muito de baconiana: tenta romper com a falta de fundamentos jurídico dos discursos e com a falta de utilidade, porque toda argumentação era inútil para superar aquele estado de coisas sintetizado na expressão “direito tributário invertebrado”.

**Daí a cisão que se verifica, na aurora da modernidade, entre filosofia e ciência.** E, na Dinamarca da época de BACON, não disse Hamlet a Horatio, percebendo seu espanto diante da onipresença do fantasma, haver mais coisas entre céu e terra do que sua filosofia poderia sonhar?<sup>306</sup> A filosofia não pode tudo, e, por isso, a ciência moderna não tenta ocupar o lugar da filosofia, mas dela se afasta, procurando seu próprio campo. Para BACON, cumpre que, da ciência, exija-se mais do que queria a tradição: dominar a natureza, obter sobre ela a vitória, transformando, para melhor, a vida das pessoas; e isso por meio da ação, não pela contemplação.

<sup>304</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>305</sup> Diz o aforismo XXVI do *Novum Organum*: “As antecipações são fundamento satisfatório para o consenso, pois, se todos os homens se tornassem da mesma forma insanos, poderiam razoavelmente entender-se entre si” – p. 18.

<sup>306</sup> Cf. WILLIAM SHAKESPEARE, *Hamlet*, p. 34. JAPIASSU, que se refere a essa passagem, lembra historiadores que atribuem obras de SHAKESPEARE ao próprio BACON – cf. *Francis...*, *op. cit.*, p. 88.

São suas essas palavras: **a ciência deve “...exercer domínio sobre a natureza”**<sup>307</sup>. Ela tem por objetivo possibilitar ações eficazes, proporcionando melhoria concreta nas condições de vida humana. Nesse sentido, é fundamental, na visão baconiana, que a natureza possa ser submetida ao ser humano, e que seja posta ao seu serviço. A ciência de BACON é a ciência da submissão da natureza ao homem. É com isso em mente que mestre SOUTO afirma a identidade essencial entre ciência e dominação<sup>308</sup>. Outro pensador do início da fundação e da fundamentação da ciência moderna, RENÉ DESCARTES, também argumenta no sentido da substituição do saber especulativo da filosofia medieval pelo saber prático e dominador da ciência moderna:

...é possível chegar a conhecimentos muito úteis à vida... ao invés dessa filosofia especulativa ensinada nas escolas, pode-se encontrar uma filosofia prática, mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos os diversos ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-las do mesmo modo em todos os usos a que são adequadas e assim nos tornarmos como que senhores e possesores da natureza<sup>309</sup>.

É conhecendo, fazendo ciência, portanto, que o sujeito pode obter domínio sobre a natureza, fazer com que ela trabalhe a seu favor, deixar de se submeter às suas intempéries e de ficar, diante dela, jogado à sua própria sorte. Mas, para dominar a natureza, o ser humano deve conhecer seus segredos, para não cair em suas armadilhas. **Daí a famosa consigna baconiana: ciência é poder**<sup>310</sup>. Conhecer para dominar: saber é poder. Não há como, aqui, esquecer HERBERT MARCUSE:

Quando a racionalidade científica da civilização ocidental começou a produzir todos os seus frutos, tornou-se cada vez mais consciente de suas implicações psíquicas. O ego, que empreendeu a transformação racional do meio humano e natural, revelou-se um sujeito essencialmente agressivo e ofensivo, cujos pensamentos e ações tinham por intuito dominar os objetos. Era um sujeito *contra* um objeto... A natureza (tanto a sua como a do mundo exterior) foi “dada” ao ego como algo que tinha de ser combatido, conquistado e até violado; era essa a precondição da autopreservação e do autodesenvolvimento<sup>311</sup>.

<sup>307</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 81. Cf., também, JOHN LOOSE, **Introdução histórica à filosofia da ciência**, p. 80.

<sup>308</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 37; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 46; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 47.

<sup>309</sup> **Discurso do método**, p. 69.

<sup>310</sup> Cf. *Novum...*, *op. cit.*, p. 13. MICHEL VILLEY expõe o mesmo: “*Conhecer a natureza é, portanto, aumentar o poder do homem de se tornar senhor das coisas*” – **A formação...**, *op. cit.*, p. 593.

<sup>311</sup> **Eros e civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud, p. 106-107 – originalmente, publicada como *Eros and Civilization*, em 1955.

Mas o poder, na ciência moderna baconiana, é sobre a natureza. Na separação entre natureza e cultura, o poder científico é sobre a primeira, e não se volta aos demais seres humanos, nem, ao menos, na disputa acadêmica. Em sua argumentação, FRANCIS BACON repudia o saber para proveito próprio, o lucro ou as láureas acadêmicas. O saber é para o proveito de toda a humanidade, para submeter a natureza aos seres humanos. **E a submissão da natureza é direito dos seres humanos, por dotação divina**<sup>312</sup>. Nem de longe há, em BACON, preocupações ecológicas com a convivência entre o ser humano e a natureza da qual faz parte. Essas preocupações surgiriam, apenas, meio milênio depois. O mundo em que BACON vivia era outro, o que indica a possibilidade de revisão, no período contemporâneo, dessa epistemologia do domínio, rumo a uma epistemologia da convivência.

**Há, como se percebe, uma clara ética epistêmica na obra baconiana:** a ciência deve contribuir para que todos vivam em um mundo melhor, mais seguro, dominado pelo próprio ser humano e não pela natureza. Precisamente o que desejava BECKER e o que querem os tributaristas: um mundo jurídico-tributário seguro, dominado por uma linguagem rigorosa, onde se saiba exatamente a consequência decorrente daqueles fatos dotados de relevância jurídica. Um mundo no qual se esteja seguro, além disso, de que consequência alguma surgirá se aqueles fatos não ocorrerem. E onde se saiba, de forma precisa, qual é esse fato gerador dos efeitos jurídico-tributários. O tributarista, então, será o sujeito conhecedor e dominador de seu objeto: o direito tributário positivo.

### 2.2.3 O empirismo: a derrubada dos ídolos mediante método, experiência e indução

*“...a ousadia teórica é, na vida intelectual, um critério de excelência”*<sup>313</sup>

**FRANCIS BACON volta-se contra aquilo que chama “ídolos”**<sup>314</sup>. Visto como um antecedente histórico da crítica à ideologia, o primeiro ataque aos ídolos, no

<sup>312</sup> Cf. *Novum...*, *op. cit.*, p. 49 e 89.

<sup>313</sup> Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, *Sistema...*, *op. cit.*, p. XLIV.

*Novum organum*, encontra-se no aforismo XXXVIII, que explica suficientemente o conceito:

Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam<sup>315</sup>.

BACON classifica os diversos ídolos a serem destruídos para o progresso das ciências. Os “ídolos da tribo” (*Idola Tribus*) fundam a ideia segundo a qual os sentidos humanos, por si sós, captam suficiente e adequadamente o real. Os “ídolos da caverna” (*Idola Specus*) traduzem-se nos espíritos humanos, sempre sujeitos a perturbações e ao acaso. A comunicação humana e sua linguagem formam os “ídolos do foro” (*Idola Fori*), porque as palavras dificultam, ou, até, bloqueiam o entendimento, gerando controvérsias inúteis que atrapalham o conhecimento. Por fim, os “ídolos do teatro” (*Idola Theatri*): filosofias ou escolas de pensar que, diante da irrealdade daquilo que pregam ou daquilo a que se voltam, assemelham-se à ficção e ao teatro<sup>316</sup>.

O saber científico, superador do saber antigo, dominador da natureza e instrumento de poder, que permite a derrubada desses ídolos, é **um saber metódico, baseado na experiência e que se vale amplamente do recurso ao argumento indutivo**. A segurança do saber depende do método empírico-indutivo, que afastaria os erros da percepção sensorial, os equívocos decorrentes das perturbações individuais, as ambiguidades e esterilidades das discussões sobre linguagem, e a irrealdade das doutrinas filosóficas dominantes. A aplicação correta de um método bem posto e fundado na experiência é o que basta para proporcionar conhecimento seguro. A confiança de BACON no método fica bem caracterizada com seu exemplo: “*Um coxo (segundo se*

---

<sup>314</sup> A palavra, explica JOSÉ ALUYSIO REIS DE ANDRADE, “...é empregada por Bacon a partir da noção vulgar de imagem de um falso deus, da ideia de idolatria, e revela o gosto do autor por metáforas religiosas” – Bacon, in FRANCIS BACON, *Novum...*, op. cit., p. XVI. Segundo HILTON JAPIASSU, vem “...da palavra grega eidolon: imagem, simulacro, fantasma” – Francis..., op. cit., p. 49.

<sup>315</sup> *Novum...*, op. cit., p. 20-21.

<sup>316</sup> Cf. *idem e passim*.

diz) *no caminho certo, chega antes que um corredor extraviado, e o mais hábil e veloz, correndo fora do caminho, mais se afasta de sua meta*<sup>317</sup>.

Em linhas gerais, **o método vai da experiência particular à regra geral, no argumento indutivo fundado empiricamente**. A melhor via para a investigação recolhe, dos dados expostos aos sentidos, axiomas, cuja ascensão gradual e contínua alcança os princípios de generalidade máxima. Trata-se da sua lógica indutiva, que parte da análise dos fatos particulares, observados experimentalmente, em direção à obtenção de explicações com aplicabilidade mais ampla. Porém, em BACON, não qualquer observação passiva dos fatos, e sim a experiência ativa, planejada, ordenada, medida e adequadamente executada. Essa experiência, para o autor, é o que possibilita a obtenção da verdade: o experimento subjuga a natureza, e é a ele que se voltam os sentidos. É fundamental, para BACON, que seja empreendida a experiência dos fatos. Dessa experiência, é possível ascender a um conhecimento novo, partindo do empiricamente conhecido para o desconhecido, pela via da indução generalizadora<sup>318</sup>.

**Sendo um conhecimento do absolutamente verdadeiro, comprovado empiricamente, a ciência não ficará à mercê de meras criações intelectuais, do meramente opinativo**. BACON não confia apenas na razão e não aceita o argumento de autoridade isolado. Há necessidade de prova de que aquilo que é cientificamente afirmado é verdadeiro. Essa prova é fornecida pela experiência, em um caminho de mão-dupla: o conhecimento verdadeiro parte da experiência, e por isso é verdadeiro; ou o conhecimento é verdadeiro porque é confirmado pela experiência. Seja a experiência antecedente ou posposta ao conhecimento, em uma alternativa includente, de qualquer forma é fundamental para a ciência. Não importa tanto se se parte do experimento para a teorização, ou se se parte da teorização para o experimento. Se se experimenta para teorizar, ou se se experimenta para testar o teorizado. Muitas vezes, ambas as atividades estão integradas no trabalho científico – daí a includência. O argumento do empi-

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 30. Esse método é, em sua obra, descrito bastante detalhada e minuciosamente no Livro II do *Novum organum* – o Livro I dedica-se, principalmente, à crítica do saber pré-estabelecido. Uma aplicação hipotética desse método foi tentada na utopia que BACON escreveu, intitulada *Nova atlântida*. A respeito, diz HILTON JAPIASSU: “*Em sua utopia, Bacon apresenta a ciência numa árdua e diária luta contra a Natureza. Ciência feita por uma equipe, por um verdadeiro exército de pesquisadores, produzindo conhecimentos úteis à humanidade, com sentido eminentemente prático*”. O propósito disso tudo é exposto pelo autor: “*Na cidade ideal, a ciência terá um objetivo especificamente humano: o de lutar contra a ignorância, contra o sofrimento e contra a miséria*” – Francis..., *op. cit.*, p. 21 e 26.

<sup>318</sup> Cf. *Novum...*, *op. cit.*, p. 16, 26, 50.

rismo lógico, pela experiência como ponto de partida para a construção da linguagem científica formalizada, teve, depois, que lidar com o fato de haver criações teóricas empreendidas *a priori*, e lançadas à experiência *a posteriori*, com vistas a sua confirmação ou refutação, na “abdução” pierciana<sup>319</sup>. O relevante, no entanto e nesse momento, é que a experiência é um dado integrante e inafastável do método científico moderno: toda ciência moderna é ciência empírica. É o que anuncia a doutrina tributária: voltar-se-á exclusivamente ao direito posto, e sobre ele lançará proposições descritivas verdadeiras e coerentes que formam seu discurso. Que, não obstante, os estudos não se voltam exclusivamente ao direito posto, será demonstrado em seguida; que não obtêm só proposições verdadeiras e coerentes, também. Seja como for, no método atual de se fazer ciência, à identificação e delimitação do problema e à enunciação de hipóteses segue-se a coleta de dados empíricos, cuja análise e interpretação possibilitarão a solução do problema<sup>320</sup>. Até sob o ponto de vista estético, a experiência tem um papel “central” no método científico assim descrito.

Encontrar regras gerais a partir da observação empírica só é uma aspiração sensata quando se **pressupõe que possam existir tais regras gerais a conduzir o universo cognoscível**. Há que se pressupor um objeto por si só já ordenado e estável, com um funcionamento uniforme, à espera da cognição humana. Onde aparentemente não há regras ordenadoras passíveis de cognição, deve-se pressupor equívoco do sujeito cognoscente, que não obteve – ainda ! – êxito em sua empreitada. É o que se faz no direito: pressupõe-se um ordenamento que trabalhe sempre da mesma forma, derivando normas mais concretas de outras mais gerais, todas elas com a mesma estrutura interna e as mesmas possibilidades de relações sintáticas com as demais normas supra e infraordenadas. Se não se compreendeu isso ainda, erro do cientista do direito, que precisa trabalhar com mais afinco. Ora, pensar a existência dessas regras sempre uniformes e constantes implica pressupor uma teoria geral e universal do direito, à qual toda manifestação concretamente verificada de juridicidade certamente corresponderia. Conhecendo a teoria geral e comparando-a ao direito empírico, ter-se-ia, automati-

<sup>319</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, **Transformação da filosofia**, v. 2, p. 303 – originalmente, publicada como *Transformation der Philosophie. Band 2: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft* (o *a priori* da comunidade de comunicação), em 1973.

<sup>320</sup> Cf. EDVINO RABUSKE, **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 27.

camente, o conhecimento científico, bastando para tal um pouco de sagacidade ou de perseverança. A receita, se bem aplicada, seria sempre infalível.

**A criação do direito tributário brasileiro, enquanto ciência, também demandou a derrubada dos “ídolos” anteriores:** todos aqueles problemas percebidos e enfrentados por BECKER. Ele foi, sem dúvida, alguém que derrubou ídolos. Aqueles que o seguiram também realizaram importante trabalho de pulverização de ídolos, concentrado principalmente na PUC/SP da década de 1970. Ídolos como a fusão entre direito e ciência das finanças, a autonomia do direito tributário, a interpretação econômica, as noções superficiais e corrediças que vigoravam sem uma crítica mais sutil e rigorosa *etc.* Todos eles foram derrubados, um a um.

**Contemporaneamente, contudo, há outros ídolos a serem superados.** A derrubada de certos ídolos criou outros, de modo que a ciência tributarista não teve sucesso completo na assunção da ideia central de antagonismo aos ídolos. As palavras de BACON são, ainda, bastante atuais:

A reverência à Antiguidade, o respeito à autoridade de homens tidos como grandes mestres da filosofia e o geral conformismo para com o atual estágio do saber e das coisas descobertas também muito retardaram os homens na senda do progresso das ciências, mantendo-os como que encantados<sup>321</sup>.

O idealismo, a racionalização, a submissão à impregnação intelectual, a redução de complexidades, a perfeição da linguagem científica, todos são ídolos contemporâneos, verdadeiros mitos que permanecem diante do tributarista. O pensamento indutivo, por exemplo, que pretende extrair teorias gerais de observações particulares, é atualmente um desses ídolos; porém, para BACON, era justamente a indução que poderia destruir os ídolos<sup>322</sup>. Essa recomendação baconiana de adoção exatamente do procedimento a ser superado demonstra a permanente necessidade de questionamento e de evolução, inclusive no direito tributário.

**Muitos estudiosos sentem falta da matemática no pensamento epistemológico baconiano.** Essa ausência é notável, porque a matemática é dado fundamental no

---

<sup>321</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>322</sup> *Cf. ibidem*, p. 21.

pensamento científico moderno<sup>323</sup>. A passagem que é comumente referida na crítica a essa lacuna, em BACON, está no aforismo XCVI do *Novum organum*: “Ainda não foi criada uma filosofia natural pura. As existentes acham-se infectadas e corrompidas... na segunda escola de Platão, a de Proclo e outros, pela matemática...”<sup>324</sup>. Esse saber, anunciado como fundamental pela episteme jurídico-tributária brasileira, ficará caracterizado em outro pensador do início da ciência moderna: RENÉ DESCARTES.

## 2.3 RENÉ DESCARTES: o solipsismo lógico-matemático do *cogito*

### 2.3.1 A confiança na razão solipsista

*“A lógica dialética não encontra morada na casa do Direito e da justiça, como modernamente construída. Só a lógica do monólogo, sobretudo a lógica deôntica. Só, numa palavra, a monológica”*<sup>325</sup>

A exemplo de BACON, também é pretensão maior da obra de RENÉ DESCARTES fundar uma nova forma de conhecimento, capaz de substituir a escolástica medieval de inspiração na filosofia grega pós-socrática<sup>326</sup>. Esse novo conhecimento, em DESCARTES, tem duas pretensões características: **racionalidade e produção solitária**. Essas são duas características importantes da ciência moderna e da filosofia que lhe é subjacente: a problematização do conhecer, visto como o posicionamento de um sujeito frente a um objeto com vistas a, solitária e racionalmente, compreendê-lo e dominá-lo. Se o solipsismo fora da experiência e o encadeamento argumentativo podem ser vistos como ídolos em BACON, são, ao contrário, os meios de atingir um conhecimento seguro em DESCARTES.

**Existe um pressuposto claro e explícito para toda a construção cartesiana: a confiança na razão humana**<sup>327</sup>. É a razão, e as possibilidades que ela abre, o que

<sup>323</sup> É o caso, por exemplo, de MICHEL VILLEY: “Essa doutrina um pouco simplista está longe de dar conta de todos os meios de que fará uso o pensamento moderno. Falta nela sobretudo a menção à matemática, ao papel ativo de nossa mente no conhecimento, e o estudo da dedução” – **A formação...**, *op. cit.*, p. 595.

<sup>324</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>325</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 75.

<sup>326</sup> Cf. HOMERO SANTIAGO, Introdução, *op. cit.*, p. XIII.

<sup>327</sup> A influência do racionalismo cartesiano atravessou os séculos. O momento de meados do século XVIII, no qual foi publicada a Enciclopédia, representou também uma ruptura epistemológica em face do fundamento



justifica a validade do método e a verdade das conclusões obtidas mediante sua aplicação. Se o problema central de DESCARTES, ao menos nas *Meditações metafísicas*, é garantir à ciência a legitimidade para falar a verdade sobre o mundo, tal problema só é resolvido pelo recurso à razão<sup>328</sup>. Não fosse possível a infalibilidade da razão, nenhum motivo haveria para a confiança no método e nas verdades científicas. É possível incluir, dentre as três linhas básicas da filosofia cartesiana, com OLÍMPIO PIMENTA, “...a possibilidade de sua fundamentação absoluta em termos racionais”<sup>329</sup>.

**A infalibilidade da razão para qualquer ser pensante pretende-se, em DESCARTES, racionalmente comprovada;** nesse sentido, veja-se o que sustenta o filósofo:

Examinando a natureza de diversos espíritos, percebi que, por mais grosseiros e atrasados que fôssem, com dificuldade se acha algum inteiramente incapaz de participar dos bons sentimentos e conquistar mesmo tôdas as mais elevadas ciências, sempre que se conduza como é preciso. Isto, igualmente, pode ser provado pela razão: visto que, sendo os princípios evidentes e não se devendo deduzir nada a não se por meio de raciocínios muito claros, sempre se tem espírito bastante para entender as coisas que dêles dependem [*sic*]<sup>330</sup>.

Daí a universalidade da razão, que justifica a pretensão de universalidade do projeto filosófico de RENÉ DESCARTES. A experiência sensorial, também ídolo baconiano, sucumbe diante da razão. O altiplano que a razão ocupa em DESCARTES fez sucesso imediato; caracteriza, segundo DILTNEY, “...*el primer estadio de una nueva posición del sujeto frente a la realidad*”<sup>331</sup>. As relações entre método e razão seguem uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que o método é um produto da razão, é capaz de, retroativamente, guiar a razão em direção à verdade. Algo que hoje se reconhece como típico da ciência moderna, **a confiança na razão é a tal ponto inabalável, que é posta, por DESCARTES, como o primeiro princípio e o único de ante-**

---

do saber fora da razão humana – a introdução da Enciclopédia, o “discurso preliminar” de D’ALAMBERT, bem o caracteriza – Cf. ROBERT DARNTON, **O Iluminismo como negócio**: história da publicação da Enciclopédia, p. 18.

<sup>328</sup> Cf. EMANUELA SCRIBANO, **Guia para leitura das Meditações Metafísicas de Descartes**, p. 19 – originalmente, publicado como *Guida alla Lettura delle “Meditazioni Metafisiche” di Descartes*.

<sup>329</sup> **Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche**, p. 12.

<sup>330</sup> **Princípios...**, *op. cit.*, p. 38. No mesmo sentido, cf. **Discurso...**, *op. cit.*, p. 5.

<sup>331</sup> **Introducción...**, *op. cit.*, p. 551-552. Cf., também, JOHN COTTINGHAM, **A filosofia de Descartes**, p. 52 – originalmente, publicada como *Descartes*, em 1986.

**mão inegável.** Por isso, DESCARTES é visto como iniciador do paradigma filosófico da consciência<sup>332</sup>. Suas próprias palavras ilustram bem essa primazia do pensar racional. Introduzindo o *Cogito*, afirma:

...era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que essa verdade – *penso, logo existo* – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava<sup>333</sup>.

Para ele, sem a razão, o pensar, o entender, nenhuma verdade é viável: a imaginação ou os sentidos, sem a intervenção do entendimento, não concedem possibilidade de certificação de alguma verdade<sup>334</sup>. Daí a receita infalível para o bom conhecimento: demarcar, racionalmente, o objeto de investigação, e, seguindo o método racional, obter os resultados, certos e necessários<sup>335</sup>.

Perceba-se que o **“penso” cartesiano está na primeira pessoa do singular:** essa razão, que cria o método e que, guiada pelo método, leva necessariamente à verdade, é, em RENÉ DESCARTES, uma razão solipsista. Trata-se da razão de uma pessoa só. O pensar consigo mesmo, independentemente e até contra o pensar alheio, caracteriza a ciência moderna – figurativamente, há a física newtoniana, a geometria euclidiana, o direito kelseniano *etc.* Esse solilóquio está descrito no *Método cartesiano*, que é criação de um homem só<sup>336</sup>. Além de criação solitária, seu método prescreve o caminhar sozinho em direção à verdade. Mesmo ressaltando conhecer e valorar positivamente muitas doutrinas e, principalmente, vivências alheias, e ter aproveitado muitos de seus ensinamentos, DESCARTES põe-nos todos em suspenso para confiar apenas em suas próprias conclusões pessoais e individuais<sup>337</sup>. Se assiste razão a RICARDO AZIZ CRETTON, ao afirmar que o “...*eclipse da dialética no pensamento jurídico se deu com a ascensão do método cartesiano [sic]...*”, um dos motivos será, precisamente, este: seu método é monológico<sup>338</sup>.

<sup>332</sup> Cf. CELSO LUIZ LUDWIG, **Para...**, *op. cit.*, p. 53.

<sup>333</sup> **Discurso...**, *op. cit.*, p. 38.

<sup>334</sup> Cf. *ibidem*, p. 43-45.

<sup>335</sup> Cf. OLÍMPIO PIMENTA, **Razão...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>336</sup> **Discurso...**, *op. cit.*, p. 6.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>338</sup> **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**, p. 30.

O solipsismo tem, também, um duplo emprego: **a criação do método e a aplicação do método são empreendimentos solitários**. Obras de uma razão autossuficiente, solidamente confiante em suas próprias possibilidades, e amplamente capaz de atingir seus objetivos. Inclusive, é por ele mesmo que DESCARTES chega à conclusão de que o melhor é trabalhar sozinho. Conta que, na Alemanha, o início do inverno o reteve em uma caserna onde, sem uma conversa que o distraísse ou preocupações ou paixões que o perturbassem, fechou-se para entreter-se com seus pensamentos<sup>339</sup>. Dentre esses pensamentos, conta, “...um dos primeiros foi a consideração de que não há tanta perfeição nas obras compostas de várias peças, e feitas pelas mãos de vários mestres, como naquelas em que apenas um trabalhou”<sup>340</sup>. A melhor ciência é aquela concebida solitariamente, e o consenso opinativo em contrário nada garante contra a verdade solitária, porque é muito mais provável que uma só pessoa tenha encontrado a verdade do que todo um povo. O próprio método cartesiano é apenas dele<sup>341</sup>. Também BACON, para quem a multiplicidade de opiniões era um ídolo, embora tivesse nas elucubrações solitárias, fora da experiência, outro ídolo, diz: “...sou... pioneiro deste rumo, pois não sigo as pegadas de ninguém, e sem comunicar estes assuntos a qualquer outro mortal”<sup>342</sup>.

Dentre os escritos de direito tributário brasileiro, não obstante as imposições acadêmicas de se integrar em uma escola, percebe-se a intenção de realizar um trabalho cada vez mais apurado, mais rigoroso. Isso leva alguns estudiosos a conceber linguajar próprio, dificultando, senão impedindo, a intercomunicação. Os tributaristas criam termos próprios para designar institutos fundamentais do direito tributário. Considera-se plenamente normal que cada intérprete tenha uma exegese própria dos textos normativos, não assumindo a função de apontar qual delas é a melhor. Esse conceito de “melhor interpretação” nem mesmo lhe é familiar, porque o solipsismo no qual trabalha já o afasta *a priori*. A babel terminológica que isso gera será objeto de considerações posteriores.

---

<sup>339</sup> Cf. **Discurso...**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>340</sup> *Idem*.

<sup>341</sup> Cf. *Ibidem*, p. 19 e 21.

<sup>342</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 73.

**DESCARTES** chega a descrever o seu método como infalível. Surpreende verificar que o filósofo encontra, depois de sua criação individual do método, uma possibilidade de continuidade, de trabalho não mais solitário, e de abandono da dúvida sistemática: uma comunidade criada em torno do método. Antes dele, tudo é contestável; depois dele, basta seguir o caminho, para chegar-se a mais e mais verdades:

Ora, tendo o propósito de empregar toda a minha vida na pesquisa de uma ciência tão necessária, e tendo encontrado um caminho que, ao que me parece, nos levará infalivelmente a achá-la, a não ser que sejamos impedidos de segui-lo, ou pela brevidade da vida, ou pela falta de experiências, julgava que não havia melhor remédio contra esses dois impedimentos do que comunicar fielmente ao público todo o pouco que eu tivesse descoberto, e convidar os bons espíritos a se empenharem em ir mais além, contribuindo, cada qual conforme sua inclinação e seu poder, para as experiências que cumpriria fazer, e também comunicando ao público tudo o quanto aprendessem, a fim de que, começando os últimos onde os precedentes houvessem terminado, ligando assim as vidas e os trabalhos de muitos, fôssemos todos juntos mais longe do que cada um sozinho poderia ir<sup>343</sup>.

**Perceba-se o início do que mais tarde se denomina “paradigma científico”.**

Todos deveriam mover-se dentro do cartesianismo, e continuá-lo. Sem questionamentos, porque DESCARTES já houvera dissipado todas as dúvidas; doravante, eram desnecessários. Mas falou-se em dúvida sistemática. De que se trata ?

### 2.3.2 A dúvida sistemática

*“...jamais podemos ter certeza da infalível correção de um enunciado, uma proposição descritiva da ciência...”<sup>344</sup>*

**É característica e fundamental em RENÉ DESCARTES a dúvida a respeito da experiência sensível.** Ela tem sempre que ser posta à prova, pela via racional, de forma sistemática. Tal noção é tão presente no pensador francês do início da modernidade que vários autores se referem a uma metodologia da dúvida sistemática<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> **Discurso...**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>344</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 66; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 77.

<sup>345</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Prefácio: teoria..., *op. cit.*, p. 14-15; Prefácio: inconstitucionalidade e tributo: resposta a um apelo para as alturas, in DALTON LUIZ DALLAZEM, **Inconstitucionalidade e tributo**, p. 33.

A dúvida cartesiana, porém, não se volta apenas contra a experiência sensível. **Merecem ser postas em dúvida também as construções intelectuais anteriores.** Isso propicia a ascensão da nova ciência, fundada na razão. Esse afrontamento do pré-estabelecido acabaria por comprovar a força da verdade e da razão. Assim é a interpretação de ESPINOSA:

...começa por colocar tudo em dúvida, não como o cético, decerto, que não se fixa nenhum outro fim que duvidar, mas para que livrasse o ânimo de todos os prejuízos, com o que finalmente encontrasse os firmes e inconcussos fundamentos das ciências, que deste modo, caso os haja, não lhe podem escapar<sup>346</sup>.

**Nada que não tenha passado pela confirmação racional do cientista é confiável.** O primeiro preceito que o método de DESCARTES constrói, a partir da lógica aristotélica que lhe foi ensinada, ilustra bem essa questão: consiste em nunca aceitar algo *a priori* como verdadeiro, evitando precipitar-se, e só aceitando aquilo que está tão claro que qualquer dúvida se mostre descabida. O filósofo impõe-se, portanto, uma resolução: desfazer-se de todas as opiniões anteriormente tidas por verdadeiras, pondo tudo em dúvida, o mais que pudesse<sup>347</sup>.

**Mas essa dúvida sistemática nada tem de cética, no sentido gnoseológico de impossibilidade de conhecimento ou de fundamentação.** Ao contrário: é porque os céticos de então se fiavam na dúvida, para desdenhar todos os dogmas, que DESCARTES resolve combater o ceticismo em suas bases, e com sua própria arma: a dúvida<sup>348</sup>. Ela é, então, um instrumento na busca da verdade, busca plenamente confiante na inexorabilidade de seu êxito, e não um artifício para negar a possibilidade de verdade<sup>349</sup>. A dúvida serve para proporcionar o saber, o conhecimento, para guiar o filosofar. E filosofar é necessário, como ensina DESCARTES, em lição memorável: “*Ora, viver sem filosofar é equivalente, na verdade, a manter os olhos cerrados, sem jamais tentar abri-los, e o prazer de ver tôdas as coisas que nossa vista abrange não se iguala à*

<sup>346</sup> Princípios da filosofia de René Descartes demonstrados à maneira geométrica, Prolegômeno, *in* DESCARTES, **Meditações...**, *op. cit.*, p. 136.

<sup>347</sup> Cf. **Discurso...**, *op. cit.*, p. 19 e 23.

<sup>348</sup> Cf. OLÍMPIO PIMENTA, **Razão...**, *op. cit.*, p. 48.

<sup>349</sup> Cf. RENÉ DESCARTES, **Discurso...**, *op. cit.*, p. 20.

*alegria que dá o conhecimento do que se obtém pela Filosofia...*” [sic]<sup>350</sup>. E como trabalhou ALFREDO AUGUSTO BECKER, senão pondo todo o pensamento tributário anterior a ele à prova, refutando o que merecia ser refutado, e mantendo o que era positivo? Como trabalhou a doutrina posterior, senão submetendo a crítica todos os postulados tradicionais do direito tributário? É, novamente, a presença da pretensão cartesiana na doutrina tributarista.

### 2.3.3 A racionalidade lógico-matemática em superação ao fundamento metafísico

*“A lógica deôntica é o instrumental mais rebuscado de construção formal de uma lógica jurídica monológica. A formalização é o fenômeno que a governa de uma ponta a outra”*<sup>351</sup>

Outra característica importante revelada pelo cartesianismo é a seguinte: **o método científico moderno é produto e reproduzidor de uma racionalidade tipicamente lógica e matemática**. DESCARTES conta, a respeito da presença da matemática em sua formação: *“Estudara um pouco, quando jovem, entre as partes da filosofia, a lógica, e, entre as matemáticas, a análise dos geômetras e a álgebra, três artes ou ciências que pareciam dever contribuir um tanto ao meu propósito”*<sup>352</sup>. A inferência lógica, a dedução necessária a partir de premissas postas, é análoga ao raciocínio matemático. Se todos os homens são mortais e se Sócrates é homem, Sócrates é mortal; se  $x$  é  $y$  e se  $y$  é  $z$ , então,  $x$  é  $z$ ; se  $A$  pertence a  $B$  e  $B$  pertence a  $C$ ,  $A$  pertence a  $C$ ; se  $1 + 1 = 2$  e se  $2 + 2 = 4$ , então  $1 + 1 + 1 + 1 = 4$ . Pouco importa aqui quem foi Sócrates e o que é um “homem”. O raciocínio lógico-matemático clássico volta-se à forma, não ao conteúdo. Nesse sentido, o raciocínio “se todos os homens são répteis e Sócrates é um homem, então Sócrates é um réptil” é logicamente válido, embora empiricamente falso. Na ciência cartesiana, o fundamento do conhecimento não pode repousar fora da racionalidade lógico-matemática, como numa fundamentação metafísica; ao contrário, deve ser lógico, e aproveitar-se da matemática, a única forma de conhecimento consequente. Mesmo os céticos, que de tudo duvidam, jamais poderiam duvidar de um raci-

<sup>350</sup> **Princípios...**, *op. cit.*, p. 12.

<sup>351</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 21.

<sup>352</sup> **Discurso...**, *op. cit.*, p. 21.

ocínio desenvolvido segundo os cânones matemáticos, dada sua correção evidente. Para se conhecer corretamente, portanto, deve-se valer de uma racionalidade matemática<sup>353</sup>. Essa necessidade está na base da formação da ciência moderna, e é herança visível na ciência atual do direito tributário<sup>354</sup>.

Em trecho longo, mas cuja transcrição se impõe, **DESCARTES demonstra sua confiança nas possibilidades da racionalidade lógico-matemática para o desenvolvimento do saber**. Não necessariamente o conteúdo da lógica e da matemática, mas a forma de racionalidade que as preside é que se revela útil e necessária para a ciência rigorosa; transcendendo, inclusive, o âmbito restrito da lógica e da matemática:

Essas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, de que os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações, levaram-me a imaginar que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento dos homens encadeiam-se da mesma maneira... E não tive muita dificuldade em concluir por quais era necessário começar, pois já sabia que era pelas mais simples e mais fáceis de conhecer; e, considerando que entre todos aqueles que até agora procuraram a verdade nas ciências, só os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, isto é, algumas razões certas e evidentes, não duvidei de que deveria começar pelas mesmas coisas que eles examinaram; embora delas não esperasse nenhuma outra utilidade a não ser a de acostumarem meu espírito a alimentar-se de verdades e a não se contentar com falsas razões. Mas com isso não tive a intenção de procurar aprender todas essas ciências particulares chamadas comumente matemáticas; e, vendo que embora seus objetos sejam diferentes todas coincidem em só considerarem as diversas relações e proporções que nelas se encontram, pensei que era melhor examinar somente essas proporções em geral, supondo-as apenas nas matérias que servissem para tornar-me seu conhecimento mais fácil; mesmo assim, sem as limitar de modo algum a essas matérias, a fim de poder melhor aplicá-las depois a todas as outras às quais conviessem. Depois, tendo atentado que, para conhecê-las, eu precisaria às vezes considerar cada uma em particular, e outras vezes somente decorá-las, ou compreender várias ao mesmo tempo, pensei que, para melhor considerá-las em particular, teria de supô-las como linhas, porque não encontrava nada mais simples nem que pudesse representar mais distintamente à minha imaginação e aos meus sentidos; mas, para reter e compreender várias ao mesmo tempo, eu precisava explicá-las por alguns sinais, ou mais curtos possíveis, e que, deste modo,

<sup>353</sup> Sobre a lógica matemática no pensamento cartesiano, cf. ESPINOSA, Princípios..., *op. cit.*, p. 142; OLÍMPIO PIMENTA, **Razão...**, *op. cit.*, p. 21; GEORGES PASCAL, **Descartes**, p. 69 – originalmente, publicada como *Pour Connaître Descartes* (Para conhecer Descartes), em 1986; MICHELLE BEYSSADE, **Descartes**, p. 25 – originalmente, publicada, com o mesmo título, em 1972; CÉSAR AUGUSTO BATTISTI, A metodologia cartesiana e seu estatuto: crítica a algumas teses tradicionais, in DANIEL OMAR PEREZ (org.), **Ensaio de filosofia moderna e contemporânea**, p. 39; FRANKLIN LEOPOLDO E SILVA, **Descartes: a metafísica da modernidade**, p. 30 *et seq.*

<sup>354</sup> Exemplo expresso disso é a referência elogiosa de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS à “...lógica matemática...” – Prefácio, in LUCIANO AMARO, **Direito...**, *op. cit.*, p. XII.

aproveitaria o melhor da análise geométrica e da álgebra e corrigiria todos os defeitos de uma pela outra<sup>355</sup>.

O “encadeamento de razões” é a forma de argumentar tipicamente lógica e matemática. Toda a argumentação de DESCARTES, no *Discurso*, tem pretensão de logicidade. De chegar a conclusões necessárias partindo de premissas verdadeiras. O modo de desenvolvimento do pensamento é, ao menos na ordem das pretensões, lógico. O autor, inclusive, faz questão de já prevenir objeções de falta de lógica em suas argumentações<sup>356</sup>. Seguindo a linha teológica que se iniciou no fim da Idade Média, DESCARTES enfrenta o problema de provar a existência de Deus. O filósofo tem a pretensão de provar, mediante argumentos lógicos e a partir de uma evidência empírica, que Deus existe. Até para falar de Deus, o autor prescinde da fé, valendo-se apenas da razão e das evidências<sup>357</sup>. Há um contra-argumento, famoso, segundo o qual a prova cartesiana da existência de Deus envolve um raciocínio circular, que tomaria como provado aquilo que precisa provar, numa petição de princípio<sup>358</sup>. Essa objeção é, aqui, pouco relevante em seu mérito, mas a sua mera existência, e o fato de levar-se em consideração essa objeção, com seriedade e pertinência, já é, por si só, suficiente para demonstrar a intenção lógica e racional do argumento: fosse um argumento de fé, e uma contestação dessa espécie não faria qualquer sentido. Essa racionalidade permite, ao filósofo, **acreditar que há uma e somente uma resposta correta para cada problema apresentado**<sup>359</sup>. A essa simplificação idealista, segundo a qual, para cada problema, só há uma única resposta cientificamente correta, contrapõe-se outra: não há resposta correta, para problema algum, em ciência. Uma reflexão complexa, apta a compreender que, em determinados casos, pode haver uma única resposta; em outros,

<sup>355</sup> *Discurso...*, *op. cit.*, p. 23-25.

<sup>356</sup> Cf. *ibidem*, p. 47, 52 e 83.

<sup>357</sup> A Quarta Parte do *Discurso do Método* descreve as inferências que levam DESCARTES a crer ter demonstrado a existência logicamente necessária de Deus; há, inclusive, considerações geométricas – cf. *ibidem*, p. 39-45. Os argumentos são desenvolvidos com mais detença ao longo de seus *Princípios da Filosofia* e de suas *Meditações Metafísicas*. Há, ainda, o escrito *Razões que Provam a Existência de Deus e a Distinção que há entre o Espírito e o Corpo Dispostas de uma Forma Geométrica* – in DESCARTES, **Discurso do método; meditações...**, *op. cit.*, p. 169-175. É impossível não traçar um paralelo com o projeto jusnaturalista de HUGO GROTIUS (1597-1645), que, na mesma época histórica, propôs a hipótese de prescindir do papel divino na formação do direito, baseado na observação da natureza e na construção lógica do argumento – quem explica é ANTÔNIO MANUEL HESPANHA, cf. Introdução, in HUGO GROTIUS, **O direito da guerra e da paz**, v. 1, p. 15.

<sup>358</sup> Cf. HOMERO SANTIAGO, Introdução, *op. cit.*, p. XXII.

<sup>359</sup> Cf. *Discurso...*, *op. cit.*, p. 25.



muitas; e, em alguns, nenhuma; um pensamento que não simplifica e não aceita uma teoria geral *a priori* válida como explicativa para toda a realidade que é e possa vir a ser; uma proposta assim não será encontrada em DESCARTES, e, tampouco, na doutrina tributarista. Ainda está por ser concebida, e terá dificuldades para ser aceita em sua cientificidade, porque escapa ao conceito normalizado e normatizado de ciência<sup>360</sup>.

DESCARTES, em obra na qual prescreve suas regras para a orientação do espírito, **condena o estudo de qualquer questão que não seja suscetível de uma resposta correta e unívoca**. Opiniões apenas prováveis, tanto quanto em BACON, não são aceitáveis; a ciência perfeita faz-se aos moldes da matemática. Um cientista cartesiano evitará discutir o apenas provável. Aritmética e geometria são ciências isentas de falsidade ou incerteza, e valer-se delas é o único caminho para o conhecimento correto e para chegar a conclusões necessárias. O filósofo francês chega, mesmo, a prescrever a utilização de figuras e desenhos como um recurso metodológico imprescindível, além de dotações simbólicas e fórmulas matemáticas<sup>361</sup>. A guinada lógica desse período de início da modernidade é característica das mais relevantes, senão a de maior importância. As noções e os métodos matemáticos de trabalho tornam-se ideias prévias, que passam a condicionar a produção científica moderna<sup>362</sup>. O intenso recurso da doutrina tributarista às fórmulas, gráficos e figuras geométricas para a explicação do direito tributário tem, aqui, um antecedente ilustre<sup>363</sup>.

Para melhor compreender toda a influência da racionalidade lógica, é útil voltar os olhos, ainda que rapidamente, **ao entorno histórico-cultural de BACON e DES-**

<sup>360</sup> Vem à memória, aqui, a visão de H. HART, mais próxima da complexidade do real, segundo a qual é difícil sustentar, com RONALD DWORKIN, haver sempre uma única resposta correta para cada caso – o que HART qualifica como “um nobre sonho” – como também é difícil sustentar que toda decisão é sempre fruto da criação livre – para ele, um “pesadelo” – cf. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**, p. 8.

<sup>361</sup> Cf. **Regras...**, *op. cit.*, p. 7-10 e 121-129. Segundo HOMERO SANTIAGO, uma tradução mais adequada desde o latim *Regulae ad directionem ingenii* seria *Regras para a orientação do “engenho”* – cf. Introdução, *op. cit.*, p. XI, n. 2. Cf., também, DESCARTES, **Meditações...**, *op. cit.*, p. 24. GÉRARD LEBRUN qualifica o autor como um “...algebrista orgulhoso de sua Geometria...” – Prefácio, in DESCARTES, **Discurso do método; meditações...**, *op. cit.*, p. 1.

<sup>362</sup> Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, **Um discurso...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>363</sup> Cf., por exemplo, PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 7, 20-24 e 130; **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 11, 31-32 e 88; **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 531 e 533; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 37, 38 e 111; FABIANA DEL PADRE TOMÉ, **A prova no direito tributário**, p. 47-49 e 92-93 e 185; PAULO CÉSAR CONRADO, **Processo Tributário**, p. 25; TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, **Revogação em matéria tributária**, p. 130; CRISTIANO CARVALHO, **Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação**, p. 154; e, embora em menor grau de elaboração, inclusive este autor, **Teoria do ato administrativo**, p. 45 e 49.

**CARTES. NICOLAU COPÉRNICO** (1473-1543) é um cientista cujos trabalhos têm interpretações conflitantes, a depender do estudioso que dele trata. Há um razoável consenso, entretanto, de que representa um rompimento com a ciência antiga, no sentido de que, em suas pesquisas cosmológicas, abandonou a explicação religiosa e metafísica do movimento dos corpos celestes, característica da época anterior. Explica JOHN HENRY: “*Por mais contrário que o movimento da Terra possa parecer à filosofia natural, Copérnico insistiu, ele deve ser verdadeiro porque a matemática o exige. Isso foi revolucionário*”<sup>364</sup>. Em razão da utilização de fundamentos matemáticos em detrimento das explicações metafísicas, pode-se qualificar a revolução copernicana, nas palavras de THOMAS KUHN, como uma “...*revolução de ideias, uma transformação no conceito que o homem tinha do universo e da sua própria relação com ele...*”, constituindo-se em uma virada “...*no desenvolvimento intelectual do homem ocidental*”<sup>365</sup>. Ainda com o mesmo epistemólogo, é de se outorgar, a COPÉRNICO, o pioneirismo em rejeitar a tradição por razões ditadas por sua própria ciência, inaugurando a revolução copernicana<sup>366</sup>. JOHANN KEPLER (1571-1630), indo adiante, abandonou a necessidade, herdada de PITÁGORAS, de admitir apenas movimentos circulares e uniformes aos astros, adotando um modelo elíptico<sup>367</sup>. Nessa passagem, S. F. MASON exprime a mudança da racionalidade científica que surge na modernidade, ao apresentar a concepção kepleriana. O destaque é a prioridade à evidência, abandonando-se, se necessário, qualquer concepção metafísica pré-concebida com ela conflitante:

Kepler sustentava que a Metafísica da cosmologia – tal como a concepção apriorística dos gregos, acêrca do movimento circular e uniforme dos planetas – não era essencial para o astrônomo. Se as hipóteses se adaptavam a um sistema metafísico, tanto melhor; mas, no caso contrário, era a Metafísica que devia ceder. Kepler afirmava que a única restrição às hipóteses era a de que estas deviam ser racionais e que seu fim principal consistia na “demonstração do fenômeno e de sua utilidade na vida comum” [*sic*]<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> **A revolução...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>365</sup> **A revolução...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>366</sup> Cf. *ibidem*, p. 156 e 199.

<sup>367</sup> Diferentemente, JOHN LOSEE sustenta que JOHANN KEPLER mantinha fidelidade pitagórica – cf. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 57-61. JOHN HENRY utiliza o nome “JOHANNES KEPLER” – cf. **A revolução...**, *op. cit.*, p. 25.

<sup>368</sup> **História da ciência:** as principais correntes do pensamento científico, p. 107 – originalmente, publicada como *Main Currents of Science Thought: a History of the Sciences*.

A racionalidade lógico-matemática está presente, também, em KEPLER. Ele tem o “instinto geométrico”, a que se refere HORST OCHMANN<sup>369</sup>. Com ele, pela primeira vez, o poder dos argumentos matemáticos foi demonstrado na astronomia moderna que surgia<sup>370</sup>. Com GALILEU GALILEI (1564-1642), em seguida, a matemática se instaura definitivamente no fazer científico, adquirindo um prestígio, até então, inédito<sup>371</sup>. Para ele, a natureza estaria escrita em linguagem matemática. Para alguns, isso implica um novo *a priori*, haja vista que a experiência não autorizaria, a GALILEU, tal conclusão<sup>372</sup>. Com isso, apenas o mensurável matematicamente é real como objeto de ciência. A respeito, explica S. F. MASON:

As propriedades não-mensuráveis da matéria – ignoradas pelo cientista matemático – vieram a ser encaradas como irreais. Traçou-se uma nítida distinção entre as qualidades primárias mensuráveis da matéria e as secundárias, não-mensuráveis. As primeiras – massa, movimento e tamanho – eram consideradas propriedades reais, objetivas, da matéria; enquanto se tinham as segundas – côr, cheiro, gôsto – por produtos subjetivos dos órgãos sensoriais, não possuindo realidade no mundo exterior [*sic*]<sup>373</sup>.

A doutrina tributarista, nesse sentido, está mais para GALILEU que para KEPLER: para ela, todo o direito está escrito em uma linguagem de implicação deontológica, o que representa um *a priori* indesmentível pela experiência contrária. Cabe lembrar, ainda, BLAISE PASCAL (1623-1662). Depois de anotar que, na época moderna, não há nada na natureza “...*que resista al esfuerzo de la razón científica; pues nada hay en ella que resista a la geometría*”, ERNST CASSIRER descreve as concepções de PASCAL, que põe as coisas em seus devidos lugares:

*A los dieciséis años escribió Pascal el tratado de las secciones cónicas, que abrió al pensamiento geométrico un campo verdaderamente rico y fecundo; pero no era sólo un gran geómetra, era también un filósofo; y como filósofo, no sólo estaba absorbido por los problemas geométricos sino que pretendía comprender el uso verdadero, la extensión y los límites de la geometría. Así se vio conducido a hacer aquella distinción fundamental entre el “espíritu geométrico” y el “espíritu de fineza”. El espíritu geométrico sobresale en*

<sup>369</sup> **O instinto geométrico:** o processo astrológico a partir de Kepler, *passim*.

<sup>370</sup> Cf. THOMAS KUHN, **A revolução...**, *op. cit.*, p. 225.

<sup>371</sup> Cf. ISABELLE STENGERS, **A invenção...**, *op. cit.*, p. 91. Em toda a obra *Duas Novas Ciências*, GALILEU GALILEI utiliza o método matemático e geométrico para explicar os fenômenos que estuda, inclusive com o freqüente recurso a gráficos – cf. **Duas novas ciências**, *passim*.

<sup>372</sup> Cf. ADAM e LANNERY, Prefácio, in RENÉ DESCARTES, **Discurso...**, *op. cit.*, p. XV.

<sup>373</sup> **História...**, *op. cit.*, p. 107.

*todos aquellos temas que son aptos de un análisis perfecto, que pueden ser divididos hasta sus primeros elementos. Parte de axiomas ciertos e saca de ellos inferencias cuya verdad puede ser demostrada por leyes lógicas universales. La ventaja de este espíritu consiste en la claridad de sus principios y en la necesidad de sus deducciones, pero no todos los objetos son aptos de semejante tratamiento; existen cosas que a causa de su sutileza y de su variedad infinita desafían todo intento de análisis lógico. Si algo hay en el mundo que habrá de tratar de esta segunda manera es el espíritu del hombre, pues lo que le caracteriza es la riqueza y la sutileza, la variedad y la versatilidad de su naturaleza. En este terreno la matemática no se podrá convertir jamás en el instrumento de una doctrina verdadera del hombre, de una antropología filosófica. Es ridículo hablar del hombre como si se tratara de una proposición geométrica. Una filosofía moral en los términos de un sistema de geometría –una Ethica more geometrico demonstrata– representa para Pascal un absurdo, un sueño filosófico [sic]<sup>374</sup>.*

Recorde-se, por fim, ISAAC NEWTON (1642-1727), tido como o responsável principal pela teoria da gravitação universal, obtida por método matemático, e, portanto, em uma racionalidade caracteristicamente lógica. Seus *Princípios matemáticos de filosofia natural*, de 1687, são referidos como o ápice da matematização da representação do mundo<sup>375</sup>. Como se fora um Moisés, a quem as tábuas da lei do universo teriam sido reveladas, NEWTON torna-se, na Inglaterra do século XVIII, um herói nacional ainda em vida<sup>376</sup>.

**Em função do trabalho de todos esses cientistas do início da época moderna, o encantamento metafísico teria, afinal, sucumbido.** Já não haveria mais ilusões a impedir a compreensão racional do mundo, mediante aplicação da razão lógico-científica; o argumento metafísico teria sido finalmente destruído<sup>377</sup>. O romantismo também ficou prejudicado: a Lua, de inspiração romântica, torna-se um deserto pedregoso<sup>378</sup>. Causa perplexidade verificar, porém, que o pensamento mítico ainda está, fortemente, presente na ciência do direito tributário contemporânea. Verdades incomprováveis ou empiricamente já falseadas ainda permanecem em voga, e determinam o pensar da doutrina, que permanece condicionada por *a priori*s inquestionáveis. Porém, a pretensão, desde DESCARTES, era de desencantamento. O processo que finalmente

<sup>374</sup> *Antropología filosófica: introducción a una filosofía de la cultura*, p. 28-29.

<sup>375</sup> Cf. JOHN HENRY, *A revolução...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>376</sup> Cf. ILYA PRIGOGINE e ISABELLE STENGERS, *A nova aliança: a metamorfose da ciência*, p. 19-20 – originalmente, publicado como *La nouvelle alliance: métamorphose de la science*.

<sup>377</sup> Cf. WILHELM DILTHEY, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 520.

<sup>378</sup> Cf. NORBERT ELIAS, *Condição humana*: considerações sobre a evolução da humanidade, por ocasião do quadragésimo aniversário do fim de uma guerra (8 de maio de 1985), p. 27. Título original: *Humana conditio*.

teria levado a esse desencantamento pela ciência passou pela adoção do método de redução de complexidades.

### 2.3.4 A redução de complexidades

*“Por mais paradoxal que a afirmação pareça, só se limitando, a ciência do Direito Tributário se engrandece...”*<sup>379</sup>

Essa uma última qualidade do método cartesiano é bastante relevante para caracterizar o paradigma dentro do qual se move a ciência do direito tributário no Brasil: **a noção de que o processo de conhecimento científico exige a redução de complexidades**. Nas suas “regras”, DESCARTES prescreve a redução do problema em partes tão pequenas quanto for possível, dividindo a dificuldade até chegar a sua maior simplicidade<sup>380</sup>. Explicando o cartesianismo, ESPINOSA afirma: “...sua principal regra foi enumerar e examinar uma a uma todas as idéias simples a partir das quais são compostas todas as restantes” [sic]<sup>381</sup>. Há, aí, importante antecedente das proposições protocolares do Círculo de Viena, anunciado como modelo pelo pensamento justributário brasileiro. Esse caminho redutor também se encontra prescrito na segunda e na terceira regras que DESCARTES produz a partir da lógica aristotélica que aprendera: dividir as dificuldades e pensar partindo do simples e conhecido para o complexo e desconhecido<sup>382</sup>.

**Tal característica redutora do pensamento científico moderno é lembrada por muitos epistemólogos.** BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, por exemplo, aduz: “...o método científico assenta na redução de complexidade. O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente. Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou”<sup>383</sup>. GASTON BACHELARD lembra sua aplicação no âmbito da química: “A análise torna-se a preocupação dominante de todo químico. O químico começa sua

<sup>379</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XIV; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>380</sup> **Regras...**, *op. cit.*, p. 97-99.

<sup>381</sup> **Princípios...**, *op. cit.*, p. 137.

<sup>382</sup> **Discurso...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>383</sup> **Um discurso...**, *op. cit.*, p. 15.

*pesquisa multiplicando os esforços para decompor. A simplicidade aparecerá então como um limite a todo esforço de decomposição*<sup>384</sup>. E não analisar, não decompor, leva ao fracasso, como explica ainda BACHELARD:

Compreendamos... a importância filosófica das descobertas como as de Cavendish provando que a água não é um elemento, ou a descoberta semelhante referente ao ar por Lavoisier. Tais descobertas fraturam a história. Elas assinalam um *fracasso total do imediato*. Elas fazem aparecer a profundidade do químico sob o físico – ou, em outras palavras, a heterogeneidade química da homogeneidade física<sup>385</sup>.

Daí a conhecida expressão “corte epistemológico”, que MÁRCIO MARIGUELA atribui ao mesmo BACHELARD<sup>386</sup>. Trata-se, diante da diversidade do todo a ser conhecido, de eleger um de seus aspectos como objeto de estudo, na impossibilidade de estudá-los simultaneamente. **Essa ideia reducionista difundiu-se de tal forma que assumiu, até o século XX, ares de unanimidade**<sup>387</sup>.

O processo de redução de complexidades é acompanhado, em DESCARTES, pela tentativa da **identificação de uma unidade na complexidade**. O objetivo é perceber uniformidades sempre presentes na multiplicidade complexa. Na física, buscou-se o átomo; na química, a molécula; na biologia, a célula. Essa busca pela unidade mínima e irreduzível na realidade complexa é claramente percebida na doutrina tributária: reduz a diversidade e complexidade da matéria tributária legislada a uma unidade, pretensamente, sempre idêntica: a norma jurídica, em sua dupla estrutura bímembre, encerrada num juízo disjuntivo. E assim, já sabendo o que quer encontrar, o cientista já parte para o problema com sua solução prévia. Saber reduzir o complexo e desconhecido a seus termos sempre iguais e conhecidos implica já conhecê-lo de imediato<sup>388</sup>. Daí o relevo e o porto seguro encontrado na teoria geral do direito: ela já fornece previamente a solução para todos os problemas, porque permite compreender o que há de unitário, conhecido, inflexível, atemporal, eterno, na multiplicidade complexa, cambi-

<sup>384</sup> **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 91.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>386</sup> Cf. **Epistemologia da psicologia**, p. 28.

<sup>387</sup> DILTHEY, por exemplo, vê tal ideia como o único caminho possível para a investigação científica – cf. **Introducción...**, *op. cit.*, p. 180-181.

<sup>388</sup> Cf. PIERRE GUENANCIA, **Descartes**, p. 16 – originalmente, publicada, como o mesmo título, em 1986.

ável, desconhecida e transitória – ainda que essa realidade não se adapte à teoria geral: ela, enquanto tal, subsiste, enquanto a verdade última e primeira sobre o direito.

Isso só é racionalmente concebível, porém, sob o **pressuposto de que, isolar as partes de seu todo, longe de impossibilitar o conhecimento correto, é uma necessidade para viabilizá-lo**. Só é factível pressupondo-se uma realidade formada de partes menores suscetíveis de conhecimento até onde não seja mais possível dividir. Só é sensato se se pressupuser a existência dessas partes últimas indivisíveis, cujos elementos formadores não são propriamente elementos, mas aspectos. E que, apenas quando já conhecida a parte, torna-se possível reintegrá-la a outras partes, classificando e descrevendo o todo pela soma das partes – que foram já suficiente e cabalmente conhecidas independentemente do todo, por uma necessidade metodológica incontornável. A doutrina trabalha dessa forma: separa o positivo do extrapositivo; depois separa o tributário do restante; depois separa a norma tributária de incidência das demais normas, chegando à unidade mínima e irreduzível de manifestação do deôntico, o átomo do direito. A partir dali, não há mais partes, só “aspectos” ou “critérios”. Esse pensamento analítico encontra antecedente em DESCARTES, que o tinha como a via mais própria ao ensino e à aprendizagem<sup>389</sup>. Conhecida, finalmente, a norma, mediante o procedimento redutor, seria viável reintegrá-la no todo, conhecendo-se assim todo o direito tributário e, em tese, todo o direito positivo.

Por outro lado, a redução de complexidades, em DESCARTES, ainda não desemboca na especialização científica. Ela surge depois. Na sua primeira regra para a orientação do espírito, DESCARTES condena a separação das ciências como um obstáculo ao saber, dada sua dependência recíproca<sup>390</sup>. Essa consideração, todavia, ficou superada pelo **extraordinário desenvolvimento posterior da ciência, que se ramificou cada vez mais, inclusive no direito**: o jurista voltado ao direito tributário é, cada vez mais, especialista. Não lhe é dado sequer cogitar do direito financeiro, muito menos da ciência das finanças. Falar em economia é uma heresia.

**Dali em diante, a cientificidade passou a gozar de boa reputação**. Fazer ciência é fazer o que há para ser feito quando o assunto é a descoberta de verdades úteis.

---

<sup>389</sup> Objeções e respostas, in DESCARTES, René, **Discurso do método; meditações...**, *op. cit.*, p. 167.

<sup>390</sup> Cf. **Regras...**, *op. cit.*, p. 4.

Relata BACHELARD que, no século XVIII, todo homem instruído era interessado em ciência, e era comum manter-se um laboratório ao lado de uma biblioteca<sup>391</sup>. A reputação de que o saber científico passa a gozar justifica, ao lado de suas consequências positivas e negativas, o cada vez maior desenvolvimento de reflexões voltadas para a própria ciência, na tentativa de definição de suas regras e suas possibilidades. Um desses pensamentos mais referidos pela doutrina tributarista foi feito naquilo que se denominou Círculo de Viena.

## 2.4 O positivismo lógico

*“É, portanto, com a licença das categorias epistemológicas modernas, metalinguagem: vai além da linguagem-objeto”<sup>392</sup>*

Foram caracterizados, até aqui, muitos dos pressupostos metodológicos que a doutrina tributarista anuncia, que permite compreender sua intenção de integração a um paradigma científico: o saber para o domínio e a segurança; a derrubada dos “ídolos”; a razão lógico-matemática e solipsista; o método empírico-indutivo analítico; a necessidade de redução de complexidades. Mas a caracterização da **ciência como metalinguagem descritiva rigorosa** decorre das elaborações do Círculo de Viena. A característica fundamental do positivismo lógico é a redução da filosofia à análise da linguagem<sup>393</sup>. Essa concepção, segundo a qual a ciência do direito é uma metalinguagem que descreve uma linguagem objeto, encontra suas raízes no neopositivismo viense. É lá, também, que se encontram os fundamentos da compreensão dessa ciência como um conjunto sistemático de proposições, vazadas em terminologia rigorosa e unívoca, coerente, sem contradições nem contrariedades. O recurso às formas lógicas também evidencia a influência dessa concepção.

**“Círculo de Viena” é como se denomina um grupo de estudiosos que se reuniu, na cidade austríaca, entre as décadas de 1920 e 1930.** O grupo dissolveu-se com o assassinato de MORITZ SCHLICK, físico, epistemólogo e um de seus princi-

<sup>391</sup> Cf. **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 28.

<sup>392</sup> *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 118; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 141.

<sup>393</sup> Cf. NICOLA ABBAGNANO, **Dicionário de filosofia**, p. 381.



pais integrantes, cometido por um estudante, em 1936<sup>394</sup>. As concepções epistemológicas e linguísticas do Círculo de Viena ficaram conhecidas principalmente como “neopositivismo”, “positivismo lógico” ou “empirismo lógico”. Na diversidade que caracteriza o neopositivismo, há dois traços comuns: a lógica e o empirismo. Contextualizando-o, percebe-se que o período imediatamente anterior ao neopositivismo é caracterizado por um abalo na confiança epistemológica da modernidade. É a época da teoria da relatividade de ALBERT EINSTEIN, do evolucionismo de CHARLES DARWIN, da linguística de FERDINAND DE SAUSSURE e da psicanálise de SIGMUND FREUD – sem mencionar a filosofia nietzschiana. Tudo isso entre meados do século XIX e o início do século XX. Também é época do questionamento interno da lógica e da matemática, desde LEIBNIZ até BERTRAND RUSSEL, passando por GEORGE BOOLE, CHARLES S. PEIRCE e GOTTLOB FREGE, seguidos de EDMUND HUSSERL. Tudo isso conforma o entorno cultural do Círculo de Viena<sup>395</sup>. Se a matemática e a lógica são o fundamento do conhecimento científico desde a aurora da modernidade, cumpre depurá-las de todas as suas contradições, e encontrar seu fundamento inquestionável. E, a partir daí, fundamentar as ciências particulares, sempre com apoio empírico. É por meio da lógica e do empirismo que o neopositivismo devolveu o rigor à ciência, agora dotada de um fundamento último.

De toda a complexidade e profundidade que caracteriza o pensamento neopositivista, alguns pontos devem ser destacados. Um deles é a concepção segundo a qual o controle da veracidade de um enunciado pode ser feito mediante um rigoroso controle de sua integridade lógica. Uma linguagem científica não pode ser levada a efeito sem a estrita observância das regras lógicas de construção do discurso. Consequência disso é a noção de que **construir uma ciência é construir uma linguagem rigorosamente lógica a respeito de um dado empírico** – a expressão “dado”, aliás, é tema de estudo de MORITZ SCHLICK<sup>396</sup>. Esse rigor lógico é bastante refinado, dadas as construções que a lógica havia atingido anteriormente, principalmente com FREGE e RUSSEL, e com a contribuição decisiva de LUDWIG WITTGENSTEIN, no *Tractatus logico-philosophicus*. Assim, se a linguagem que se fizer sobre determinado objeto de estudo

<sup>394</sup> Cf. NICOLA ABBAGNANO, *História...*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>395</sup> Cf. CHRISTIAN DELACAMPAGNE, *História da filosofia no século XX*, p. 11-27 e 102.

<sup>396</sup> *Positivismo e realismo*, p. 41.

obedecer a certos critérios lógicos, será uma linguagem científica. O tom de cientificidade é definido, internamente, pela própria linguagem científica, aliado a seu referente externo, a realidade empírica sobre a qual o enunciado se volta. Caso o enunciado se utilize de um termo sem referência empírica, terá problemas semânticos, que impedirão a sua qualificação como científico. Mais ainda: impedirão a sua qualificação, mesmo, como significativos. O enunciado que contém termos como “Deus”, “ideia”, “eu”, “absoluto”, “coisa em si”, “ser”, “nada”, entre outros, são pseudoenunciados, que carecem de sentido<sup>397</sup>. Muitas expressões heideggerianas, o que evidencia o contraponto. Sob esse ponto de vista, considerar a “norma jurídica”, enquanto significação mental, construída na forma de um juízo hipotético-condicional seria emitir enunciados não significativos. Por outro lado, se, mesmo valendo-se apenas de termos com referência empírica, o enunciado não for lógico-sintaticamente correto, carecerá também de significado<sup>398</sup>. Então: a coerência interna do enunciado e sua referência à exterioridade empírica, nos planos sintático e semântico, formam o requisito de cientificidade do positivismo lógico. Veja-se o registro de FRITJOF HAFT: “...*havia plena convicção, nas primeiras décadas do século XX, de que seria possível atingir a meta de uma linguagem ‘unívoca’, que só comportaria o racionalmente experimentável e comunicável, e com a qual seriam ao mesmo tempo recusadas quaisquer concepções de metafísica e transcendência*”<sup>399</sup>. Essa passagem demonstra os dois principais pontos do neopositivismo: a linguagem, de um lado; e seu objeto, de outro: apenas as realidades comunicáveis e suscetíveis de experimentação empírica.

**Para o neopositivismo, uma proposição é científica quando coerente e verificável em face do dado empírico.** A ciência do direito tributário também é vista como uma metalinguagem descritiva coerente, que será verdadeira ao bem descrever o direito positivo – outra linguagem, agora objeto, empiricamente verificável. Isso significa que uma proposição tautológica, que se impõe mesmo na ausência de prova empírica

<sup>397</sup> Cf. WOLFGANG STEGMÜLLER, **A filosofia contemporânea: introdução crítica**, p. 85 – originalmente, publicada como *Hauptströmungen der Gewertsphilosophie*; CHRISTIAN DELACAMPAGNE, **História...**, *op. cit.*, p. 112.

<sup>398</sup> Cf. *idem*.

<sup>399</sup> Cf. Direito e linguagem, in ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER (org.), **Introdução...**, *op. cit.*, p. 312.

rica, ou uma proposição metafísica, não verificável empiricamente, estão fora do âmbito científico. PAULO DE BARROS CARVALHO leciona, a respeito:

...podemos expor um importante traço da concepção neopositivista, que não só exige a boa formulação da sintaxe frásica, como também declara que os enunciados inverificáveis não poderão integrar o discurso científico. Este há de abranger, única e exclusivamente, enunciados verdadeiros, assim considerados por serem passíveis de comprovação efetiva. Advém daí o postulado: um enunciado terá sentido semântico se puder ser empiricamente verificável<sup>400</sup>.

**Nessa epistemologia, não há propósito em pretender, cientificamente, falar do que pode vir a ser.** Seria completamente irracional que a ciência do direito pretendesse orientar a melhor aplicação da norma a possíveis casos em que sua incidência se manifestaria – ou, ainda, orientar a elaboração legislativa. Seria tratar do que deve ser, e não do que é. Ora, o direito que é, aquele efetivamente existente *hic et nunc*, esse sim pode ser tratado por uma doutrina de inspiração neopositivista. Só é possível cogitar do direito que poderá vir a ser em proposições carentes de verificabilidade empírica; por isso, qualquer tentativa nesse sentido escaparia do rigor científico e fugiria do labor do cientista do direito. Pode-se falar do que é, mas jamais do que virá a ser. E, de modo algum, será “científico” cogitar-se do que é mais ou menos justo em uma determinada situação. Nesse sentido, ainda, explica PAULO DE BARROS CARVALHO:

Esta firme e radical postura epistemológica afasta, desde logo, os enunciados metafísicos dos quadros do saber científico, que estaria circunscrito aos limites do factual, do tangível, vale dizer, daquele campo de objetos que podem ser recolhidos por nossa intuição sensível e demonstrados experimentalmente. As proposições metafísicas, por insusceptíveis de experimentação, não chegavam a adquirir *status* científico e, para o pensamento do “Círculo de Viena”, sequer poderiam ser chamadas de “proposições”. A carência de sentido relegava-as à condição de *pseudoproposições*<sup>401</sup>.

Os pseudoenunciados são os enunciados não fatuais. Para o positivismo lógico, só um enunciado fatural tem significado. **Enunciados não fatuais carecem de significação; não se pode dizer, a respeito deles, se são verdadeiros ou falsos.** MORTIZ SCHLICK, falando certamente de si próprio e de seu Círculo, afirma: “A questão das

<sup>400</sup> **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>401</sup> *Idem.*

*'proposições fatuais'* (Protokollsätze), *de sua função e estrutura, constitui a modalidade mais recente sob a qual a filosofia, digo melhor, o empirismo decidido de nossos dias, aborda o problema do fundamento último do saber*<sup>402</sup>. Anote-se, porém, que, para o Círculo de Viena, fatural é o enunciado cuja experimentação é concebível, não necessariamente viável de imediato<sup>403</sup>. Às vezes, a experiência é, por um motivo ou por outro, momentaneamente inviável; isso, contudo, não torna o enunciado não fatural se a experiência for, ainda que em tese, concebível. Mas enunciados sem conteúdo fatural estão fora do âmbito da ciência: são pseudoenunciados, não têm significação alguma. Afirma RUDOLF CARNAP:

...as expressões que se incluem entre os enunciados sem conteúdo fatural não devem sob nenhuma circunstância serem considerados significativos. Um (pseudo) enunciado que não pode ser em princípio estabelecido por uma experiência, e que, portanto, não tem nenhum conteúdo fatural, não expressaria nenhum estado de coisas concebível e portanto não seria um enunciado, mas somente um aglomerado de sinais ou ruídos carentes de significação [*sic*]<sup>404</sup>.

**O empirismo lógico exclui qualquer possibilidade de se conceder um conteúdo de significação a proposições metafísicas.** O exemplo de CARNAP é eloquente: se três cientistas descobrem a mesma montanha, um “realista” diria que a montanha é real; um “fenomenalista” diria que há a montanha real, embora ele só conheça o fenômeno da montanha; o “idealista” diria que, da montanha, temos as percepções, e sobre a montanha supostamente real ele nada pode afirmar. Nenhum dos três, no entanto, está a pensar cientificamente, porque nenhum dos enunciados tem significação. São problemas metafísicos, que estão alijados tanto da ciência quanto de qualquer conteúdo de significação, dadas suas condições de enunciados não fatuais, de pseudoenunciados. Não que aquilo que o realista diz seja verdadeiro, e o que o idealista diz seja falso, nem vice-versa; enquanto enunciados não significativos, pseudoenunciados, a questão de sua verdade ou falsidade sequer pode ser levantada<sup>405</sup>. Por isso, SCHLICK prefere denominar o neopositivismo de empirismo consistente<sup>406</sup>. Em outro

<sup>402</sup> **O fundamento do conhecimento**, p. 65.

<sup>403</sup> Cf. RUDOLF CARNAP, **Pseudoproblemas na filosofia**, p. 158.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 158-159.

<sup>405</sup> Cf. *ibidem*, p. 163.

<sup>406</sup> Cf. **Sentido e verificação**, p. 86.

trabalho, valendo-se do mesmo exemplo, CARNAP afirma que essa questão – idealismo *versus* realismo – não podia ser resolvida, porque era formulada em equívoco<sup>407</sup>. Dentro do sistema de referência linguístico do positivismo lógico, essa querela não faz sentido. A incorreção da linguagem impede a cientificidade do conhecimento.

Em síntese: para o neopositivismo, sem precisão linguística e sem referibilidade empírica não há ciência. Tudo aquilo sobre o qual for impossível emitir um juízo rigoroso, verificável empiricamente, está fora do âmbito científico. Os enunciados só são significativos se forem fatuais; a partir daí, pode-se pensar se esses enunciados são verdadeiros ou falsos. A verdade ou falsidade, então, pressupõe a significatividade. E saber-se-á se um enunciado é verdadeiro se ele for confirmado mediante o teste. **Testável é todo enunciado fatural; verdadeiro é o enunciado confirmado ou verificado pelo teste.** A “confirmação”, cuja utilidade como critério de verdade é ponto de discordância no interior do Círculo de Viena, é gradativa: quanto mais experimentos confirmam o enunciado, mais se fortalece sua veracidade<sup>408</sup>. Seja como for, confirmação ou verificação, fato é que a cientificidade do enunciado é definida por sua conformação em face da experiência, de um modo, por assim dizer, “positivo”. Há outros critérios, porém. Em KARL POPPER, por exemplo, é a falseabilidade, um critério “negativo”, e não a confirmabilidade, que garantem a cientificidade do enunciado – POPPER, aliás, é expressamente referido por CARNAP, quando este reconhece as dificuldades da verificação cabal de certos enunciados científicos e recorre à “confirmação”<sup>409</sup>.

**A ciência do direito tributário, no Brasil, é fortemente influenciada pelo neopositivismo vienense**<sup>410</sup>. Dada tal influência, a tarefa é anunciada como a construção de uma linguagem precisa, rigorosa, e submetida aos cânones da lógica; só assim há ciência. Porém, toda metalinguagem, por mais rigorosa que seja, e por mais destituída de referências materiais, sempre pressupõe, como metametalinguagem última potencial, a linguagem corrente. Diz EDGAR MORIN: “*Nenhum pensamento, nenhuma*

<sup>407</sup> Cf. **Empirismo, semântica e ontologia**, p. 115.

<sup>408</sup> Cf. MORITZ SCHLICK, **Sentido...**, *op. cit.*, p. 85; RUDOLF CARNAP, **Testabilidade e significado**, p. 172; JACQUES BOUVERESSE, A teoria da observação na filosofia das ciências do positivismo lógico, in FRANÇOIS CHÂTELET (dir.). **História da filosofia**, v. 4, p. 70 – originalmente, publicada como *La Philosophie au XXe Siècle* (A filosofia no século XX), em 1979.

<sup>409</sup> Cf. **Testabilidade...**, *op. cit.*, p. 173.

<sup>410</sup> Cf. PAULO SOUTO BORGES, O caráter patrimonial das obrigações tributárias acessórias, in HELENO TÔRRES (coord.), **Teoria...**, *op. cit.*, p. 312.

*concepção, pode prescindir da linguagem comum...”; e, em outra obra, “...não só é impossível repudiar a linguagem comum, como é necessário voltar a ela para pensar e pensá-la...”<sup>411</sup>. No mesmo sentido, explica NIELS BOHR:*

Os positivistas... têm toda a razão de frisar a importância da exatidão lingüística, assim como de nos advertir de que a linguagem pode tornar-se sem conteúdo quando elide o rigor lógico. Mas, talvez eles desconsiderem o fato de que, na ciência, podemos quando muito tentar aproximar-nos desse ideal, sem o atingirmos realmente. Porque a linguagem com que descrevemos nossos experimentos contém conceitos cujo alcance não sabemos definir com precisão. Seria possível dizer, é claro, que as fórmulas matemáticas com que nós, físicos teóricos, descrevemos a natureza devem ter esse grau de pureza e rigor lógicos. Mas todo o problema ressurge sob uma feição diferente assim que tentamos aplicar essas fórmulas à natureza. Quando queremos dizer seja lá o que for sobre a natureza, devemos, de algum modo, passar da linguagem matemática para a linguagem cotidiana [*sic*]<sup>412</sup>.

Que o projeto doutrinário não teve todo o sucesso esperado ficará, mais adiante, evidente, quando se verificar que as proposições doutrinárias não são coerentes e, muito menos, submetem-se à “testabilidade” empírica. E que esse projeto não permite a pretensão de enunciados científicos a respeito de valores e de devires, já está evidente desde logo. Mas, se a utilização das formas lógicas neopositivistas for comprovadamente nociva ao estudo do direito tributário – ou, ao menos, insuficiente para a solução dos problemas –, então, a superação desse proceder é recomendável, porque, **dian- te de eventual inutilidade ou nocividade, nenhum expediente lógico pode impor sua aceitação**, como reconhece CARNAP:

A aceitação ou rejeição das formas lingüísticas abstratas, assim como a aceitação ou rejeição de quaisquer outras formas lingüísticas em qualquer outro campo da ciência, será finalmente decidida por sua eficácia enquanto instrumento, a razão entre os resultados alcançados e a quantidade e complexidade dos esforços requeridos. Decretar proibições dogmáticas de certas formas lingüísticas em vez de avaliá-las pelo seu sucesso ou fracasso no uso prático, é pior do que fútil: é positivamente alarmante porque pode obstruir o progresso científico. A história da ciência mostra exemplos dessas proibições baseados em prejuízos derivados de fontes religiosas, mitológicas, me-

<sup>411</sup> **O método:** o conhecimento do conhecimento, v. 3, p. 205 – originalmente, publicada como *La méthode 3: la connaissance de la connaissance*, em 1986; **O método:** as idéias: habitat, vida, costumes, organização, v. 4, p. 209 – originalmente, publicada como *La méthode 4: les idées*, em 1991.

<sup>412</sup> *Apud* WERNER HEISENBERG, Discussões sobre a linguagem, in **A parte e o todo:** encontros e conversas sobre física, filosofia, religião e política, p. 160 – originalmente, publicada como *Physics and beyond: encounters and conversations* (Física e além dela: encontros e conversas), em 1971. No mesmo sentido, v. KARL-OTTO APEL, **Transformação...**, v. 1, *op. cit.*, p. 170-176.

tafísicas ou de outras fontes irracionais, que diminuem os desenvolvimentos durante pequenos ou grandes períodos de tempo. Aprendamos as lições da história. Atribuíamos àqueles que trabalham em algum campo especial da investigação a liberdade para usar qualquer forma de expressão que lhes pareça útil; o trabalho nesse campo conduzirá mais cedo ou mais tarde à eliminação daquelas formas que não possuem nenhuma função útil. *Sejamos prudentes ao fazer asserções e tenhamos uma atitude crítica ao examiná-las, mas sejamos tolerantes ao permitir as formas lingüísticas [sic]*<sup>413</sup>.

Situações em que a busca do rigor lingüístico, além de pouco útil, é nociva ao direito tributário, serão adiante expostas. Mas é necessário, ainda, no esforço de caracterizar os pressupostos metodológicos referidos pelos tributaristas, a exposição das principais influências jurídicas: HANS KELSEN e LOURIVAL VILANOVA.

## 2.5 HANS KELSEN: razão e volição

### 2.5.1 A influência do kelsenismo

*“E, como tocando o ponto decisivo, o Mestre de Viena demonstra o caráter anulatório da pronúncia de inconstitucionalidade (e não declaratório de nulidade, void ab initio, coisa diversa)”*<sup>414</sup>

**A forma mais adequada de redução de complexidades no direito pareceu, aos olhos dos tributaristas, a utilização da metodologia de KELSEN, assumidamente redutora.** HANS KELSEN (1881-1973) ostenta discurso afinado com o neopositivismo: *“A tarefa do conhecimento científico não consiste apenas em responder às perguntas que lhe dirigimos mas também em ensinar-nos quais as perguntas que lhe podemos dirigir com sentido”*<sup>415</sup>. Essa noção é aplicada, pelo autor, à política, à ética e ao direito. O jurista austro-húngaro é descrito por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES como “genial”, palavra que não utiliza à toa: aplica-a a KELSEN porque marcou a cultura de seu tempo, de tal forma que, sem ele, o panorama jurídico atual

<sup>413</sup> **Empirismo...**, *op. cit.*, p. 128. O último itálico é da versão original. Há um “resultadoss”, em erro tipográfico evidente no texto original, que foi corrigido na citação.

<sup>414</sup> Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Contribuição para a Seguridade Social. Lei 8.870/94, art. 25, § 2.º. **Revista tributária e de finanças públicas**, n. 30, p. 126.

<sup>415</sup> **O problema da justiça**, p. 114.

seria outro<sup>416</sup>. O panorama cultural do direito tributário brasileiro, da mesma forma: seria outro se não fosse a forte influência do pensamento kelseniano.

Se a proposta de BECKER era valorizar o que há de jurídico no direito tributário, delimitando a análise jurídica em face das outras ciências; e se os tributaristas brasileiros assumiram essa ideia com entusiasmo; nada menos surpreendente do que a adoção dos ensinamentos de **um dos juristas que mais buscou autonomizar o direito para fins de estudo: HANS KELSEN**. CARLOS ARI SUNDFELD identifica, no positivismo kelseniano, o principal referencial metodológico do período de efervescência epistemológica pelo qual passou a doutrina tributarista, logo após BECKER:

O grande paradigma para os publicistas da nova geração será o do “cientista”. O positivismo de inspiração Kelseniana servirá como o instrumento ideal para a afirmação da identidade do cientista jurídico... Fascinados com o ideal de ciência propiciada pela Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, os juristas da PUCSP iriam esforçar-se no isolamento das questões jurídicas, que não deveriam ser confundidas com as questões políticas, econômicas ou sociais, sob pena de perda de identidade da ciência jurídica. Na visão do grupo, o jurista, enquanto tal, deveria limitar seu interesse ao mundo jurídico, entendido como o conjunto de normas positivas, emanadas do próprio estado<sup>417</sup>.

ARNALDO BORGES chega, mesmo, a identificar no kelsenismo uma moda entre os juristas da época<sup>418</sup>. **Há, no direito tributário brasileiro, obras que utilizam declaradamente a metodologia e a teoria geral do direito kelsenianas**. Podem ser lembradas, como momentos culminantes dessa tendência, a *Obrigação tributária*, de AMÉRICO LACOMBE, e a *Teoria e prática das multas tributárias*, de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO. Sobre a primeira, esclarece GERALDO ATALIBA, no prefácio: “*Solidamente baseado nas formulações epistemológicas kelsenianas, o autor reconstrói a propedêutica do direito tributário, atribuindo a todas as categorias envolvidas rigoroso tratamento científico*”<sup>419</sup>. Em sua *Teoria da norma tributária*, fundada em conceitos kelsenianos, PAULO DE BARROS CARVALHO reflete: “*Talvez o marco mais importante na história do moderno pensamento jurídico da humani-*

<sup>416</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 43; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 56, 118-119; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 55, 108.

<sup>417</sup> Os publicistas da geração de 60, a Turma das Perdizes e o direito tributário, *in* EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), *Curso...*, *op. cit.*, p. 316 e 321.

<sup>418</sup> Cf. Apresentação, *op. cit.*, p. 15.

<sup>419</sup> Prefácio, *in* AMÉRICO LACOMBE, *Obrigação tributária*, p. 12.



dade seja o da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen”<sup>420</sup>. Nenhuma obra de direito tributário, porém, levou o kelsenismo mais a sério e mais a fundo do que o *Lançamento tributário* de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. A influência do pensamento kelseniano nas construções desse autor, tanto de sua epistemologia, quanto de sua teoria geral do direito, é tão forte, presente e consistente, que bastará, por todos, referi-las.

**No plano epistemológico**, a teoria pura do direito preconiza um saber estritamente jurídico, que seja capaz de voltar-se apenas ao direito sem ceder a considerações políticas, econômicas, éticas, sociológicas *etc.* Trata-se de uma tentativa de fundação da ciência do direito, partindo-se do pressuposto de que toda ciência depende de um critério de demarcação de seu objeto em face do objeto de outras ciências. No plano epistemológico, a ciência jurídica kelseniana é o conhecimento das normas jurídicas existentes.

Mas, se o objeto da ciência são as normas jurídicas, é preciso identificá-las adequadamente. Por isso, KELSEN precisa, também, teorizar as normas jurídicas e o ordenamento, que as contém e que elas formam. **No plano da teoria geral do direito**, a teoria pura cria propostas teoréticas destinadas a explicar o direito, em uma visão estática – a norma – e em uma visão dinâmica – o ordenamento, em constante criação e aplicação de normas. Nesse sentido, explica o próprio KELSEN, a sua teoria pretende unicamente fornecer uma análise estrutural do direito<sup>421</sup>. Daí o caráter dúplice da teoria pura do direito: ao mesmo tempo em que é uma epistemologia jurídica, é também uma teoria geral do direito<sup>422</sup>.

Quanto à teoria geral kelseniana, sua aplicação por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES poderá ser verificada no próximo capítulo, destinado à exposição e compreensão histórica da obra do mestre pernambucano. A preocupação, neste momento, é com a vertente epistemológica da teoria pura. Nesse sentido, **KELSEN demarca o único objeto possível para a ciência do direito: as normas jurídico-positivas exis-**

---

<sup>420</sup> Teoria..., *op. cit.*, p. 39.

<sup>421</sup> Cf. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, p. 30, n. 10 – originalmente, publicada como *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, em 1931.

<sup>422</sup> Sobre essa dupla caracterização, cf. ANDRÉ FOLLONI, A teoria pura do direito de Hans Kelsen, in PAULO RICARDO OPUSZKA e SILVANA MARIA CARBONERA (org.), **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**, p. 145-162.

**tentes**<sup>423</sup>. A demarcação kelseniana dos contornos da ciência, e a metodologia descritiva que a acompanha, são largamente utilizadas pela doutrina tributarista. Como exemplo, basta lembrar SOUTO, o tributarista que se vale mais intensa e mais coerentemente do pensamento kelseniano, principalmente desde seu livro *Isenções tributárias*, de 1969. Essa utilização ganha muito em relevo a partir do *Lei complementar tributária*, de 1975. Veja-se, exemplificativamente, a seguinte passagem:

Preconceito originário da tendência para a aceitação acrítica de categorias, conceitos e critérios válidos para as ciências pré ou extrajurídicas supõe que, na federação brasileira, os Estados-membros se situam abaixo da União... Esse preconceito decorre da introdução, na análise jurídica, de formulações econômicas, políticas e sociológicas, tão inadvertida, quanto descabida. Ao contaminar a pureza metodológica que deve presidir a elaboração da teoria do direito, mostra-se incompatível com o estágio atual do conhecimento científico<sup>424</sup>.

**Assumir o positivismo de KELSEN não implica, porém, negar outras possibilidades metodológicas.** Para SOUTO, é uma decorrência do critério de demarcação da ciência, e apenas isso<sup>425</sup>. O mestre, ao tratar desse tema, faz distinção entre a demarcação da ciência e a metodologia científica:

E não é este em rigor sequer um problema de metodologia científica, porque não diz respeito a nenhum procedimento metodológico de apreensão teórica do objeto jurídico, p.ex., o método hipotético-dedutivo, a pretensa indução jurídica, a generalização, a formalização, etc. É antes uma técnica de demarcação, procedendo-se um corte epistemológico na região material do jurídico pela abstração de aspectos irrelevantes para a investigação do objeto a ser pesquisado – o ordenamento jurídico-positivo. A questão do método apenas se interpõe após lograda essa demarcação. Pressupõe que ela já tenha sido empreendida pela ciência do Direito<sup>426</sup>.

Comprovam essa asserção alguns estudos de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, nos quais, em metodologia positivista, **deixa de tratar de direitos extrapositivos, abstendo-se, contudo, de negar sua existência**; e, mesmo, admitindo-a: “...o direito

<sup>423</sup> Cf. **O que é justiça?** A justiça, o direito e política no espelho da ciência, p. 359 – originalmente, publicado como *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science*, em 1957.

<sup>424</sup> **Lei...**, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>425</sup> Cf. **Isenções...**, *op. cit.*, p. 225; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 199; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 238. Sobre o assunto, cf. ANDRÉ FOLLONI, *Dogmática...*, *op. cit.*, p. 167-183.

<sup>426</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 138.

*natural, como a moral, é um ordenamento autônomo diante do ordenamento jurídico-positivo. E portanto sua validade é extradogmática*<sup>427</sup>. Em seguida, enfaticamente:

...se a ciência do direito tributário se verte, por um corte metodológico, sobre a ordem positiva, não necessariamente negará outras realidades juridicamente relevantes, porém desconsideráveis sob prisma dogmático. Não se trata de um positivismo reducionista (= só existe o direito positivo)... Não se deve recear a acusação de *positivismo*, porque o positivismo ora preconizado *não é reducionista*. Limita-se, em nome da pureza do método, a efetuar um *dé-coupage*, um seccionamento no seu objeto de conhecimento – normas de direito constitucional tributário positivo –, com abstração (o que não é o mesmo que negação) de outras perspectivas de abordagens desses fenômenos. Pretende-se tão-só pôr entre parênteses a investigação extradogmática do direito<sup>428</sup>.

A metodologia kelseniana, ao menos em JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, nunca foi a única possível. Optar pelo positivismo metodológico é uma questão de decisão, que poderia ser tomada em outro sentido. Daí que seu positivismo é, por ele próprio, qualificado como apenas metodológico, porque não nega outras possibilidades de pesquisa jurídica. E, na tentativa de estabelecer as fronteiras entre a ciência do direito e as outras ciências, para SOUTO é particularmente útil valer-se desse positivismo metodológico, de matriz kelseniana: mediante sua utilização, os limites de até onde trabalha a ciência do direito são fixados de forma precisa e rigorosa. Assim, trata-se de delimitar o âmbito de considerações científicas no direito; sob pena, pensa mestre SOUTO, de pôr-se em perigo a cientificidade da ciência jurídica<sup>429</sup>. Preocupada em estabelecer esses limites, entre o que é ciência do direito e o que deixa de ser, a doutrina tributarista, assim como o próprio kelsenismo, abre mão de verificar o que se dá justamente na fronteira entre a ciência jurídica e as demais. O intercâmbio entre o direito e o seu entorno, todos elementos comuns da realidade social, fica por ser pensado por outra ciência. As interações entre o direito tributário e as demais disciplinas, da mesma forma, ficam de fora daquilo que é trabalho lícito ao cientista.

**Esse fenômeno de “kelsenização” ou “kelsenimento” do discurso doutrinário tributarista não ficou restrito à década de 1970.** Diferentemente, ainda se

<sup>427</sup> Direitos humanos e tributação, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 40, p. 196-197; também em HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), *Direito tributário internacional aplicado*, v. 2., p. 289.

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 208-210 e 306-308.

<sup>429</sup> Cf. *Obrigações...*, *op. cit.*, p. 3; *Obrigações...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 19-20; *Ciência...*, *op. cit.*, p. 140.

mantém e, mesmo, em certos pontos, tornou-se mais forte. O próprio JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, por exemplo, ao atualizar o seu *Isenções tributárias*, fez questão de modificar um ponto, no qual dizia: “*O imposto sobre circulação de mercadorias tributa somente o valor acrescido em cada sucessiva operação*”<sup>430</sup>. No *Teoria geral da isenção tributária*, o trecho aparece com uma ressalva inexistente na versão original: “*Economicamente, o imposto sobre circulação de mercadorias tributa somente o valor acrescido em cada sucessiva operação*”<sup>431</sup>. O aumento no rigor dá-se em atenção ao método derivado das lições de KELSEN. E não é só nesse ponto que *Isenções tributárias* é atualizada com novas influências do pensamento kelseniano: o mesmo é verificado, também, na qualificação da norma de isenção como norma não autônoma<sup>432</sup>.

**Há decorrências positivas dessa influência do pensamento kelseniano no direito tributário brasileiro.** O normativismo de HANS KELSEN mostrou, aos tributaristas, que, no direito, a norma jurídica é um dado indispensável e inegável, ao qual sua atenção deve sempre estar voltada. Isso contribui, entre outras conquistas, para que se consolide a ideia de que a tributação é uma relação jurídica entre o cidadão e o estado, e não, portanto, uma relação de poder, supostamente insuscetível de controle jurídico, despida da definição jurídica de limites e possibilidades do exercício desse poder, e do controle da obediência a essas definições<sup>433</sup>. DINO JARACH expõe a oposição entre aqueles que concebem o tributo como relação de força (*Abgabengewaltverhältnis*), e os que o entendem como relação de direito (*Rechtsverhältnis*)<sup>434</sup>. Essa disputa, ao menos no Brasil, foi vencida pelos últimos. YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, em 1976, traz extenso rol de tributaristas que sustentam o caráter *ex lege* da relação jurídica tributária, o que lhe permite dizer: “*A generalidade dos autores, alienígenas e nacionais, efetiva e peremptoriamente afirma a natureza ex lege da*

<sup>430</sup> *Isenções...*, *op. cit.*, p. 68; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 54.

<sup>431</sup> *Teoria...*, *op. cit.*, p. 60. Em obra intercalar, já sustentava: “...a afirmação de que o ICM tributa o valor final da mercadoria, quando muito poder-se-ia aplicar ao plano pré-jurídico da economia, não entretanto ao plano do direito constitucional positivo brasileiro” – *Lei...*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>432</sup> Cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>433</sup> *Isenções...*, *op. cit.*, p. 20-21; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 13; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 24-25. SOUTO cita, também, nesse ponto, em nota de rodapé, excerto de RUY BARBOSA NOGUEIRA: “*O exercício do poder tributário, no Estado de Direito, está limitado por normas. O Estado tem direito às prestações tributárias nos termos do Direito, como também só nos termos do Direito está o contribuinte a elas obrigado*” – *idem*, nota 14.

<sup>434</sup> *O fato...*, *op. cit.*, p. 11-12.

*obrigação tributária*”<sup>435</sup>. A compreensão do nascedouro constitucional do direito tributário, altamente positiva, também é devedora do pensamento kelseniano.

**Mas, além das positivas, há decorrências nocivas do kelsenismo no direito tributário.** A principal e a mais problemática é a hermenêutica kelseniana, fundada no dualismo entre ser e dever-ser, segundo o qual apenas se pode falar racionalmente do que está estabelecido, não do que poderá vir a se estabelecer. Nesse sentido, toda decisão entre duas ou mais alternativas é sempre irracional, livre, volitiva e incontrolável. Em consequência, falar do que pode vir a ser, sugerindo a tomada de decisões em um ou outro sentido, é algo vedado ao pensamento racional e, por isso mesmo, também ao científico. Pretender apontar a melhor forma de aplicação e criação do direito, seja quando da criação de normas individuais, seja no momento da concepção de futuras normas gerais, é deixar a racionalidade. O trabalho fica para os órgãos competentes.

## 2.5.2 O dualismo entre ser e dever-ser: a razão e a vontade

“...essa tendência para a repetição caracteriza a literatura especializada”<sup>436</sup>

É famosa, e largamente presente no discurso tributarista, **a consideração segundo a qual não se transita livremente, em termos lógicos, do ser ao dever-ser.** Em KELSEN, se, pela via do conhecimento, é possível compreender o que é, disso jamais se obterá o fundamento lógico para que se defina aquilo que deve ser<sup>437</sup>. A distinção que se verifica entre ser e dever-ser, para o jusfilósofo, é “...um dado imediato da nossa consciência” e que “...não pode ser mais aprofundada”<sup>438</sup>. É algo que não se pode descrever, nem definir<sup>439</sup>. Em termos estritamente lógicos, então, do conhecimento de que algo é, não se pode concluir o que deve ser. O argumento, velho de quase

<sup>435</sup> Cf. **Os princípios e normas constitucionais tributários**, p. 14-15. Em SOUTO, por exemplo, v. **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 18; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 50. Cf., também, ALIOMAR BALEEIRO, **Uma introdução...**, *op. cit.*, p. 199; AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, **Fato...**, *op. cit.*, p. 1-2.

<sup>436</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. VII; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 13.

<sup>437</sup> **O que...**, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>438</sup> **Teoria pura do direito**, p. 6 – originalmente, publicada como *Reine Rechtslehre*, em segunda edição, em 1960. A primeira edição é de 1934. No mesmo sentido, cf. HANS KELSEN, **Teoria geral das normas**, p. 77 – originalmente, publicada, após a morte do autor, pelo Instituto Hans Kelsen de Viena, Áustria, sob o título *Allgemeine Theorie der Normen*, em 1979.

<sup>439</sup> Cf. **Teoria geral das normas**, *op. cit.*, p. 3.

três séculos, ainda é suficiente para impedir o controle da racionalidade de decisões a respeito da criação e aplicação do direito, deixando-a para a vontade daquele que toma a decisão, supostamente insuscetível de controle racional.

**Esse dualismo admite superação.** Mas essa superação só será viabilizada a partir do enfrentamento dos fundamentos que o sustentam, decorrentes imediatamente da filosofia jurídica kelseniana, e, mediadamente, da filosofia de DAVID HUME. O dualismo funda-se na concepção humiana, segundo a qual uma decisão é sempre manifestação irracional, não determinada racionalmente, portanto livre, sujeita apenas à vontade de quem decide. Conhece-se pela via da razão, mas decide-se pela via volitiva. No direito, que convive com os dualismos, esse pensamento é recepcionado com consequências particularmente relevantes. Para os propósitos desta tese, a principal consequência é a vedação ao cientista de pretender, mediante exercício de razão, decidir qual a melhor possibilidade de interpretação e aplicação do direito. Isso seria impossível, dado que a decisão seria manifestação de vontade, inevitavelmente irracional, algo incompatível com a atividade científica, necessariamente racional. Ficaria para o plano da arte, separada da ciência, em um dualismo que, sob certo aspecto, é uma re-tradução daquele entre ser e dever-ser.

Na *Teoria geral das normas*, obra que contém escritos de publicação póstuma, KELSEN fornece a chave para compreender a gênese de seu dualismo entre ser e dever-ser. **O dualismo fundamenta-se na distinção entre conhecimento, como produto da razão, e decisão, como produto da vontade.** Foi assim que KELSEN compreendeu e aplicou o dualismo humiano ao direito. A essa medida, o jusfilósofo se afasta de KANT, porque, neste, a decisão é fruto da razão prática. A crítica de KELSEN nesse ponto é incisiva: para o kantismo, tanto o ser quanto o dever ser são racionais. Daí um dualismo fraco estar presente em KANT – ou, para KELSEN, pode-se entender que, no filósofo de Königsberg, sequer há o dualismo:

Um dualismo do ser e dever-ser, já por causa disto, não pode ser encontrado na Filosofia de Kant, porque segundo esta norma moral, o dever-ser moral, a lei da Moral, parte da razão como razão prática, que é a mesma razão, cuja função é conhecimento do ser; pois que a razão *prática*, o legislador moral, e

a razão teórica, são no fundo uma, diz Kant, expressamente, na *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten...*<sup>440</sup>.

**Um dualismo forte é recebido, por Kelsen, de David Hume (1711-1776).** Trata-se de pensador escocês que, curiosamente, teve alguma ligação com o direito, mas pela repulsa: entrou em conflito com sua família, que, contra sua vontade, pretendia encaminhá-lo para o mundo jurídico<sup>441</sup>. A compreensão do dualismo kelseniano demanda uma volta no tempo, para verificar sua gênese em Hume.

**Para bem compreender o dualismo de base humiana, é necessário contextualizá-lo no bojo das ideias do filósofo.** A filosofia de Hume baseia-se no empirismo: crenças metafísicas não podem ser justificadas racionalmente<sup>442</sup>. Esse apego ao empirismo é verificável em muitos pontos da argumentação humiana. Um exemplo claro são as palavras de Filo, nos *Diálogos sobre a religião natural*, que expressam, certamente, nesse ponto, o pensamento do próprio Hume:

Eu lhe peço, porém, que observe a extrema cautela com que os verdadeiros investigadores procedem ao transferir os resultados de seus experimentos para casos similares. A menos que esses casos sejam exatamente similares, eles não depositam uma confiança perfeita na aplicação das observações passadas a um fenômeno particular qualquer. Toda alteração das circunstâncias dá lugar a uma dúvida relativa ao evento, e novos experimentos são requeridos para se provar cabalmente que as novas circunstâncias não são significativas ou importantes<sup>443</sup>.

O ceticismo racionalista de Hume decorre de sua decidida opção por uma dentre as duas possibilidades de “filosofia moral” ou “ciência da natureza humana” que expõe. Uma delas é qualificada como a filosofia da ação, das influências do gosto e do sentimento, dos objetivos, das escolhas, dos valores e dos costumes. Essa filosofia é tida por fácil, clara e agradável, que terá sempre a preferência da maioria dos homens. A segunda, a ela contraposta, é a filosofia da razão, do entendimento. Depende de um exame rigoroso e cuidadoso. Ao contrário da filosofia fácil, é exata, abstrusa, profunda. Os homens de coisa fácil dela normalmente se afastam, porque ela é penosa e fatigante. **Hume considera-se um filósofo dessa segunda classe, dos filósofos da ra-**

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>441</sup> Cf. ANDRÉ VERGEZ, *David Hume*, p. 10.

<sup>442</sup> Cf. MICHAEL WRIGLEY, Prefácio, in DAVID HUME, *Diálogos sobre a religião natural*, p. VIII.

<sup>443</sup> *Diálogos...*, *op. cit.*, p. 37.

**zão.** Filosofia que, admite, é fonte de erros e incertezas; o que não é, contudo, motivo para que os filósofos desistam de tentar afastar-se da mera superstição<sup>444</sup>.

**Seu ceticismo originário leva-o a desacreditar de qualquer afirmação que não decorra necessariamente da experiência.** A causalidade, a probabilidade e a substância são, para HUME, criações do espírito, diante da multiplicação da experiência. Mas não são dados *a priori*, nem obteníveis *a posteriori*: são meras crenças, decorrentes do hábito de experimentar e relacionar, e não conclusões logicamente necessárias a partir da experiência. Esse “...*radicalismo filosófico*...”, como o denomina ANDRÉ VERGEZ, está presente porque HUME, continua o comentador, “...*é um perfeito filósofo que aceita deixar-se conduzir até os limites da sua reflexão, quaisquer que sejam os resultados e as conseqüências daí advindas*”<sup>445</sup>. A mesma característica pode ser atribuída a KELSEN. O empirismo de HUME, percebe-se, tem antecedente importante em BACON, e está em consonância com a ciência moderna.

Na filosofia humiana, quando alguém pensa que age com base na razão, isto é, quando se decide por realizar uma determinada atitude porque raciocinou, a própria razão em si nunca é o fundamento único desse agir. Se se raciocina e se percebe, por exemplo, que para se ter prazer é útil agir de determinada maneira, o que determina a decisão pela ação não é – ou pelo menos não é somente – a razão que concebeu aquela utilidade, mas a vontade de ter prazer. **Assim, o móvel de um agir e da tomada de decisão que o antecede é a vontade, e não a razão.** Diz DAVID HUME: “*Mas é claro que, neste caso, o impulso não decorre da razão, sendo apenas dirigido por ela. É a perspectiva de dor ou prazer que gera a aversão ou propensão ao objeto; e essas emoções se estendem àquilo que a razão ou a experiência nos apontam como as causas e os efeitos desse objeto*”<sup>446</sup>. Conclui, então:

Uma vez que a razão sozinha não pode produzir nenhuma ação nem gerar uma volição, infiro que essa mesma faculdade é igualmente incapaz de impedir uma volição ou de disputar nossa preferência com qualquer paixão ou emoção. Essa é uma conseqüência necessária. A única possibilidade de a razão ter esse efeito de impedir a volição seria conferindo um impulso em di-

<sup>444</sup> Cf. **Investigação acerca do entendimento humano**, p. 5-15 [sic].

<sup>445</sup> **David...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>446</sup> **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais, p. 450 – originalmente, publicada como *A Treatise of Human Nature*, em 1739 – partes I e II – e 1740 – parte III e Apêndice.



reção contrária à de nossa paixão; e esse impulso, se operasse isoladamente, teria sido capaz de produzir a volição. Nada pode se opor ao impulso da paixão, ou retardá-lo, senão um impulso contrário; e para que esse impulso contrário pudesse alguma vez resultar da razão, essa última faculdade teria de exercer uma influência original sobre a vontade e ser capaz de causar, bem como de impedir, qualquer ato volitivo. Mas se a razão não possui uma influência original, é impossível que possa fazer frente a um princípio com essa eficácia, ou que possa manter a mente em suspenso por um instante sequer. Vemos, portanto, que o princípio que se opõe a nossa paixão não pode ser o mesmo que a razão, sendo assim denominado apenas em um sentido impróprio [*sic*]<sup>447</sup>.

No direito, decisões precedem tomadas de ação: o juiz decide e atua, prolatando sentença. Ou, se se quiser, a ação decorre de uma tomada de decisão: o juiz sentencia, mas antes decidiu sentenciar. No dualismo, toda vontade e toda ação são determinadas, em última instância, pela paixão e pelo sentimento; pela emoção e pelo impulso. Nunca pela razão. Portanto, ao decidir, o juiz não exercita razão. KELSEN usará esse dualismo humiano em sua teoria hermenêutica.

A decisão moral também não decorre da razão, como destaca DAVID HUME: “*Como a moral... tem uma influência sobre as ações e os afetos, segue-se que não pode ser derivada da razão... A moral desperta paixões, e produz ou impede ações. A razão, por si só, é inteiramente impotente quanto a esse aspecto. As regras da moral, portanto, não são conclusões de nossa razão*”<sup>448</sup>. Diz ainda HUME: “*A Moral e a Crítica são, propriamente, menos objetos de entendimento que de gosto e sentimento*”<sup>449</sup>.

Nesse ponto é que **a oposição entre razão e vontade atinge, em HUME, a forma de dualismo entre ser e dever-ser**. Mediante a razão podemos saber apenas aquilo que é; mas jamais poderemos, pela razão, decidir aquilo que deve ser. A razão pode apenas compreender o que é, porque ela se resume à verificação da verdade ou falsidade. Tudo o que é insuscetível de afirmação sujeita aos valores de verdade ou falsidade não pode ser objeto da razão. HUME, por isso, conclui: se ações, volições e paixões não são passíveis de um entendimento acerca de sua verdade ou falsidade, é impossível manifestar-se a respeito de sua conformidade à razão<sup>450</sup>. Ações, paixões, volições estão, assim, fora da possibilidade de entendimento racional. Como a ação

<sup>447</sup> *Idem*.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 497.

<sup>449</sup> **Investigação sobre o entendimento humano**, p. 204.

<sup>450</sup> Cf. **Tratado...**, *op. cit.*, p. 498.

pressupõe uma decisão, estão ambas no campo contraposto ao da razão. Não é cabível, a uma decisão, a qualificação como conforme ou contrária à razão. Dela, a razão nada pode falar, porque, no dualismo, a decisão está ao lado da vontade, da paixão, da ação, não da razão. Em uma linguagem mais afeta à dos juristas contemporâneos, ao tratar dos estudos de ética, diz HUME:

...surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes<sup>451</sup>.

**Aí está a oposição humiana entre ser e dever-ser, e a consideração segundo a qual, daquilo que é, não se deduz aquilo que deve ser.** O que é, de um lado, é compreendido racionalmente; o que deve ser, de outro, não decorre racionalmente daquilo que é. É determinado apenas mediante uma decisão volitiva, impulsiva e passional, nunca racional.

A distinção passou a integrar o discurso epistemológico das ciências sociais. Nesse âmbito, para muitos, **a ciência cuida apenas daquilo que é, jamais podendo se imiscuir naquilo que deve ser.** MAX WEBER (1864-1920), por exemplo, sustenta enfaticamente essa via<sup>452</sup>. Essa convicção implicaria a inviabilidade de juízos de valor no âmbito da ciência, o que gera discussão interminável para as ciências sociais.

A proibição de juízos de valor decorreria da necessidade de objetividade científica: como esses juízos somente podem ter origens subjetivas, estão vedados à atividade científica. Como consequência, **a compreensão de todas as alternativas é tarefa científica, enquanto que a opção por uma delas já não é mais.** Feitas as ponderações acerca das possibilidades, acaba a tarefa científica, sustenta WEBER:

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 509.

<sup>452</sup> Cf. **Metodologia das ciências sociais**, v. 1., p. 109 – originalmente, publicada como *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Ensaio coletado sobre a teoria da ciência), no início do século XX. Sobre esse ponto, em WEBER, cf. MÁRIO LOSANO, Introdução, in HANS Kelsen, **O problema...**, *op. cit.*, p. XI.

Mas tomar uma determinada decisão em função daquelas ponderações já não é mais tarefa possível para a ciência. Ela é própria do homem da ação: ele pondera e escolhe, entre os valores em questão, aqueles que estão de acordo com sua própria consciência e sua cosmovisão pessoal... Decidir-se por uma opção é exclusivamente ‘assunto pessoal’<sup>453</sup>.

A decisão é tida por pessoal, individual e subjetiva – portanto, fora do âmbito científico, que deve ser impessoal, intersubjetivo e objetivo. A decisão cabe ao homem de ação; a razão pertence ao homem da ciência.

**HUME exerceu forte influência sobre o pensamento de IMMANUEL KANT.** Como visto, HUME não aceita a ideia de causalidade como comprovada. De um fato, e de outro que a ele se segue, é impossível, por puro entendimento lógico, obter-se a comprovação de que o primeiro é causa do segundo. KANT (1724-1804) retoma esse problema, referindo-se expressamente a HUME, para dizer que a ideia de causa realmente não está na coisa primeira nem na coisa segunda, mas apenas na forma como essas coisas aparecem na experiência: os fenômenos. Isto é: apenas no nível dos fenômenos, mediante a utilização do juízo, é que se compreenderá a relação de causa e efeito. A causa não está na coisa em si, mas na representação; está na razão pura, e não nas coisas em si<sup>454</sup>. Mas, se está no plano do pensamento, então é uma criação humana, como na crítica de NIETZSCHE:

– Quando Kant diz que ‘o intelecto não cria suas leis a partir da natureza, mas as prescreve a ela’, isso é plenamente verdadeiro no tocante ao *conceito de natureza*, que somos obrigados a associar a ela (natureza = mundo como representação, isto é, como erro), mas que é a soma de muitos erros da razão. – A um mundo que *não* seja nossa representação, as leis dos números são inteiramente inaplicáveis: elas valem apenas no mundo dos homens<sup>455</sup>.

O mesmo se diga a respeito das categorias espaço e tempo<sup>456</sup>. É por isso que, costumeiramente, afirma-se ser IMMANUEL KANT quem inaugura a subjetividade

<sup>453</sup> **Metodologia...**, *op. cit.*, p. 110.

<sup>454</sup> Cf. IMMANUEL KANT, **Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência**, p. 88-89 – originalmente, publicada como *Prolegomena zu Einer Jeden Künftigen Metaphysik* (Prolegômenos a toda metafísica futura), em 1783; **Crítica da razão pura**, p. 44 – originalmente, publicada como *Kritik der Reinen Vernunft* em 1781, na primeira edição, e em 1787, em segunda edição; **Crítica da razão prática**, p. 86-87 – originalmente, publicada como *Kritik der Praktischen Vernunft*, em 1788.

<sup>455</sup> **Humano...**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>456</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 85. Essas elaborações estão logo no início da *Crítica da razão pura*, na estética transcendental – cf. IMMANUEL KANT, **Crítica...**, *op. cit.*, p. 65-80.

como dado constitutivo do mundo e base do conhecimento<sup>457</sup>. Mas quando a razão diz que a segunda coisa é causada pela primeira, estabelece um juízo acerca daquilo que é, um juízo de ser, um juízo de compreensão. A categoria está na razão pura.

**Não obstante a influência de HUME, o dualismo entre ser e dever-ser é recepcionado de forma enfraquecida em KANT.** Há um dualismo de razões na filosofia kantiana: se há a razão do conhecimento, também existe a razão que orienta a conduta: esta última é a razão prática (*praktischen Vernunft*), que determina a vontade boa. Mas, ainda assim, uma razão. Então, há a razão do ser, a razão pura, e há a razão do dever-ser, a razão prática, a razão da vontade. Ao tratar do querer puro de RUDOLF STAMMLER, o direito como *Wollen* (querer), JOÃO MAURICIO ADEODATO ensina: “*Esse querer não se confunde com a vontade individual, mas provém da esfera kantiana do dever ser, configurando um tipo específico de racionalidade humana genérica*”<sup>458</sup>. Um querer no âmbito da racionalidade e não da vontade individual.

**Se tomadas de ações, na filosofia humiana, estão fora do âmbito da razão, na kantiana já fazem parte da razão prática.** Essa, aliás, é, precisamente, a função da razão prática<sup>459</sup>. Mas, para HANS KELSEN, é inconcebível qualquer razão prática. Sustenta, a respeito, ser impossível que uma razão prática possa determinar normas, porque nenhuma norma pode ser determinada racionalmente. Por isso mesmo, nega até mesmo a existência do dualismo entre ser e dever-ser em KANT; para o jusfilósofo vienense, o dualismo, na forma intuída por HUME e por ele trazida ao direito, um dualismo forte, não está presente em KANT<sup>460</sup>.

Normalmente, os autores do direito buscam a compreensão do dualismo ser e dever ser em KANT<sup>461</sup>. Mas, **em KELSEN, esse dualismo é muito mais drástico do que em KANT, porque o jurista o fundamenta a partir de HUME.** A doutrina tributarista vale-se do dualismo de KELSEN, que, por sua vez, é humiano, não kantiano. O dever-ser é obtido pela vontade, enquanto o ser é compreendido pela razão: essa

<sup>457</sup> Cf. MIROSLAV MILOVIC, Kant, Emmanuel, in VICENTE DE PAULO BARRETO (coord.), **Dicionário de filosofia do direito**, p. 499.

<sup>458</sup> As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950, **Raízes Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 55. O mesmo texto encontra-se em **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**, p. 59.

<sup>459</sup> Cf. ROBERTO WU, Linhas sobre o estatuto das legislações interna e externa na filosofia prática de Kant, **Raízes Jurídicas**, v. 4, n. 2, p. 304.

<sup>460</sup> Cf. **O problema...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>461</sup> Por exemplo, MIGUEL REALE, **Filosofia do direito**, p. 188.

relação está expressa pelo próprio KELSEN, para quem a “...*primazia da vontade sobre a cognição... surge como a primazia do dever-ser sobre o ser...*”<sup>462</sup>. A moral kantiana, ao contrário, demanda a superação da distância entre razão e vontade<sup>463</sup>.

A distinção entre ser e dever-ser é proposta de tal modo que, na interpretação normalmente apontada no âmbito jurídico, da afirmação de que algo é, não se segue, nem se pode seguir, logicamente, que algo deve ser. **Do que é, logicamente, não se extrai o que deve ser:** sob o ponto de vista lógico, de fatos não se derivam normas, nem decisões<sup>464</sup>. KARL POPPER sintetiza: “*Em suma: é impossível derivar uma sentença que expõe uma norma ou uma decisão, ou, digamos, uma proposta para determinada política, de uma sentença que expõe um facto. Isto é apenas outro modo de dizer que é impossível derivar normas, decisões ou propostas, de factos*” [sic]<sup>465</sup>.

**No direito tributário brasileiro, o recurso a esse hiato lógico é verificado constantemente.** Em alguns momentos, na forma do dualismo kantiano, segundo o qual, daquilo que é, não se produz aquilo que deve ser. Isso parece difícil de ser contestado: sob o ponto de vista lógico, não é porque há mortes por assassinato que essas mortes devem ocorrer ou que essas mortes não devem ocorrer. Da verificação da realidade não decorre, logicamente, que algo deva ser. Do fato de um determinado regime jurídico ser descumprido, por exemplo, não se extrai logicamente que não deva ser cumprido<sup>466</sup>. Não se passa do ser a uma norma de conduta por via exclusivamente lógica – ser, aqui, entendido neokantianamente como facticidade<sup>467</sup>. Em outras passagens, o dualismo é invertido, como em PAULO DE BARROS CARVALHO, no início – “*Opero sobre a premissa de que não se transita, livremente, sem solução de continuidade, do dever-ser para o mundo do ser*” – e no final – “...*partimos da premissa de que não se transita livremente do mundo do ‘dever-ser’ para o do ‘ser’*” – de uma de

<sup>462</sup> O que..., *op. cit.*, p. 83.

<sup>463</sup> Cf. MARCO ANTÔNIO CASANOVA, **O instante extraordinário**: vida, história e valor na obra de Friedrich Nietzsche, p. 187.

<sup>464</sup> Cf. MIGUEL REALE, **Filosofia...**, *op. cit.*, p. 325; **Teoria tridimensional do direito**, p. 25.

<sup>465</sup> **A sociedade aberta e seus inimigos**, v. 1., p. 78 – originalmente, publicada como *The open society and its enemies*, em 1945.

<sup>466</sup> Cf. HUMBERTO ÁVILA, Contribuições na Constituição Federal de 1988, in HUGO DE BRITO MACHADO, **As contribuições no sistema tributário brasileiro**, p. 310-311.

<sup>467</sup> Cf. GÜNTER ELLSCHEID, O problema do direito natural: uma orientação sistemática, in ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER (org.), **Introdução...**, *op. cit.*, p. 266-267.

suas obras mais importantes<sup>468</sup>. A recusa kantiana traduz-se na impossibilidade de se obter, logicamente, uma normatização a partir do mundo dos fatos. Em PAULO DE BARROS, na impossibilidade de se obter uma conduta concreta a partir da normatização. Essa inversão, base do dualismo entre fato e evento, pode ser questionada em seu fundamento empírico, desde que se verifiquem condutas concretas a partir de normas, condição básica para a eficácia do direito.

De forma acurada, KELSEN percebe a inexistência de um dualismo entre ser e dever-ser, na filosofia kantiana, nos mesmos moldes propostos por HUME. Por isso, ele **abandona o dualismo kantiano, adotando, decididamente, o humiano**. Se, neste, uma decisão nunca é fruto da razão, naquele é fruto de razão prática. A epistemologia jurídica de KELSEN é fundada no dualismo humiano, não no kantiano. Para KELSEN, o conceito de razão prática de KANT, simultaneamente conhecer e querer, é contraditório. Nele é suprimido – incorretamente, na visão kelseniana – o dualismo entre ser e dever ser. A razão prática kantiana decorreria de uma confusão, inadmissível, entre duas faculdades humanas, essencialmente diferentes<sup>469</sup>. KELSEN sustenta, com veemência: “*Com referência à relação do ser e dever-ser, Hume é mais conseqüente do que Kant. Para aquele não há nenhuma razão prática*”<sup>470</sup>. O próprio conceito de “razão prática”, como uma razão que toma decisões e determina vontades, é, para KELSEN, impossível. Razão só para conhecer, nunca para decidir. Diz KELSEN: “*O que nós designamos como razão é a função cognoscitiva do homem*”<sup>471</sup>. A razão é para conhecer. E para decidir o que deve ser, isto é, para estatuir uma norma, o que conta é o querer, não a razão: “*...a normação é uma função do querer, não do conhecer*”<sup>472</sup>. Uma razão prática é, para KELSEN, uma contradição em termos: se é razão, não pode ser prática; se é prática, não pode ser razão. Isso porque, para ser razão, deve ser conhecimento; mas para ser prática, deve ser vontade. Uma razão que fosse, simultaneamente, conhecimento e prática; que exercesse, ao mesmo tempo, função cognoscitiva e função voluntária; isso seria impossível. Negaria a contradição, para KELSEN necessária, entre conhecimento, teoria e razão, de um lado, e prática, ação e decisão, de ou-

<sup>468</sup> **Direito tributário**, p. 10 e 251.

<sup>469</sup> Cf. **Teoria geral das normas...**, *op. cit.*, p. 100.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>471</sup> **O problema...**, *op. cit.*, p. 85.

<sup>472</sup> *Idem*.

tro. É o que o jurista deixa claro, ao falar da razão prática como um conceito de origem teológico-religiosa:

...só com referência à razão divina se pode fazer a afirmação contraditória de que ela é simultaneamente função cognoscitiva e função voluntária, pois o princípio lógico que exclui a contradição não é aplicável às afirmações relativas aos atributos de Deus. Somente a razão divina pode ser razão ‘prática’, isto é, conhecimento legislador, só de Deus se pode afirmar que conhecer e querer são uma e a mesma coisa<sup>473</sup>.

A razão prática, em suma, para KELSEN, é um conceito que não se sustenta sob o ponto de vista lógico<sup>474</sup>. O dualismo kelseniano é muito mais forte do que o kantiano. As premissas kantianas, que concedem à razão prática a possibilidade de decisão a respeito do dever-ser, como percebido por KELSEN, ao contrário de fortalecer, já negam o pressuposto básico do dualismo. Seria, o próprio KANT, e em certo sentido, um indicativo para a superação do dualismo kelseniano – se ele próprio não fosse, diz KELSEN, algo confuso na caracterização da razão prática e das relações, nela presentes, entre razão, vontade e uma “razão-vontade”<sup>475</sup>.

Segundo pensa KELSEN, decisões estão sempre no plano da vontade, e não são, então, decorrência de uso da razão, nem de uma suposta “razão prática”. Pela razão se conhece; decide-se por vontade. Por isso, a decisão por uma determinada prescrição de conduta está fora do âmbito da ciência. Aliás, nenhuma decisão é científica, em qualquer ciência, inclusive numa ciência da justiça. À ciência descabem decisões, apenas descrições, porque a decisão é uma manifestação da vontade, enquanto que a ciência é um exercício de razão. O dualismo entre vontade, de um lado, e razão, de outro, está forte em KELSEN. **Desse dualismo decorre sua controvertida hermenêutica, exposta no famoso capítulo VIII da *Teoria pura do direito*.** Para essa hermenêutica, diante de muitas interpretações possíveis do direito, apontar a “mais correta” nunca é fazer um juízo objetivo, mas subjetivo. Porque tal juízo depende de decidir, dentre as várias, uma delas. Ora, como é uma decisão, nunca é movida pela razão, nunca é justificável racionalmente. A consequência é que o juízo que decide nunca é racional, mas volitivo. Para o saber científico, isso só pode significar que a ciência não

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>474</sup> Cf. *ibidem*, p. 88.

<sup>475</sup> Cf. A razão prática em Kant, in **O que...**, *op. cit.*, p. 89-94.

tem condições de se manifestar pela procedência ou improcedência de uma decisão. Se a ciência disser que uma decisão é melhor que outra, para fazê-lo terá que ter decidido entre uma delas. E, ao decidir, estará a abandonar a razão. Haverá vontade e não razão; logo, não haverá ciência. Por isso, não cabe à ciência apontar um entre dois caminhos: fazê-lo é decidir, e isso sempre é resultado da vontade, não do conhecimento racional. Se ciência se pretende racional, ciência não pode decidir. Para KELSEN, portanto, fica fora do âmbito da ciência jurídica apontar a melhor interpretação do direito posto. Isso se aplica ao apontamento de uma melhor decisão para um determinado problema concreto. Fazê-lo em nome da ciência é, para KELSEN, impossível, porque é impossível fazê-lo em nome da razão. O paralelo com as concepções do Círculo de Viena é inevitável: decidir por uma opção é valorar, é considerá-la melhor que outras. O juízo de valor, contudo, não é um enunciado fatural. Trata-se de um sem-sentido, algo fora do âmbito da ciência. O dualismo humiano e o positivismo lógico, embora partam de análises diferentes – uma metafísica, outra lógico-linguística – chegam a resultados análogos: a razão não é a única influência para a decisão, que é volitiva; à ciência não cabe valorar, que é tarefa irracional, sem sentido. Um enunciado sobre o que deve ser, para KELSEN, não tem o sentido de um enunciado científico, que possa ser verdadeiro ou falso. Nesse âmbito, é um sem sentido. É contrassignificativo afirmar, de um dever-ser, que é falso ou verdadeiro. E se cabe à ciência, apenas, dizer o que é verdadeiro ou falso, não cabe à ciência falar o que deve ser, apenas o que é. Em KELSEN, razão e vontade estão contrapostas, e a decisão é sempre uma manifestação dessa segunda, jamais da primeira. Esse maniqueísmo dualista, ou esse dualismo maniqueísta, uma totalidade de um lado e outra totalidade de outro, já indica, pelo simples fato de sua âncora no maniqueísmo e no dualismo, que está à espera de superação.

**Por tudo isso, KELSEN exclui, da ciência e de sua racionalidade lógica, as cogitações acerca da justiça:** justiça, enquanto valor e não realidade suscetível de experiência sensória, não se submete a tratamento lógico-científico<sup>476</sup>. Valor e ciência são opostos. Para o jusfilósofo de Viena, sendo a ciência objetiva, esse juízo de valor, que subjaz a toda decisão, não pode ser feito em nome da ciência jurídica; se o for, faz-se falsa apresentação de um juízo político como verdade científica. Subjaz, a esse

---

<sup>476</sup> Cf. **O que...**, *op. cit.*, p. 83.



entendimento, o pressuposto segundo o qual o trabalho científico deve ser objetivo, e que a escolha da decisão a ser tomada é um ato de vontade, não de cognição, portanto subjetiva; um ato irracional. Mesmo a decisão por uma interpretação, dentre duas ou mais possíveis, é algo que depende exclusivamente da vontade. Enquanto saber científico, que visa o conhecimento do objeto, a interpretação científica do direito não pode senão apontar as várias possibilidades exegéticas: a decisão por uma delas deve ser deixada, pelo cientista, ao órgão competente<sup>477</sup>. O cientista, enquanto tal, não pode tomar qualquer decisão, porque isso extravasa o âmbito do conhecimento, da razão; cai na volição, saindo da ciência. O órgão competente para decidir, esse sim, que não tem compromisso com a ciência, mas com a decisão, não só pode como deve agir com a vontade. Aliás, é exatamente para isso que ele é competente: para decidir, para afastar a razão e exercer vontade. HANS KELSEN insiste no elemento volitivo: afirma reiteradamente que o órgão de aplicação tem que movimentar sua vontade, exercer sua função voluntária – que, como tal, “...é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão...”<sup>478</sup>. A escolha por uma entre as várias possibilidades é um ato de vontade livre. Fica ausente, em KELSEN, uma melhor explicação do que vem a ser “vontade”, o que abre caminho para questionamentos; todavia, fica caracterizada, de forma bastante clara, sua equiparação ao livre, àquilo que não pode ser condicionado nem explicado pela razão.

Aqui percebe-se toda a insegurança que essa concepção, caso procedente, impõe ao direito: por mais que haja um esforço de criar uma ordem jurídica visando um fim qualquer, a decisão é sempre volitiva e livre para o juiz e para o órgão legislativo. Não há qualquer razão capaz de determinar uma decisão como necessária. Precisamente porque, em relação a uma decisão, nenhuma razão tem nada a dizer. Bem ao contrário: a decisão é sempre livre. Uma decisão judicial só poderia ser concebida como correta, como a decisão certa para um caso determinado, se não pudesse ser diferente daquilo. Em outras palavras: se fosse necessária. Porém, em KELSEN, nenhuma decisão jamais é necessária, pois não há elementos racionais capazes de a definir como tal. É, invariavelmente, exercício de vontade livre. Se se pudesse, racionalmente, determinar

---

<sup>477</sup> Cf. **Teoria pura...**, *op. cit.*, p. 365-396.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 393.

uma decisão como melhor que outra, como a mais correta para um determinado caso, aí sim ela poderia ser tida por racional, e o dualismo ruiria. **Mas isso, para KELSEN, é inviável: nenhuma decisão pode ser controlada racionalmente.** A consequência é que descabe, à ciência do direito, orientar uma decisão. Não lhe cabe orientar a melhor aplicação do direito, porque isso seria sempre *a priori* irracional – o caráter apriorístico, contudo, já demonstra porque KARL-OTTO APEL trata essa doutrina como um “...preconceito da subjetividade irracional de todas as normas e valorações morais...”<sup>479</sup>. Na hermenêutica kelseniana, desde que dentro da moldura da norma, o juiz faz como quer, livremente. A ciência nada tem a dizer em relação à melhor interpretação do direito. Sendo assim, mesmo os pareceres que KELSEN redigiu, observa MÁRIO LOSANO, precisariam ser qualificados como, além de subjetivos, irracionais<sup>480</sup>. Para fins práticos, a ciência do direito, de acordo com a hermenêutica kelseniana, é uma “inutilidade balofa”, como estimaria dizer JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES<sup>481</sup>.

FÁBIO ULHOA COELHO, que classifica a conclusão de KELSEN como um fracasso, chega a sustentar que nenhum doutrinador é adepto fiel dessa hermenêutica<sup>482</sup>. Talvez essa indução acerte no “fiel”; não é possível, entretanto, verificá-la. Mas, talvez, o professor paulista erre no “adepto” – ou melhor: naqueles que se declaram adeptos. **No direito tributário brasileiro, ao menos nos anúncios, a hermenêutica kelseniana tem sequazes decididos.** ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por exemplo, afirma: “...a Ciência do Direito não se preocupa em discernir o sentido mais justo ou correto de uma regra jurídica; apenas aponta suas interpretações possíveis”<sup>483</sup>. HUGO DE BRITO MACHADO entende a assertiva kelseniana como de “...inteira aplicação...”, considerando certo que “...a Ciência do Direito, pelo menos enquanto considerada no seu sentido positivista, é incapaz de propiciar a solução para as questões

<sup>479</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 447. O mesmo texto encontra-se, também, em outra edição brasileira, com outro tradutor: KARL-OTTO APEL, **Estudos de moral moderna**, p. 111.

<sup>480</sup> Introdução, in HANS KELSEN, **O problema...**, *op. cit.*, p. XXVIII.

<sup>481</sup> SOUTO usa essa expressão ao criticar aqueles que veem, no trecho “sempre que possível”, constante do artigo 145, § 1.º da Constituição, um sem-sentido deontológico – **Curso...**, *op. cit.*, p. 206. Postulando ausência de sentido na expressão constitucional, cf., dentre outros, PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 132; **Direito tributário...**, *op. cit.*, p. 30.

<sup>482</sup> Cf. **Para...**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>483</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 27, n. 2.

*jurídicas, sendo inevitável o conteúdo político da interpretação*<sup>484</sup>. PAULO DE BARROS CARVALHO, também, ensina: “...a interpretação é um ato de vontade e um ato de conhecimento e..., como ato de conhecimento, não cabe à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas, simplesmente, apontar as interpretações possíveis”<sup>485</sup>.

Ao adotar a hermenêutica kelseniana, o estudioso é obrigado a considerar as opções interpretativas como não científicas e irracionais. Bastante diminuída é a importância da ciência jurídica. Jamais um juiz poderá ler um livro de doutrina e procurar, lá, orientações seguras para sua decisão. Um legislador, muito menos. Ambos decidirão por vontade, não por razão. Como a doutrina se pretende científica e, portanto, racional, não pode decidir. **Superar esse problema implica superar a contraposição entre razão e vontade**, fundamento do dualismo kelseniano entre ser e dever-ser.

## 2.6 LOURIVAL VILANOVA: fenomenologia husserliana e formas lógicas

*“É um equívoco confundir simplicidade com superficialidade. E buscar no rebuscamento estilístico fórmulas esotéricas de pensar, só acessíveis a raros e privilegiados iniciados”*<sup>486</sup>

Se, do exterior, HANS KELSEN é a principal influência metodológica referida pela doutrina tributarista, **do Brasil ela é, certamente, LOURIVAL VILANOVA**. O

<sup>484</sup> Embora expoente da doutrina tributarista, HUGO DE BRITO MACHADO registra esse posicionamento em uma obra não tributária: **Introdução ao estudo do direito**, p. 170.

<sup>485</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 102. Os tributaristas, contudo, nem sempre se negam a opinar sobre o direito posto, a decidirem por uma ou outra interpretação, em livros de ciência, e em nome da ciência: “*Portanto, somos de opinião que a lei complementar em exame só poderá veicular normas gerais em matéria de legislação tributária, as quais ou disporão sobre conflitos de competência, em matéria tributária, ou regularão as ‘limitações constitucionais ao poder de tributar’... A respeito, perfilamos a denominada corrente dicotômica...*” – ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso...**, *op. cit.*, p. 354; “*A melhor interpretação das normas da Constituição é aquela capaz de lhes garantir a máxima efetividade. Toda imunidade tem por fim a realização de um princípio que o constituinte considerou importante para a nação. A imunidade dos livros, jornais e periódicos tem por fim assegurar a liberdade de expressão do pensamento e a disseminação da cultura. Como é inegável que os meios magnéticos, produtos da moderna tecnologia, são hoje de fundamental importância para a realização desse mesmo objetivo, a resposta afirmativa [acerca da imunidade ou não dos livros eletrônicos] se impõe*” – esclareci nos colchetes – HUGO DE BRITO MACHADO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 206; “*Entra em pauta, novamente, a colocação kelseniana, no sentido de que u’a mesma unidade normativa é susceptível de várias interpretações possíveis, cabendo ao aplicador da lei, num ato de decisão política, eleger aquela que lhe pareça mais adequada. De nossa parte, opinamos pela terceira [possibilidade de interpretação], e nela aparece, com meridiana clareza, a carga de equivocidade da locução “fato gerador”, tão pernicioso ao bom entendimento do discurso jurídico-tributário*” [sic] – esclareci nos colchetes – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 303.

<sup>486</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 33.

jurista recifense é influência amplamente utilizada, e, mesmo, determinante dos rumos da dogmática tributarista. Sua influência, enorme e extraordinária, é destacada por PAULO DE BARROS CARVALHO, que, em mais de uma oportunidade, registra durar já quase quatro décadas<sup>487</sup>. O mesmo autor, ainda, relata: “*José Souto Maior Borges, seu discípulo e amigo, costuma propagar que Lourival Vilanova, sem jamais ter escrito textos específicos sobre Direito Tributário, é, nos dias de hoje, um dos mais citados autores daquele ramo do Direito Público*”<sup>488</sup>. Uma passada de olhos pela produção doutrinária corrobora facilmente essa afirmação.

**Precisas, as lições de VILANOVA poderiam proporcionar segurança e domínio**, a tônica da ciência justributarista brasileira, ao menos na ordem de suas intenções. A doutrina tributarista teria a neutralidade e a imparcialidade de VILANOVA<sup>489</sup>. O foco do professor recifense, no plano sintático do estudo do direito, transparece no desejo de PAULO DE BARROS CARVALHO “...*de ver o Direito Tributário penetrado por categorias bem compostas, arrumado sintaticamente, e preparado para arrostar as infundáveis questões semânticas que martirizam o intérprete e o aplicador da lei*”<sup>490</sup>. Acertado no plano sintático, o discurso doutrinário estaria pronto para resolver os problemas semânticos.

LOURIVAL VILANOVA, lembram SOUTO e PAULO DE BARROS, aplica ao direito as categorias fenomenológicas de EDMUND HUSSERL<sup>491</sup>. O método fenomenológico husserliano inicia-se pela *epochè*, que permitiria a redução eidética, a percepção da essência. Para isso, todo o mundo empírico é suspenso, posto entre parênteses, de modo que não influencie na compreensão do *eidós*. Se as coisas são cambiáveis e podem ser objetos de novas percepções, as ideias, os conceitos, são cada uma delas um todo acabado. Claro que, depois, a essa *epochè* segue-se a constituição intencional e a compreensão do *Lebenswelt*, o mundo da vida: a investigação iria às coisas

<sup>487</sup> Cf. Apresentação, in LOURIVAL VILANOVA, **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 13; Prefácio, in LOURIVAL VILANOVA, **Escritos...**, v. 1, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>488</sup> Prefácio, in LOURIVAL VILANOVA, **Escritos...**, v. 1, *op. cit.*, p. XXI.

<sup>489</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Apresentação, *op. cit.*, p. 14.

<sup>490</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. XIX.

<sup>491</sup> Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, **Sistema...**, *op. cit.*, p. XLI-XLII; Prefácio, in LOURIVAL VILANOVA, **Escritos...**, v. 1, *op. cit.*, p. XVIII.

mesmas<sup>492</sup>. É essa a influência do procedimento analítico vilanoviano, que elege esse caminho para analisar fenomenologicamente a norma jurídica, procedimento que implicaria, na sequência, a volta à experiência, com a consideração, pode-se dizer, “das normas mesmas”. É evidente, também, a presença kelseniana no pensamento de VILANOVA: é às normas que o pensamento se dirige. Essas influências husserlianas e kelsenianas são registradas pelo próprio autor, que também analisa as relações entre a fenomenologia e a teoria pura do direito<sup>493</sup>.

**De início, cabe reduzir complexidades.** Se o estudo é do direito, isso se faz mediante a seleção das normas jurídicas como objeto exclusivo de estudo. Afirma LOURIVAL VILANOVA: “*O processo de decompor analiticamente uma realidade em objeto de várias ciências é um princípio de divisão do trabalho científico, exigido pela complexidade dos problemas que a realidade oferece*”. Embora, já em seguida, ressalte: “*Mas esse labor de divisão analítica implica a síntese como complemento indispensável*”<sup>494</sup>. O método para enfrentamento do complexo, como se nota, é cartesiano: a redução de complexidades, o processo analítico, depois seguido pela reintegração das partes que foram conhecidas separadamente.

**Resultado disso é que a ciência do direito tem por objeto apenas normas jurídicas.** E cada ciência específica do direito volta-se a normas de conteúdo específico: tributário, administrativo, criminal *etc.*<sup>495</sup>. Já se obtém, então, mediante expediente redutor, o objeto de estudo: as normas jurídicas que integram determinada província especializada do direito positivo. Para VILANOVA, fenomenologicamente, subtraídas as contingências, o direito é essencialmente normativo<sup>496</sup>.

A partir daí, porém, cumpre ir além: **despir essas normas daquilo que lhes é apenas accidental, para obter aquilo que é permanente.** Assim, fenomenologicamente, sair-se-á da aparência, em direção à essência. É um processo de abstração formalizadora que evidencia essas constantes. A metáfora espacial aparece bastante: as formas lógicas, para VILANOVA, estão por baixo, encobertas, sustentando o direito

<sup>492</sup> Cf. CHRISTIAN DELACAMPAGNE, *História...*, *op. cit.*, p. 30-31; MARILENA DE SOUZA CHAUÍ, Consultoria, in EDMUND HUSSERL, *Investigações lógicas*, p. X-XII.

<sup>493</sup> *As estruturas...*, *op. cit.*, p. 32; Teoria..., *op. cit.*, p. 308-311.

<sup>494</sup> Sobre o conceito de direito, in LOURIVAL VILANOVA, *Escritos...*, v. 1, *op. cit.*, p. 22.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>496</sup> Cf. *ibidem*, p. 53.

positivo<sup>497</sup>. Impõe-se um procedimento de análise. E de análise lógica: buscar, subjacente a toda experiência jurídica, o subsolo lógico-sintático que lhe é sempre comum. Esse substrato fica encoberto pelo conteúdo do direito positivo. O direito positivo é como um véu que cobre as estruturas lógicas. Cumpre desvelá-las. Feito o desvelamento, aparecem as estruturas lógicas, que são constantes e gerais, universais e invariáveis. Portanto, parte-se do individual para, fenomenologicamente, abstrair tudo o que é contingente, mantendo-se no essencial. O essencial são as formas lógicas, sempre idênticas e imutáveis. Esse é um processo que formaliza a partir da concretude, preocupado com a identificação do constante sintático, excluindo preocupações semânticas e pragmáticas. Descobertas essas formas lógicas, sabe-se como o direito funciona, funcionou e funcionará, em qualquer local onde o fenômeno jurídico se verifique. Porque quem cria o direito positivo não pode evitar essa estrutura sintática, constante e independente de sua origem empírica. **Uma estrutura universalmente presente, sempre constante e uniforme**<sup>498</sup>. Fica, aqui, evidente a razão pela qual HUSSERL é acusado de platonismo, por exemplo, por KARL-OTTO APEL<sup>499</sup>. E, também, que certas manifestações da ciência do direito tributário ficam sujeitas à mesma crítica.

**A lógica funciona como um instrumento de segurança e de domínio sobre o objeto estudado**<sup>500</sup>. Quanto a isso, lembra e critica MARTIN HEIDEGGER: “*Quando um procedimento, uma medida, uma requisição são comprovados e afirmados como ‘lógicos’, eles são tomados imediatamente como sendo corretos, isto é, obrigatórios. Tudo o que pode receber o predicado ‘lógico’ se mostra como imponente*”<sup>501</sup>. A doutrina tributarista assumiu essa concepção, e empenhou-se em buscar, na lógica jurídica vilanoviana, os fundamentos, de correção inquestionável e de validade universal, para aplicá-los ao direito tributário – o que seria plenamente factível, dada a também inquestionável e universal aplicabilidade dessa concepção.

**A concepção fenomenológica de VILANOVA é feita assumindo-se o paradigma da filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto.** Admite-se que o

<sup>497</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas...*, *op. cit.*, p. 28, 34 e 66.

<sup>498</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas...*, *op. cit.*, p. 34 e 91; Teoria das formas sintáticas: anotações à margem da teoria de Husserl, *in Escritos...*, v. 2, *op. cit.*, p. 155.

<sup>499</sup> Cf. *Transformação...*, v. 1, *op. cit.*, p. 102.

<sup>500</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>501</sup> Nietzsche, v. 1., p. 413.

sujeito conheça o objeto, tenha a ele acesso direto e imediato, pela via da experiência intencional, e, a partir daí, nomeie esse conhecimento em linguagem. Dessa forma, há o sujeito, há o objeto, e há a linguagem, uma terceira coisa que se interpõe, uma vez já tendo havido o conhecimento do objeto, pelo sujeito, sem linguagem. É nessa tradição filosófica que LOURIVAL VILANOVA está inserido, como se percebe:

O conhecimento é um fato complexo. Simplificadamente diz-se que é relação do sujeito com o objeto. E se tivermos em conta o conhecimento do mundo físico exterior, sua origem é a experiência sensorial. Percebo a árvore verde e enuncio: esta árvore é verde. O ser-verde-da-árvore, que se me dá um ato de apreensão sensorial, é base para outro ato, o de revestir esse dado numa estrutura de linguagem, na qual se exprime a relação conceptual denominada proposição (juízo, na terminologia clássica)<sup>502</sup>.

A doutrina tributarista assume esse paradigma ao adotar, como modelo de trabalho, a lógica vilanoviana. Depois, porém, passa a tentar um amálgama entre essas concepções e outras, pós-metafísicas. Com isso, acaba por surgir, aqui e ali, discursos para os quais a linguagem científica descreve a norma, mas, ao mesmo tempo, a constrói. A crítica a essa confusão paradigmática será feita oportunamente. Por ora, retorne-se ao que há de metafísico e platonista, tanto no HUSSERL tardio, quanto em VILANOVA. Se a volta às coisas mesmas poderia ser um antídoto, a consideração de formas lógicas sempre uniformes e eternas é um retorno ao platonismo<sup>503</sup>. Uma acusação de desvio do mundo real mostra-se pertinente. **Nem sempre os métodos da filosofia do direito servem para o direito tributário.** Atento a isso, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES enaltece, em estudo doutrinário alheio, não ter cedido ao formalismo:

Nele não tem morada um destemperado logicismo simbólico-formal, relevantíssimo no seu âmbito próprio, mas sem pertinência no campo do Direito Tributário. Que deveria ser pressuposto, nunca posto e muito menos exposto pela doutrina moderna. Com essa metodologia expositiva, se distancia o expositor do objeto de sua monografia<sup>504</sup>.

<sup>502</sup> **As estruturas...**, *op. cit.*, p. 37. Em outro estudo: “*Há conhecimento na percepção; mas o conhecimento adquire sua plenitude no plano proposicional. Entre simplesmente ver que um livro é verde e formular a proposição ‘este livro é verde’ há uma distância considerável*” – O universo das formas lógicas e o direito, in **Escritos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 1. Cf., ainda, *Lógica jurídica*, in *ibidem*, p. 158.

<sup>503</sup> Cf. CHRISTIAN DELACAMPAGNE, **História...**, *op. cit.*, p. 36-37.

<sup>504</sup> Prefácio, in MARY ELBE GOMES QUEIROZ MAIA, **Do lançamento tributário: execução e controle**, p. 7-8.

Desvia-se do mundo real, que é precisamente o mundo sobre o qual a ciência se deveria voltar. A ciência, incauta, torna-se metafísica.

## 2.7 Segundo balanço parcial

*“A tendência para o repetitivo é outro fenômeno identificável em certas manifestações teóricas no âmbito do jurídico, que recusam compromisso com a profundidade de investigação teórica e abominam a rebeldia intelectual. Mas essa é apenas uma especificação da ousadia teórica – esse produto mais elevado do inconformismo”<sup>505</sup>*

Diante do caos verificado no início, ALFREDO AUGUSTO BECKER propõe uma guinada em direção à segurança, fundada na redução de complexidades, que ossifique o direito tributário invertebrado. **A partir de BECKER, os elementos da ciência moderna, desde BACON e DESCARTES, passam a integrar o discurso doutrinário metateórico.** Notadamente, o reducionismo metodológico, com a necessidade de identificação de uma unidade irreduzível e universal. Diante das perplexidades e do perigo que representava o direito tributário invertebrado para a segurança na atividade de arrecadação tributária, entendeu-se, justificadamente, adequado o procedimento redutor. A mesma é a avaliação de JAMES MARINS: *“O reducionismo epistemológico, defendido por brilhantes teóricos positivistas do século passado, estava justificado pelo objetivo de conferir segurança jurídica à obrigação tributária que se encontrava severamente exposta a razões de ordem puramente políticas ou preponderantemente econômicas”<sup>506</sup>*. Todo este capítulo inicial objetiva, embora não exclusivamente, demonstrar que o reducionismo metodológico no direito tributário tem uma inserção e um contingenciamento histórico. Impôs-se em face de condições históricas relevantes.

Porém, em seu desenvolvimento, a doutrina, com fundamento direto na hermenêutica kelseniana e no Círculo de Viena, sustentou sua própria proibição em emitir juízos relativos ao direito que deve ser, tanto no âmbito da criação normativa abstrata, quanto da aplicação concreta do direito: o primeiro foi problema entregue ao órgão

<sup>505</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 86; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 183; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 229.

<sup>506</sup> **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**, p. 21.



competente para o exercício da função legislativa; o segundo, ao órgão competente para o exercício da função judicante. Baseada no dualismo entre ser e dever-ser e na redução de complexidades, a ciência do direito tributário ficou restrita ao intento de, progressivamente, depurar sua linguagem de qualquer possibilidade de ambiguidade e vagueza. Os autores partiram para definições cada vez mais elaboradas e abstratas, incluindo, em seus discursos, fórmulas de intenção lógico-matemáticas, com pretensão de total univocidade em seus termos, sob influência do pensamento de VILANOVA. **A pretensão era que, a partir daí, a segurança fosse, afinal, atingida.**

Alguns efeitos colaterais dessa opção são, hoje, de fácil compreensão. Reduzindo complexidades, perdeu-se a noção do todo. Fixando limites, ficou-se dentro deles, e restaram impensados os intercâmbios fronteiraços. Reduzindo as complexidades apenas ao empiricamente observável e ao matematicamente mensurável, perdeu-se a noção do valor e a sensibilidade para a vida concreta dos sujeitos. O único sujeito que sobra é aquele que hoje está morto: o sujeito solipsista, que conhece individualmente um objeto dele distante e a ele contraposto. Os sujeitos reais, que estão sujeitos à incidência normativa, não aparecem em discursos exclusivamente lógico-semânticos. É importante, aqui, lembrar a crítica de MICHEL VILLEY:

Dessa visão do mundo, empobrecida, fria e puramente objetiva, desaparecem também os valores. Agreguemos que a ciência moderna, herdeira do nominalismo, só percebe fatos singulares, não mais a harmonia dos conjuntos. Ela faz uso de uma lógica nova, de uma linguagem matemática, serve-se de indução e de dedução, mas não mais da antiga dialética apta a raciocinar sobre valores e sobre qualidades tais como a qualidade do justo<sup>507</sup>.

**Muito se perdeu nesse caminho, e a segurança pretendida não foi alcançada.** É necessária uma crítica que perceba o descaminho e proponha sua correção. Que, suspendendo hegelianamente o juízo a respeito de tudo aquilo no que a doutrina acertou, mostre onde há erros, permitindo um retorno aos trilhos. Permitindo, talvez, que as promessas da ciência do direito tributário – segurança e domínio – sejam cumpridas, aliadas à realização de justiça, promessa nunca feita. A permanecer onde está, a dogmática não terá possibilidades de cumpri-las. E nada impõe permanência: quando a doutrina diz o que é a ciência, não pode falar em nome de um ser imutável do ente “ci-

<sup>507</sup> A formação..., *op. cit.*, p. 588.

ência”<sup>508</sup>. Também a ciência está no devir. Há perspectivas que iluminam uma mudança de vias: algumas já em início de cogitações doutrinárias; outras, que ainda precisam ser melhor esclarecidas.

Essas categorias, que fomentarão a reflexão sobre o devir, são exteriores ao direito e ao direito tributário. Há forte resistência à utilização de categorias extrajurídicas para a explicação do jurídico, e, muitas vezes, procedente<sup>509</sup>. Porém, o direito tributário foi todo tratado com ideias que estão para além do direito tributário, e estão para além de qualquer disciplina: são os “princípios” ou “postulados transdisciplinares”, a que se refere EDGAR MORIN, elementos constitutivos de um paradigma científico. Dentre eles, a redução de complexidades, a matematização, a formalização, o dualismo entre ser e dever ser *etc*<sup>510</sup>. Uma mudança nesses princípios, se localizada fora do direito tributário, pode fecundá-lo positivamente. A compreensão de que esses princípios transdisciplinares, com os quais trabalha a ciência, estão sofrendo importantes subversões, permitirá a compreensão dos rumos que o direito tributário deve e pode seguir daqui em diante. Se certos conceitos, como ciência descritiva de normas, homogeneidade sintática, fato e evento *etc.*, outrora talvez úteis, mostram-se agora insuficientes ou abandonáveis, talvez seja a hora de incorporar novos conceitos, que se mostrem aptos a proporcionar uma evolução necessária. Os problemas mudam; e, diante de novos problemas, pode ser necessário criar novos conceitos, novas propostas de solução<sup>511</sup>. Se os problemas em 2010 não são mais os mesmos de 1960, ainda será correto manter-se imobilizado nos conceitos de meio século atrás? Cabe, ao contrário, a partir deles, construir novas categorias e formas de trabalho para os novos problemas, mantendo em mente que é preciso conservar o que deve ser conservado, e abandonar o

<sup>508</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, *Nietzsche*, v. 1, *op. cit.*, p. 138.

<sup>509</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador” – direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinaridade, *in* FREDIE DIDIER JR. e MARCOS EHRHARDT JR (coord.), **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello, p. 475-488.

<sup>510</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Ciência com consciência**, p. 136 – originalmente, publicada como *Science avec conscience*, em 1982; A articulação dos saberes, *in* **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios, p. 54.

<sup>511</sup> GILLES DELEUZE e FÉLIX GUATTARI, **O que é a filosofia?**, p. 41. Um pouco mais adiante, dizem os mesmos autores: “...não são filósofos aqueles funcionários que não renovam a imagem do pensamento, e não têm sequer consciência do problema, na beatitude de um pensamento inteiramente pronto, que ignoram até o labor daqueles que pretendem tomar por modelos” – p. 69.

que merece abandono, e que o novo logo será velho, e que o túnel da ciência não tem um fim no qual seja possível ver a luz da verdade absoluta.

**Para buscar essa construção, não é preciso ir muito longe: basta visitar Recife, desde que com tempo para lá permanecer, pacientemente.** Não é necessário romper fronteiras: o caminho para essa correção de rumos vem de dentro da doutrina jurídico-tributária. A obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, se bem compreendida em seu conjunto e em sua evolução histórica, traz a abertura necessária, e a clareira dessa abertura ilumina, com luzes fortes, os caminhos a serem trilhados. Ela permite perceber os erros, e visualizar as soluções, mesmo naqueles casos em que não as expressa. O próximo capítulo exporá a obra soutiana, em sua evolução histórica até os dias atuais. A exposição, porém, incorporará críticas que se pode construir a partir dela. Em certo sentido, irá além dele, embora sem sair dele. Ler e compreender sua obra é um experimento de felicidade, do qual não se deve furtar; ter o prazer de conhecer, como recomenda o Zaratustra de NIETZSCHE: “*Conhecer: este é o prazer daquele que tem vontade de leão!*”<sup>512</sup>. Que se lance mão dessa vontade, já que em toda ciência, mesmo racional, há vontade. Que se admita, negando os ideais ascéticos contra os quais vocifera o verbo nietzschiano, sentir o prazer que há na leitura e no conhecimento dos livros de mestre SOUTO<sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Assim falou Zaratustra, in **Obras incompletas**, p. 251 – originalmente, publicada em 1883. No original, em alemão, conforme a edição crítica de GIORGIO COLLI e MAZZINO MONTINARI: “Erkennen das ist L u s t dem Löwen-willigen!” – *Also sprach Zarathustra: Kritische Studienausgabe Herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari*, p. 258.

<sup>513</sup> Contra os ideais ascéticos, v. a terceira dissertação da *Genealogia da moral* de NIETZSCHE, intitulada “O que significam ideais ascéticos?” – cf. **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 87-149.

## CAPÍTULO II – CRÍTICA: CLAREIRAS E CAMINHOS SOUTIANOS

### 3 CLAREIRAS SOUTIANAS

#### 3.1 Introdução

*“A vida do espírito não tolera o crescimento prematuro”*<sup>514</sup>

A tarefa científica, não raro, é compreendida como a descrição do ordenamento jurídico-tributário, em uma linguagem o mais rigorosa possível. Além disso, intenciona observar restritivamente os textos jurídico-prescritivos relacionados à matéria tributária, e, dali partir em busca das formas lógicas, uniformes e universais, que subjazeriam toda linguagem prescritiva de qualquer direito posto, inclusive o tributário brasileiro. A intenção do discurso científico é obter clareza conceitual e coerência lógico-semântica. O objetivo é prover, ao sujeito do conhecimento, segurança e controle sobre seu objeto, em superação do estado de descontrolado e de insegurança, próprio do direito tributário invertebrado dos tempos heroicos. Partindo dessa verificação fática de insegurança e descontrolado, de ausência de conhecimento científico sobre o direito tributário, a doutrina pôs-se, destemidamente, a trabalhar. **Inicialmente, cumpria compreender o direito tributário enquanto fenômeno jurídico, fixando seus conceitos mais básicos** – a partir dali, poderia lançar-se em voos mais pretensiosos. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES participou desse início, com obras relevantes.

**É importante compreender esse trabalho inicial como um momento, no percurso de construção do direito tributário.** Cumprido esse ponto, é necessário avançar. Esse avanço levou SOUTO a trilhar caminhos diferentes daqueles percorridos por seus pares. Com esse proceder, seu papel fundamental na construção do direito tributário brasileiro tornou-se inquestionável, e é sempre referido<sup>515</sup>.

<sup>514</sup> Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, **Sistema...**, *op. cit.*, p. XXXIV.

<sup>515</sup> IVES GANDRA DA SILVA MARTINS destaca que ele “...tem hoje assegurado seu nome na galeria daqueles juristas que conformaram o direito tributário no Brasil” – Imunidade de instituição dedicada a promover deficientes físicos, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), **Teoria...**, *op. cit.*, p. 814.

Há outro ponto, porém, que deve ser destacado: **a evolução do pensamento de mestre SOUTO revela uma importante e fecunda evolução epistemológica** – “epistemologia” como teoria da ciência, e não como teoria do conhecimento em geral. Mesmo na diversidade de sua obra, é possível encontrar essa unidade. Uma unidade de pensamento evolutivo que se manifesta, de forma indubitável, para quem se volte cuidadosamente para seus textos. Ele nunca escreveu um tratado de epistemologia jurídica – embora tenha chegado muito perto disso em seu *Obrigações tributárias (uma introdução metodológica)*, de 1984. Entretanto, a epistemologia que está posta em seus textos, pensada em conjunto com a que neles está pressuposta, revela uma interessantíssima e consistente crítica da moderna ciência do direito, principalmente no âmbito tributário. Além de seus conteúdos próprios, a epistemologia soutinana tem o mérito de ser aberta, permitindo construções para além dela, em sentido prospectivo.

Sua obra, em geral, é marcada pela inovação: um denso progredir, em sucessivas quebras de paradigma, ora dando acento, ora substituindo pressupostos filosóficos, no percurso de seu amadurecimento intelectual<sup>516</sup>. Esse progresso é gradual, e vem ocorrendo ao longo dos já muitos anos de sua intensa, rigorosa e extremamente qualificada produção intelectual. **Tem sido algo construído com o tempo, sedimentado com calma.** SOUTO tem se mostrado paciente, e trabalhado de acordo com a lição de HEGEL: “*A impaciência exige o impossível, ou seja, a obtenção do fim sem os meios. De um lado, há que suportar as longas distâncias desse caminho, porque cada momento é necessário. De outro lado, há que demorar-se em cada momento, pois cada um deles é uma figura individual completa...*”<sup>517</sup>. Assim trabalha o mestre pernambucano: cada momento, necessário no caminhar, é curtido demoradamente.

**Neste capítulo, serão registrados os principais momentos epistemológicos no caminho do pensamento soutiano.** Lado a lado, intenta compreender a evolução da doutrina tributarista, o impasse que provocou, os problemas que criou ou não resolveu, e os caminhos que se lhe abrem a partir da obra crítica de mestre SOUTO. O posicionamento histórico-evolutivo de cada uma de suas obras, contudo, não é simples.

---

<sup>516</sup> Cf. HELENO TAVEIRA TÔRRES, Prefácio, in *Teoria...*, *op. cit.*, p. 13 e 14; ARNALDO BORGES, Souto: de Kelsen a Villey (ou a filosofia na construção da obra do jurista), in HELENO TAVEIRA TÔRRES (coord.), *Teoria...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>517</sup> *Fenomenologia...*, *op. cit.*, p. 36.

Algumas delas se encaixariam em mais de uma classe. Embora haja uma perceptível evolução cronológica, há idas e vindas, o que revela uma evolução mais parecida, numa metáfora ilustrativa, com uma espiral do que com uma linha reta. Esse caminho, de avanço e retorno, é fruto da inesgotabilidade da ciência. FÁBIO FANUCCHI tem texto interessante a respeito: “...a ciência não fecha caminhos. Fosse ela uma entidade tributante, por certo que sua principal imposição seria a de contribuições de melhoria, tantas são as novas estradas que abre”. E, em seguida, traz lição importante: “Ou o pensamento evolui ou o homem não cumprirá o que dele fundamentalmente se espera...”<sup>518</sup>. Mestre SOUTO jamais deixou de evoluir, e de procurar cumprir aquilo que dele fundamentalmente se espera, dada sua apurada consciência ética de seu trabalho como cientista do direito tributário.

É importante verificar como se deu a evolução da ciência tributarista, e as possibilidades de superação de seus problemas. **Saber que é sempre possível pensar diferente do pré-estabelecido**<sup>519</sup>. Nossa ciência atual, por mais correta e perfeita que possa parecer à consciência contemporânea, corre o mesmo risco de ser vista como ridícula no futuro. Porque toda ciência, enquanto trabalho humano, encerra equívocos, que podem ser corrigidos.

### 3.2 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES no início: definição da disciplina, de seus conceitos fundamentais e de seus métodos

#### 3.2.1 *Iniciação ao direito financeiro (1966); Introdução ao direito financeiro (2.<sup>a</sup> ed., 1998)*

*“Como, sem infidelidade às nossas origens, desconsiderar ou mesmo repudiar o entusiasmo dos nossos primeiros passos?”*<sup>520</sup>

Os primeiros livros publicados por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES situam-se em um momento inicial de fundação do direito tributário enquanto disciplina. **Trata-**

<sup>518</sup> Curso..., *op. cit.*, p. XXII.

<sup>519</sup> Cf. RUBEM ALVES, **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e a suas regras, p. 16.

<sup>520</sup> Prefácio 2.º edição, *in* **Introdução...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 8.

se de assumir a necessidade de reduzir complexidades, delimitando objetos de estudo e esclarecendo conceitos. Nesse primeiro momento, é correto incluir as obras *Iniciação ao direito financeiro*, *A reforma do sistema tributário nacional*, *Isonções tributárias* e *Imposto sobre serviços*. Têm em comum uma forma de exposição semelhante: identificar o objeto de estudo, conceituá-lo, classificá-lo<sup>521</sup>.

Primeira obra publicada pelo autor, *Iniciação ao Direito Financeiro*, de 1966, foi premiada com o primeiro lugar em concurso de monografias promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Pernambuco, com o nome *O direito financeiro como ordenação jurídica das atividades financeiras do estado*<sup>522</sup>. Em 1998, foi reeditada, com o título *Introdução ao direito financeiro*. Trata-se de obra cujas duas principais preocupações, nela explícitas, são **definir um método adequado de investigação e delimitar o objeto a ser investigado**. Insere-se, pois, no momento inicial de construção de qualquer ciência nos moldes modernos: a delimitação do objeto de estudo e a eleição do método apropriado. A demarcação, em estilo kelseniano, elege seu objeto como o estritamente jurídico-normativo<sup>523</sup>. Foi publicada apenas três anos após a *Teoria geral do direito tributário*, de ALFREDO AUGUSTO BECKER. Em certo sentido, segue-lhe os passos. Mestre SOUTO faz, inclusive, referência a BECKER, no texto<sup>524</sup>. E também já antecipa seu futuro próximo: a obra aponta fundamentos em KELSEN e VILANOVA, os maiores influenciadores, no campo jurídico, da doutrina tributarista pós-beckeriana<sup>525</sup>. Dessas influências também decorre o método que o autor adota, baseado na redução de complexidades: se o feixe de atribuições estatais inclui-se em uma realidade complexa, cabe à ciência social, adotando critérios seguros de classificação, identificar e isolar a atividade financeira, para fins de estudo. O trabalho é feito, tipicamente, no paradigma moderno da ciência, o redutor. É, também, típica a definição do objeto de estudo, e de seus conceitos fundamentais – no direito tributário, por exemplo, o conceito de tributo. Na *Iniciação*, esse conceito é pro-

<sup>521</sup> Cf. ARNALDO BORGES, Souto..., *op. cit.*, p. 21 – que inclui, nesse primeiro grupo, e para seus propósitos expositivos, o livro *Lei complementar tributária*.

<sup>522</sup> A informação relativa ao nome da monografia está nas páginas introdutórias e não numeradas do seu livro seguinte, *A reforma do sistema tributário nacional*.

<sup>523</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Prefácio 2.º Edição, in **Introdução**..., 2. ed., *op. cit.*, p. 7; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, afinal..., *op. cit.*, p. 597.

<sup>524</sup> Cf. **Iniciação**..., *op. cit.*, p. 17, n. 24, *passim*; **Introdução**..., 2. ed., *op. cit.*, p. 19, n. 24, *passim*.

<sup>525</sup> Cf. ARNALDO BORGES, Souto..., *op. cit.*, p. 35.

blematizado, como também o são os conceitos de “direito financeiro” e de “direito tributário”, tudo com base no estudo da atividade financeira do estado, em sua vertente normativa jurídico-positiva<sup>526</sup>. Como a organização sistemática é vista como o primeiro passo para a produção de qualquer ciência, no paradigma moderno, definir e delimitar seu objeto é o problema fundamental. Sobre essas delimitações, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES viria a dizer, quinze anos mais tarde:

...é reconhecendo às outras ciências o seu campo próprio que o Direito Tributário recebe um tratamento compatível com as realidades normativas a que se dirige. Como toda província do saber que se emancipa e se autonomiza didaticamente, numa decorrência inexorável da especialização que acompanha o desenvolvimento e o progresso da ciência, o Direito Tributário não poderia escapar a essa tendência<sup>527</sup>.

Ao longo da obra, mestre SOUTO procede, organizando, definindo e distinguindo, em clara intenção de antítese ao momento anterior de desorganização intelectual, como se percebe de sua argumentação:

A atividade financeira é objeto material de estudo por diversas disciplinas de caráter científico.  
A Ciência das Finanças estuda os princípios e leis reguladoras do exercício da atividade financeira do Estado, sistematizando os fatos financeiros.  
Outras disciplinas que se preocupam com a atividade financeira do Estado são a Economia Financeira, a Política Financeira, a Técnica Financeira e o Direito Financeiro.  
O Direito Financeiro, regulação jurídica das atividades financeiras do Estado, estuda as normas financeiras, coordenando-as na reciprocidade de relações em que estão agrupados os institutos financeiros<sup>528</sup>.

**Aos tributaristas, que precisavam superar o direito tributário invertebrado, esse se mostrou como o primeiro passo que sua ciência deveria dar:** definir seu objeto e seus conceitos fundamentais, mediante um método pré-eleito. Esse esforço é visto, ainda contemporaneamente, como o primeiro passo daquele que se aventura a conhecer, com foros de cientificidade, um determinado objeto jurídico: sistematizar e identificar os princípios gerais que o regem<sup>529</sup>. Era o caso do direito financeiro.

<sup>526</sup> Cf. **Iniciação...**, *op. cit.*, p. 10, 15 e 73; **Introdução...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 11, 16 e 117.

<sup>527</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XIV; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

<sup>528</sup> **Iniciação...**, *op. cit.*, p. 24; **Introdução...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 29.

<sup>529</sup> Cf. JAMES MARINS, Prefácio, in ANDRÉ FOLLONI, **Tributação sobre o comércio exterior**, p. 8.



Com relação ao estilo desse primeiro livro de mestre SOUTO, é de se destacar o intenso recurso às citações, todas relativas à extensa doutrina nacional e estrangeira pesquisada e referida. O alto número de citações é característico de suas primeiras obras<sup>530</sup>. O que é compreensível, porque se tratava, justamente, de especular sobre algo ainda em fase de descobrimento, tateando argumentos para a construção de um discurso coerente. **A pesquisa, nessas primeiras obras, é ponto de destaque.**

Na primeira edição, de 1966, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES é qualificado como professor de finanças públicas na faculdade de ciências econômicas da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, procurador do município do Recife e advogado. **Ainda não professor de direito tributário em cursos de direito – cargo que era, à época, algo ainda em surgimento.**

### **3.2.2 A reforma do sistema tributário nacional: Emenda Constitucional n. 18 (1967)**

*“Objeto do presente estudo é, tão-sòmente, a investigação da estrutura e do mecanismo jurídico de atuação da reforma tributária, procurando acentuar os seus aspectos mais relevantes, sem a preocupação, que seria, aliás, ingênua, de lhe esgotar a exegese ou examinar tôdas as suas implicações” [sic]<sup>531</sup>*

Essa obra foi publicada dois anos após a edição da Emenda Constitucional n. 18/65, e no ano seguinte à edição do Código Tributário Nacional. Uma obra de circunstância: impunha-se diante do entorno cultural então presente, alterado pela evolução legislativa<sup>532</sup>. **Participa, também, dos intentos iniciais de exposição e compreensão do direito tributário, enquanto objeto de estudo científico.**

Ela tem características muito interessantes e próprias. Em sua parte inicial, antecedendo a análise jurídica da Emenda Constitucional n. 18/1965, descreve os debates que precederam sua promulgação. Revela fatos interessantíssimos aos olhos atuais. Demonstra a participação ativa e decisiva da doutrina na elaboração legislativa. Segue,

<sup>530</sup> Cf. ARNALDO BORGES, Souto..., *op. cit.*, p. 22.

<sup>531</sup> **A reforma**..., *op. cit.*, p. 30.

<sup>532</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Ciência**..., 2. ed., *op. cit.*, p. 160; **Ciência**..., 3. ed., *op. cit.*, p. 210.

a isso, análise jurídica, em forma de glosas, do sistema tributário posto pela emenda, com destaque para as limitações à imposição tributária, como a legalidade, a anualidade *etc.* Ao final, trata do tema da distribuição das receitas<sup>533</sup>. Interessante esse tratamento, que demonstra bem o momento histórico no qual a obra se insere: ainda não estava totalmente imposta e assimilada a clara divisão entre direito tributário e direito financeiro. Destinação do produto da arrecadação tributária, alguns anos depois, tornou-se matéria estranha aos trabalhos científicos em direito tributário. Ficou afeta ao direito financeiro – disciplina que, dada a permanente evolução da ciência, algumas vezes em espiral, tem experimentado sensível revalorização no Brasil, após longo período de declínio. Caracteriza-se, então, como **uma obra de transição dos tempos heroicos para o período científico na evolução histórica do direito tributário**: ao passo que mantém considerações políticas e econômicas, talvez como resquício, e cede a cogitações de direito financeiro, avança, decididamente, na análise restritamente jurídico-tributária, sua intenção principal. Mestre SOUTO, no livro, permanece qualificado na mesma forma do anterior<sup>534</sup>.

### 3.2.3 *Isenções tributárias* (1969; segunda edição, 1980)

*“Isenções tributárias não pode ser corretamente entendido sem um retrocesso no tempo, que permita ao inteligente leitor – reconstituindo o ambiente teórico em que ele surgiu – compreendê-lo”<sup>535</sup>*

*Isenções tributárias*, publicado em 1969, tem o estilo característico dessas obras iniciais: pesquisa exaustiva e intenso recurso às citações. Caracteriza-se por ter sido a primeira monografia brasileira sobre o tema. **O livro, então, participa do início das obras de sistematização e de definição conceitual do direito tributário brasileiro**: mesmo tratando de tema tão importante para o cotidiano tributário, não existia, então, obra que apenas a ele se voltasse, sob o ponto de vista jurídico-constitucional<sup>536</sup>.

<sup>533</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **A reforma...**, *op. cit.*, p. 33 e 94-102.

<sup>534</sup> Constante de página introdutória não numerada do livro.

<sup>535</sup> Prefácio à 2.º edição, in **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 5-6; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 12.

<sup>536</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. 5-6; p. 11.

No livro, a isenção tributária recebe tratamento que se pretende estritamente jurídico-dogmático. A preocupação metodológica está presente, acompanhada da insistente referência aos textos constitucionais. Já avisa JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, no prefácio, que, entendendo a isenção como realidade suscetível de estudo fundado em metodologia jurídica rigorosa, é em seus aspectos técnicos-jurídicos que ela será estudada. PAULO DE BARROS CARVALHO registra como a obra recebe forte influência de ALFREDO AUGUSTO BECKER<sup>537</sup>. SOUTO observa, porém, que a pureza metodológica que persegue – entendida, naquela obra, como exigência fundamental do conhecimento do direito – não despreza a realidade econômico-social subjacente; antes, dela parte para o estudo dogmático. Seu pressuposto declarado é a necessidade do corte metodológico, a reduzir as complexidades do objeto, possibilitando o estudo. Que é visto, aliás, como o cumprimento de uma função social relevante, a cargo do estudioso do direito: contribuir para o desenvolvimento do país<sup>538</sup>.

Diante do caos normativo existente nos tempos heroicos do direito tributário, a doutrina assumiu o trabalho de sistematização do direito positivo. No *Isonções*, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES assim exprime essa tarefa: “*Extraír principios básicos, retores, do caos normativo característico da nossa legislação fiscal, é a magna preocupação do jurista estudioso de direito tributário*”<sup>539</sup>. **Por isso, *Isonções tributárias* está, em 1969, a integrar todo o movimento de fundação dogmática do direito tributário.** Essa é a avaliação do próprio autor: “*Coincidiu, o seu aparecimento, com uma fase em que os estudos de direito tributário, no Brasil, foram sacudidos por uma tendência inovadora e quase diria iconoclasta*”<sup>540</sup>. Tendência inovadora e iconoclasta é exatamente a que inspirou a ciência moderna. Mas a tendência ao estudo dogmático, se, há quarenta anos, era inovadora e iconoclasta, hoje já é ciência normal.

O livro estuda a isenção tributária enquanto categoria de direito positivo, com nascedouro na Constituição. Portanto, **enquanto norma jurídica constitucionalmente contingenciada.** Embora assuma, normalmente, uma visão algo restrita da constituição – equiparada ao texto constitucional, com suas normas e princípios –, essa é

<sup>537</sup> Cf. Alfredo..., *op. cit.*, p. 26.

<sup>538</sup> Prefácio, in *Isonções...*, *op. cit.*, p. 9, 11, 225; *Isonções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 1-3, 199; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 7, 9, 237; *O contraditório...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>539</sup> Prefácio, in *Isonções...*, *op. cit.*, p. 10; *Isonções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 2; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>540</sup> Prefácio à 2.ª edição, in *Isonções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 5; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 11.

uma característica positiva da doutrina brasileira, desde seus primeiros trabalhos. O influenciador, sempre referido, foi GERALDO ATALIBA<sup>541</sup>. SOUTO reclama da falta de atenção, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, ao regime constitucional da isenção tributária. As premissas constitucionais, para o autor, são pontos de partida indeclináveis para o estudo das isenções<sup>542</sup>.

Mas o principal objetivo da obra é refutar a teoria da isenção como dispensa do pagamento do tributo devido, na forma de um pretense privilégio legal. Para mestre SOUTO, não há tributo devido quando há isenção: a norma legal que isenta prescreve a não incidência tributária, por ela qualificada. O mote é abandonar temas políticos, como “favores” ou “privilégios”, e estudar o direito tributário como direito positivo, em seus inter-relacionamentos normativos. No *Isenções tributárias*, aparece um certo prenúncio da teoria posterior, de PAULO DE BARROS CARVALHO, que vê a norma de isenção como norma de estrutura que atinge a regra-matriz de incidência tributária. Isso é perceptível em algumas passagens do texto soutiano, como a que refere uma delimitação do âmbito material da norma tributária pela norma de isenção e a que explica as isenções subjetivas como uma supressão do aspecto pessoal<sup>543</sup>. Note-se, dessa argumentação, a forte influência dos estudos estritamente normativistas, nesse momento de fundação da ciência do direito tributário. E, também, o abandono das considerações políticas, para assumir como foco único as fundamentações estritamente jurídicas. A refutação, empreendida por SOUTO, foi qualificada, por JOSÉ ROBERTO VIEIRA, em meio às suas sempre rigorosíssimas avaliações, como “vigorosa” e “brilhante”<sup>544</sup>. Da Espanha, PEDRO M. HERRERA reconhece, na teoria soutiana da isenção tributária, “...una de las construcciones más acabadas...” na matéria, e compara-a à de FERNANDO SAINZ DE BUJANDA. Ressaltando que resolve as questões-chaves e fornece “...instrumental teórico para afrontar los nuevos problemas...”, vale-se dela para resolver problemas do direito comunitário europeu contemporâneo<sup>545</sup>.

<sup>541</sup> Cf. PAULO CALIENDO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>542</sup> Cf. Prefácio, in *Isenções...*, *op. cit.*, p. 9 e 31; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 1 e 23; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 7 e 32.

<sup>543</sup> Cf. *Isenções...*, *op. cit.*, p. 255 e 262; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 226 e 231; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 261 e 266.

<sup>544</sup> E, afinal..., *op. cit.*, p. 597.

<sup>545</sup> *Exenciones tributarias y libertades económicas en el derecho comunitario*, in HELENO TÔRRES (coord.), *Teoria...*, *op. cit.*, p. 714.

Os argumentos da obra envolvem a consideração segundo a qual não se dá dispensa de tributo devido, precisamente, porque não há tributo devido. E não há tributo devido porque, nos casos de isenção tributária, não ocorre o “fato gerador”. O fato que ocorre é isento, e não gera tributo algum, porque corresponde não a uma hipótese de incidência tributária, mas a uma hipótese de não incidência tributária, assim qualificada pela lei. Nota-se que o estudo da isenção não se fez dissociado do estudo do fato gerador. Isso se explica: a noção de que cada ciência depende da assunção de um conceito fundamental, em torno do qual todo o saber será erigido, já estava presente na época. O conceito fundamental, explicaria, mais tarde, mestre SOUTO, aglutina os desdobramentos da ciência<sup>546</sup>. **O conceito fundamental para o direito tributário, na época, era o de “fato gerador”**: a organização do direito tributário enquanto disciplina científica se deu, no início, sobretudo, em torno da noção central, de “fato gerador”, que possibilitou a construção e o desenvolvimento da ciência do direito tributário<sup>547</sup>. Na evolução posterior, a noção de fato gerador sofreu processo analítico. Sua definição unitária original deu lugar a dois conceitos distintos derivados: o de hipótese de incidência tributária e o de fato jurídico tributário. Realmente, a expressão “fato gerador” tem certa ambiguidade, como denuncia reiteradamente a doutrina, cuja meta imediata é o rigor terminológico<sup>548</sup>. Mais recentemente, contudo, parcela relevante dos estudiosos abandonou o conceito de fato gerador, enquanto fato jurídico tributário, relegando-o à condição de um mero evento, jurídica e tributariamente irrelevante.

Se *Isenções tributárias* é caracterizada pelo estudo estritamente jurídico-normativo, também apresenta outra característica fundamental do pensamento justributário brasileiro: **a teoria geral do direito é, nessa obra, pela primeira vez, uma influência fundamental na teorização de mestre SOUTO**. O autor adota a teoria geral do direito de matriz kelseniana, conjugada à de PONTES DE MIRANDA – outro grande influenciador da produção da doutrina tributarista, em geral, e de JOSÉ SOU-

<sup>546</sup> Cf. Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 120; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 143.

<sup>547</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 121; **Isenções...**, *op. cit.*, p. 180; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 153; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 145 e 181; À guisa..., *op. cit.*, p. 12; AMÍLCAR FALCÃO, **Fato...**, *op. cit.*, p. 5; DINO JARACH, **O fato...**, *op. cit.*, p. 39.

<sup>548</sup> Sobre a ambiguidade, cf., dentre outros, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, À guisa..., *op. cit.*, p. 12-13; **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 128; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 137; GERALDO ATALIBA, **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 58-68; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 273-276; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**, p. 61-62.

TO MAIOR BORGES, em particular, até os dias de hoje – embora, parcialmente, abandonada pelo dualismo entre fato e evento. Sua argumentação segue rente à teoria geral do direito: para tratar da isenção, por exemplo, o mestre não abre mão de rever, antes, conceitos de teoria geral do direito, como o de “incidência”; porque, conforme seu diagnóstico de 1969, “*No campo do direito tributário poucos assuntos foram tratados com tanta superficialidade teórica como o da incidência*”<sup>549</sup>. Embora tratado, normalmente, pelo direito privado, o conceito de incidência, explica SOUTO, é conceito de teoria geral do direito – a despeito de construído, por PONTES, no âmbito do direito privado, dado o maior desenvolvimento desse ramo da ciência jurídica<sup>550</sup>. Atualmente, a doutrina tributarista assumiu, e de modo expresso, a tarefa de enriquecer a teoria geral do direito<sup>551</sup>. Porém, a maneira como esse recurso à teoria geral do direito é feito sofrerá, depois, a crítica, dura e procedente, de mestre SOUTO. O autor, depois, explicou como esse recurso deve ser feito, desvelando o lugar que a teoria geral tem no estudo jurídico, e a função que nele exerce, abrindo uma clareira para os estudos jurídicos posteriores; sua crítica, no entanto, foi pouco compreendida, e raramente é levada em consideração. Ela será, em seguida, retomada.

*Isenções tributárias* tem tanta importância dentre os escritos de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES que, em enumeração de suas próprias obras, referiu-a como a primeira<sup>552</sup>. Ganhou importantes qualificações: GERALDO ATALIBA tem-no por “excelente”; PAULO DE BARROS CARVALHO qualifica-o como “clássico”. ARNALDO BORGES, trinta e cinco anos após sua publicação, disse ser “...a obra-prima do direito tributário brasileiro nos últimos trinta e cinco anos”<sup>553</sup>. Na primeira edição, o autor ainda aparece qualificado na forma dos livros anteriores. Na segunda edição, de 1980, já é, além de advogado, professor de direito tributário no curso de mestrado da Faculdade de Direito da UFPE e da Escola de Administração Fazendária – ESAF, em Brasília. **Isso demonstra a rapidez com que o direito tributário adquiriu relevância acadêmica, nos anos 1970**, além da rapidez da evolução acadêmica do autor: num

<sup>549</sup> *Isenções...*, *op. cit.*, p. 176; *Isenções...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 149; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>550</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. 180 e 192; p. 154 e 165; p. 182 e 192.

<sup>551</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in TÁREK MOYSÉS MOUSSALÉM, *Revogação...*, *op. cit.*, p. XV.

<sup>552</sup> Cf. *O contraditório...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>553</sup> GERALDO ATALIBA, *Estudos...*, v. 2., *op. cit.*, p. 91; PAULO DE BARROS CARVALHO, Alfredo..., *op. cit.*, p. 26; ARNALDO BORGES, Souto..., *op. cit.*, p. 24.

espaço de onze anos, o então professor de finanças públicas da faculdade de ciências econômicas passa a ser apresentado como professor de direito tributário no curso de mestrado da faculdade de direito.

### 3.2.4 *Imposto sobre serviços (1974)*

*“...a ciência é um patrimônio comum da humanidade”<sup>554</sup>*

Embora seja, normalmente, catalogada entre os livros de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Imposto sobre serviços é uma transcrição das notas taquigráficas do seminário realizado em 29 de outubro de 1973, na PUC/SP*, e publicada no ano seguinte. A exposição coube a SOUTO, e ocupa o primeiro terço da publicação. Os outros dois terços são compostos pelos debates, dos quais participam, além do próprio expositor, importantes juristas da época<sup>555</sup>.

Também é texto que, mediante metodologia jurídico-positivista, intenta fixar conceitos e definir regimes jurídicos, **situando-se na fase de criação do direito tributário no Brasil**. A relevância da disciplina constitucional é anunciada logo de início<sup>556</sup>. Ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA que estudos jurídico-tributários que se debruçam, predominantemente, sobre a legislação infraconstitucional, pecam por orientação cientificamente equivocada<sup>557</sup>. GERALDO ATALIBA, nos debates que integram o livro, é incisivo: “...*não vamos resolver o problema de direito constitucional, invocando a lei ordinária. Vamos fingir que não existe lei ordinária nenhuma. Não vi, até hoje, alguém que estudando lei ordinária conseguisse resolver bem um problema de direito constitucional. Vamos esquecer, absolutamente, a lei ordinária*”<sup>558</sup>. A preocupação com o Imposto sobre Serviços, em seu estatuto constitucional, demonstra estar,

<sup>554</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. 80; Obrigações..., 2. ed., *op. cit.*, p. 90.

<sup>555</sup> São eles: FÁBIO MONTEIRO DE BARROS, PEDRO LUCIANO MARREY JR., YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, EDUARDO D. BOTALLO, FRANCISCO OCTÁVIO DE ALMEIDA PRADO, MARCO AURÉLIO GRECO, ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, CLEBER GIARDINO e GERALDO ATALIBA, o coordenador do evento.

<sup>556</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Imposto...*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>557</sup> Cf. Imposto sobre produtos industrializados: uma águia garciamarquiana entre os tributos, in EURICO DINIZ DE SANTI, FERNANDO AURÉLIO ZILVETI e ROBERTO QUIROGA MOSQUERA (coord.), **Tributação das empresas**, p. 175.

<sup>558</sup> Debates, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Imposto...*, *op. cit.*, p. 36.

a doutrina, a tentar uma adequada compreensão do sistema tributário brasileiro, na tentativa de superar o direito tributário invertebrado, em direção a uma situação de segurança, controle e estabilidade.

### 3.3 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, o desenvolvimento da disciplina e o aprofundamento teórico

#### 3.3.1 *Lei complementar tributária* (1975)

*“Sustentamos ser a criatividade um produto da intuição que se manifesta de regra na juventude...”<sup>559</sup>*

Aos primeiros livros que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES fez publicar, seguem-se outros dois, que podem ser agrupados em virtude de certas características em comum. Eles representam, mesmo na continuidade, um rompimento com a produção teórica anterior: *Lei complementar tributária* (1975) e *Lançamento tributário* (1981). **Essas obras caracterizam-se pelo aprofundamento teórico, em densidade bastante superior às anteriores.** O recurso à teoria geral do direito é incrementado em quantidade e em qualidade, com o que a ciência do direito tributário experimenta um desenvolvimento, até então, inédito. Nesse recurso e nesse aprofundamento, tem paralelo com outras obras escritas na mesma época, como as de GERALDO ATALIBA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECO e SACHA CALMON NAVARRO COELHO<sup>560</sup>.

***Lei complementar tributária* é uma obra que marca uma mudança relevante de estilo nos trabalhos monográficos de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.** O texto revela uma argumentação muito mais precisa e rigorosa, em uma linguagem, à mesma medida, mais incisiva e contundente, certa e, até mesmo, ferina. O rigor no tratamento das proposições teóricas, desse ponto em diante, intensifica-se sobremaneira, destacando-se o alto padrão de exigência soutiano, extraordinariamente elevado, e

<sup>559</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 194.

<sup>560</sup> GERALDO ATALIBA, **Hipótese...**, *op. cit.*, de 1973; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Teoria...**, *op. cit.*, de 1974; MARCO AURÉLIO GRECO, **Norma jurídica tributária**, de 1974; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, **Teoria Geral do tributo e da exoneração tributária**, de 1982.



bastante referido<sup>561</sup>. Em relação aos anteriores, o livro já compreende um número bem menor de citações e referências. Constitui-se, afirma seu autor, em síntese de suas aulas, em 1973, no Curso de Mestrado em Direito da UFPE<sup>562</sup>. O desenvolvimento dos cursos de pós-graduação em direito, no Brasil, na época em que o livro foi escrito, contribuiu decisivamente para o amadurecimento da ciência do direito tributário<sup>563</sup>.

**Surge, como destinatária de suas críticas mais severas, a mais combatida adversária intelectual de mestre SOUTO: a “doutrina”.** A partir dessa obra, o autor, muitas vezes, ao tecer suas sempre duras, ásperas e implacáveis críticas a posicionamentos teóricos, deixa de indicar os responsáveis por eles, referindo-se apenas à “doutrina” – às vezes adjetivada: respeitável, tradicional *etc.* Isso encontra sua razão de ser: para SOUTO, quem sofre a crítica é a ciência, o argumento, a proposição teórica, mas nunca a pessoa de seu autor. O conhecimento científico, uma vez posto, se desgarrar de seu introdutor, passando a ser patrimônio comum da humanidade.

ARNALDO BORGES, que faz análise da produção teórica de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES tendo outros pressupostos e outros objetivos, inclui o *Lei complementar tributária* no primeiro grupo; contudo, ressalta que, nele, “...a tradição na qual se moveu seu autor já está bem mitigada. Os sinais de mudança de rumo na perspectiva filosófica do autor são visíveis”<sup>564</sup>. Essa mudança, para os propósitos desta tese, justifica deslocar esse livro para o segundo grupo: ele avança, decididamente, no tratamento do direito tributário sob o ponto de vista do direito constitucional e da teoria geral do direito. Toda a argumentação encontrada na obra é empreendida com apoio na teoria geral do direito, principalmente na teoria pura kelseniana; e, no plano do direito positivo brasileiro, referida, em sua maior parte, aos textos constitucionais. Nesse livro, inclusive por imposição temática, quase todos os argumentos têm raiz na constituição, isso quando nela não se esgotam. **Se esses referenciais já estavam presentes na produção soutiana anterior, eles passam a ter, agora, uma importância central.** A inexistência de hierarquia entre União, estados e municípios, por exemplo, é

<sup>561</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, afinal..., *op. cit.*, p. 606; **Medidas provisórias em matéria tributária: as catilnárias brasileiras**, p. 241.

<sup>562</sup> **Lei...**, *op. cit.*, p. XIII. Tema conexo houvera sido tratado pelo autor em 1972, no III curso de especialização em direito tributário da PUC/SP – cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Normas gerais de direito tributário, in GERALDO ATALIBA (coord.), **Elementos...**, *op. cit.*, p. 121-172.

<sup>563</sup> Cf. WAGNER BALERA, As obrigações..., *op. cit.*, p. 281.

<sup>564</sup> Souto..., *op. cit.*, p. 29.

defendida com base na nomodinâmica, que KELSEN busca em ADOLF MERKL, e no conceito de fundamento de validade<sup>565</sup>. A mesma teoria é utilizada para refutar a superioridade hierárquica necessária da lei complementar em face da lei ordinária, demonstrando sua eventualidade: “*Essa indagação encontra, neste como em tantos outros pontos, a melhor resposta na doutrina de inspiração kelseniana, que colocou o problema da formação do direito por graus hierárquicos em termos científicos rigorosos*”<sup>566</sup>. Além disso, refere-se aos âmbitos de validade das normas – outro conceito de KELSEN – de que se vale, inclusive, para afastar, no particular, o critério de GERALDO ATALIBA, relativo aos destinatários da lei complementar, precisamente porque não adota formulação kelseniana. É ainda kelseniano o fundamento utilizado para tratar do tema da irrevogabilidade do Código Tributário Nacional por lei ordinária. Também, a caracterização do lançamento tributário, como um ato de aplicação do direito, é feita, nesse livro e no seguinte, com base nos conceitos de KELSEN. Para caracterizar o lançamento como ato de aplicação da lei tributária, o recurso à teoria geral do direito mostra-se, a SOUTO, como imprescindível<sup>567</sup>. Nas categorias com as quais trabalha PAULO CALIENDO, pode-se dizer que SOUTO deixou um pensamento jurídico conceptualista, entregando-se a uma ciência normativista<sup>568</sup>.

Outra nota em direção a um tratamento dogmático mais rigoroso é que, modificando sua forma de trabalho, o SOUTO do *Lei complementar tributária repudia a consideração doutrinária dos trabalhos preparatórios de elaboração legislativa*, agora inaptos a definir a melhor interpretação do direito. A opinião dos preparadores da legislação já não condiciona a interpretação do direito posto<sup>569</sup>. O direito positivo é o objeto de estudo, de orientação descritiva; a teoria geral do direito faz parte do arsenal metodológico que orienta esse estudo. A epistemologia kelseniana e a separação entre ser e dever-ser, que têm como corolário a prescrição ao cientista do direito de um trabalho descritivo e explicativo do direito positivo, que integram a metodologia de trabalho da doutrina tributarista desde BECKER, orientam SOUTO, nesse trabalho, mais acentuadamente. Considera-se, para a teorização jurídica, a compreensão e a

<sup>565</sup> Cf. **Lei...**, *op. cit.*, p. 8-15.

<sup>566</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>567</sup> Cf. *ibidem*, p. 67 e 79, n. 29; 101 e 105.

<sup>568</sup> Cf. **Direito...**, *op. cit.*, p. 19-22 e *passim*.

<sup>569</sup> Cf. *ibidem*, p. 4-5.

aplicação de um referencial teórico determinado, com coerência e rigor. Essas teses tiveram ampla repercussão jurisprudencial, e até os dias atuais encontram aplicação pelo Supremo Tribunal Federal<sup>570</sup>. No livro, SOUTO é apresentado, por ATALIBA, já em 1975, como professor da faculdade de direito e da pós-graduação da UFPE, professor convidado da PUC/SP e membro do Conselho dos Cadernos de Direito Tributário da Revista de Direito Público.

### 3.3.2 *Direito tributário moderno* (coord., 1977)

*“Quem é propenso a defender intolerantemente suas próprias teorias – ou, num giro subjetivista, as suas convicções pessoais, as suas opiniões – já se demitiu, sem o saber, da comunidade científica”*<sup>571</sup>

Embora não escreva na obra, é interessante mencionar o livro *Direito tributário moderno*, que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES coordena. **Trata-se de coletânea de artigos referentes à sua disciplina, no curso de mestrado em direito da UFPE.** Só por isso já é interessante referi-la, dada a relevância dos cursos de pós-graduação para o desenvolvimento do direito tributário brasileiro. Também, demonstra a evolução acadêmica da disciplina nos anos 1970. Os temas tratados pelos autores – incidência e interpretação da norma jurídica, lei complementar, isenções e imposto sobre serviços – e a forma de enfrentamento, são característicos da época, o que torna o título bastante sugestivo: o desenvolvimento da ciência como hoje a conhecemos deu-se naquilo que, hoje, denominamos época “moderna”. Trata-se, sem dúvida e nesse sentido, de um direito tributário “moderno”. Seu aspecto conjunto remete a uma comunidade de comunicação, sempre pressuposta em qualquer argumentação, inclusive científica.

---

<sup>570</sup> Como, por exemplo, nos julgamentos pela constitucionalidade da revogação, pela Lei n. 9.430/1996, da isenção concedida por meio da Lei Complementar n. 70/1991, nos Recursos Extraordinários n. 377.457 e 381.964, julgados, respectivamente, em 2011 e 2008 – disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2102312>> e <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2107686>>, acesso em 23/06/2011.

<sup>571</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 86; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 94.

### 3.3.3 Lançamento tributário (1981)

“...libertando-se de um sincretismo metodológico que é hoje repudiado por todos os setores científicos de maior respeitabilidade, o Direito Tributário assume a dignidade de uma ciência rigorosa”<sup>572</sup>

Seis anos após o lançamento do *Lei complementar tributária*, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES lança novo livro. **Lançamento tributário foi, originalmente, escrito como o volume IV do Tratado de direito tributário brasileiro**, coleção idealizada por ALIOMAR BALEEIRO e coordenada por FLÁVIO BAUER NOVELLI. Trata-se de coletânea concebida para conter treze volumes, o segundo deles dividido em dois tomos, totalizando quatorze trabalhos. Cada trabalho analisaria um campo específico do direito tributário, e os volumes seriam escritos por alguns dos mais eminentes tributaristas brasileiros<sup>573</sup>. As pretensões enciclopédicas do empreendimento indicam confiança na plenitude do trabalho científico sério e comprometido. Dos temas propostos, coube a SOUTO tratar do lançamento tributário.

A ordem dos organizadores era assegurar liberdade aos autores, tanto de opinião, quanto de método<sup>574</sup>. Essa liberdade metodológica, e essa felicíssima atribuição a JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES do tema “lançamento tributário”, trouxe à doutrina brasileira, talvez, mundial, **o trabalho mais profundo e consequente na aplicação da teoria pura do direito ao direito tributário**. As considerações que SOUTO fizera acerca do lançamento, no *Lei complementar tributária*, são um prelúdio daquilo que se configura, seguramente, como o fastígio do kelsenismo na carreira do autor e, mesmo, em toda a teoria do direito tributário. Referir passagens nas quais a argumentação de

<sup>572</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XIV; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>573</sup> Eram eles, além de SOUTO: RUY BARBOSA NOGUEIRA, CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, RICARDO LOBO TORRES, ALBERTO XAVIER, FLÁVIO BAUER NOVELLI, CELSO CORDEIRO MACHADO, THEODORO NASCIMENTO, JOÃO BAPTISTA MOREIRA, PAULO DE BARROS CARVALHO, ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, J. E. MONTEIRO DE BARROS, GERALDO ATALIBA, AIRES FERNANDINO BARRETO e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Na concepção inicial, ALIOMAR BALEEIRO incumbir-se-ia do volume II, relativo ao direito constitucional tributário e às espécies tributárias. Falecido o idealizador, coube a CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES e a RICARDO LOBO TORRES dividir o tema. O último volume, atribuído posteriormente a JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, cujo tema é a justiça na cobrança de tributos, não constava da primeira elaboração do tratado. Quando foi publicado esse volume IV, por SOUTO, apenas o volume VII, assinado por THEODORO NASCIMENTO, houvera sido publicado, em 1977. Sobre isso, cf. FLÁVIO BAUER NOVELLI, Nota dos editores, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. VII-VIII.

<sup>574</sup> Cf. FLÁVIO BAUER NOVELLI, Nota..., *op. cit.*, p. VIII.

estilo kelseniano é identificável, nessa obra, implicaria transcrevê-la quase que da primeira à última linha. A impressão de ARNALDO BORGES é a de que não há aplicação da teoria pura, no mundo todo, que chegue aos pés do *Lançamento tributário*, nem no direito tributário, nem onde for<sup>575</sup>. Mestre SOUTO, nesse livro, elege um referencial teórico, que aceita como confiável, e aplica-o à realidade estudada, até às últimas consequências. Quem trabalha assim está sujeito à obtenção de um desses resultados: ou o referencial se mostra aproveitável, dando conta de iluminar a solução dos problemas que se apresentam, ou ele cede por inoperância. A obra, então, sintetiza dois pontos fundamentais do proceder doutrinário: o apoio na teoria geral do direito e no kelsenismo. Tendo um único referencial, já descabe valer-se de bibliografia mais vasta. ARNALDO BORGES registra que, nessa obra, o acúmulo de conhecimento implicou diminuição, em proporcionalidade inversa, no número de citações: “*Dispensou-se o Autor da exibição gratuita de erudição, de que ele não precisa*”<sup>576</sup>. Aí está SOUTO a selecionar, com rigor cada vez mais elevado, aqueles com quem dialoga. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, em correspondência pessoal, explicou que “...*mestre Souto não faz concessões ao citar e não cita por amizade*”<sup>577</sup>.

O preâmbulo à obra, cronologicamente falando, é **a primeira crítica epistemológica não aplicada** que é possível verificar na trajetória intelectual de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES<sup>578</sup>. Mas também há críticas aplicadas: nela verifica-se o inconformismo de SOUTO com a existência, e insistência, de um discurso único e repetitivo na doutrina tributarista, refugiado em suas conquistas – diria ele próprio, mais tarde: encastelado em suas vitórias parciais<sup>579</sup>. Nesse sentido, ele é um prelúdio da primeira crítica vigorosa que SOUTO fará, direta e explicitamente, a alguns dos pressupostos epistemológicos capitais da sua escola, no *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. Trata-se de duro golpe, que está ainda muito longe de ter sido assimilado, sequer parcialmente.

---

<sup>575</sup> Cf. Apresentação..., *op. cit.*, p. 14.

<sup>576</sup> ARNALDO BORGES, Apresentação..., *op. cit.*, p. 16.

<sup>577</sup> Correspondência eletrônica de 17 de junho de 2007, Dia de S. Gregório Barbarigo, como registra o remetente, em seu estilo pessoal característico.

<sup>578</sup> Cf. Preâmbulo, in *Lançamento...*, *op. cit.*, p.XIII-XVIII; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 31-35.

<sup>579</sup> Cf. *Lançamento...*, *op. cit.*, p. XV; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

*Lançamento tributário* é a última obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES a aplicar um referencial teórico previamente dado a um campo dogmático do direito tributário. Já em 1981, há trinta anos, essa via estava, para ele, encerrada. Justifica-se a interrupção: quinze anos depois do seu primeiro livro publicado, o que havia para ser feito, em termos de arrumação conceitual e delimitação temática, no âmbito do direito tributário, estava concluído. Dali por diante, seria repisar os mesmos argumentos, andar em círculos, como um cão a correr atrás do próprio rabo. Já nenhum progresso mais adviria da aplicação repetitiva dos mesmos métodos. A delimitação do objeto e do método de estudo, e a definição dos seus institutos capitais, era problema já resolvido. Aprofundar-se no rigor terminológico descritivo do direito tributário, tanto de seus conceitos, quanto de suas normas, era algo já encerrado, para SOUTO, três décadas atrás. Cumpria ir muito adiante.

Curiosamente, quando se aventura a enfrentar a complexidade do direito comunitário, mestre SOUTO retoma os fundamentos kelsenianos, aplicando, embora não mais exclusivamente, sua teoria geral, para a compreensão do novo objeto de estudo. É que, outra vez, trata-se de fundar uma disciplina nova. O que fora feito com o direito tributário, décadas antes, foi retomado em relação ao direito comunitário.

O autor é qualificado, na edição original de 1981, como professor de direito tributário nos cursos de mestrado da faculdade de direito da UFPE e da ESAF, em Brasília.

### 3.4 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, o impasse e as clareiras: *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)* (1984)

#### 3.4.1 A obra

“...obra de epistemologia jurídica aplicada no campo do direito tributário”<sup>580</sup>

Após anos de trabalho intenso e extenso na dogmática do direito tributário, mestre SOUTO percebeu, acuradamente, que **a argumentação teórica revelava gra-**

---

<sup>580</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 343.

**ves deficiências de formação metodológica:** de um lado, era repleta de afirmações teóricas com pretensões de profundidade e verdade que, contudo, careciam de fundamento empírico; de outro lado, insistia-se em questões de palavras, despidas de relevância prática, e sem significação teórica relevante, e nelas permanecia-se longamente, fazendo do discurso científico algo monótono, difícil e pouco útil, que vale apenas para ele próprio.

O problema estava identificado. Esgotada a dogmática tributarista, a opção de continuidade no trabalho intelectual foi tentar estabelecer formas seguras para o controle da racionalidade do discurso doutrinário. **O resultado dessa opção foi a segunda grande obra de epistemologia jurídica no campo tributário brasileiro:** o livro *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. Além da *Teoria geral*, de BECKER, nenhuma outra obra dessa envergadura há, na escola soutiana. Como a *Teoria geral*, a obra de mestre SOUTO destinou-se a redirecionar a atitude da comunidade jurídico-científico-tributária: ela também percebe o impasse e abre uma clareira na floresta doutrinária. Mas com algumas diferenças fundamentais: se a obra de BECKER foi escrita levando em consideração os clássicos do direito tributário, da filosofia do direito e da teoria geral do direito, a obra de SOUTO foi escrita levando em consideração a obra de um dos filósofos e epistemólogos mais importantes do século XX, KARL RAIMUND POPPER. Se a obra beckeriana visa imprimir racionalidade jurídica aos tributaristas, a obra soutiana intenta incutir-lhes racionalidade epistemológica.

**O objetivo principal do livro é a crítica epistemológica à doutrina tributarista.** Não se questionam as concepções tributárias; independentemente dos méritos, o que se empreende é o controle da racionalidade científica desses enunciados, assumindo-se os critérios de cientificidade empiristas de POPPER. Nessa obra, por exemplo, pouco importa definir se todas as obrigações são ou não patrimoniais; todo o interesse está em saber se uma afirmação, como “toda obrigação é patrimonial”, é racional sob o ponto de vista científico. SOUTO chega à conclusão de que não é: nem essa, nem muitas outras. Justamente essa deficiência de formação epistemológica dos cientistas do direito tributário permite-lhes sustentar teses doutrinárias insuscetíveis de controle empírico, e, portanto, despidas de racionalidade científica. Por isso, SOUTO diagnosticava um grave subdesenvolvimento da teoria tributária, que estava atrasada e defasa-

da, impondo uma reversão metodológica<sup>581</sup>. A obra recebeu importantes qualificações: PAULO DE BARROS CARVALHO tem-na como “...seríssima e profunda...”; WAGNER BALERA refere-a como “...obra fundamental...” e “...referência obrigatória para a doutrina...”; ARNALDO BORGES destaca que, nesse livro, “...a ousadia intelectual do Professor Souto é desconcertante”<sup>582</sup>.

É por isso que, assim como *Isenções* e *Lançamento*, cada uma a seu modo, *Obrigação tributária* é uma obra ímpar na doutrina tributarista nacional. *Lançamento*, por ser a primeira e única aplicação exaustiva do kelsenismo a um campo do direito tributário; *Isenções*, por ser a primeira a tratar, de forma monográfica, de seu tema central; *Obrigação*, por ser **a única obra jurídica dedicada, exclusivamente, à aplicação de uma crítica de epistemologia geral ao estudo científico do direito tributário**. Desconhece-se outra obra com essa intenção declarada e, muito menos, que tenha chegado a resultados tão expressivos, o que evidencia sua heterodoxia, atitude tão cara a mestre SOUTO.

E por que tratar da obrigação tributária? Esclarece-o SOUTO: dada a forma de argumentação a respeito dos atributos supostamente essenciais da obrigação, **difficilmente haveria exemplo melhor para denunciar a precariedade dessas afirmações e propor outra maneira de argumentar**<sup>583</sup>. Exemplo ou, mais propriamente, pretexto: a obrigação tributária é um mero pretexto, decerto plenamente cabível, para examinar a fecundidade e a confiabilidade dos critérios metodológicos que subjazem à argumentação doutrinária. Diante da precariedade dos enunciados com pretensão científica de então, *Obrigação tributária*, necessário e oportuno, foi um verdadeiro presente para a doutrina tributarista – que, lamentavelmente, não pensou esse livro em tudo o que nele havia para ser pensado e, muito menos, pensou para além dele, permanecendo a emitir proposições teóricas enfermas das mesmas moléstias cujo remédio já fora ministrado há quase três décadas. ALFREDO AUGUSTO BECKER, cético colecionador de silêncios, já o previra; o próprio SOUTO também já se mostrava, desde o início,

<sup>581</sup> Cf. Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, *Sistema...*, *op. cit.*, p. XLI; *Obrigação...*, *op. cit.*, p. X; *Obrigação...*, *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>582</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO, *Obrigação tributária acessória*, p. 10; WAGNER BALERA, *As obrigações...*, *op. cit.*, p. 282; ARNALDO BORGES, *Souto...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>583</sup> GERALDO ATALIBA é um dos que sustenta a patrimonialidade e a transitoriedade como características essenciais da obrigação – cf. *Elementos...*, *op. cit.*, p. 58.



algo descrente, considerando a possibilidade de que suas propostas não fossem, ao menos de imediato, levadas em consideração, e, muito menos, submetidas à desejável crítica<sup>584</sup>. Consideradas foram, embora raramente, e, em geral, de forma superficial e inconsequente; fortemente criticadas, ao que se sabe, jamais. Mas cumpre sempre retomá-las, porque, diante da crítica ao repetitivo, abrem possibilidades de trabalho. Em tempos de discurso uniformemente moldado, de análises lógico-semânticas em profusão, de produções acadêmicas fardianamente automatizadas e padronizadas, esse alerta mantém sua importância. Os impasses mais relevantes percebidos pelo autor, e as clareiras para o pensamento que suas denúncias promovem, serão, agora, expostos.

### 3.4.2 A tendência para o repetitivo e a reflexão epistemológica

*“A doutrina atual do Direito perde-se (e frequentemente isso ocorre) no burburinho do palavreado oco; na disputa pela mera primazia de enunciados doutrinários; na sofreguidão da afirmação pessoal; no brilho transformado em objeto de idolatria. converte o que se diz em letra de fôrma num mero pretexto para o consumo de leitores inexperientes (presas fáceis do aventureirismo intelectual e de ganhos editoriais favorecidos pela ignorância). A publicação de livros degrada-se num instrumento de ascensão social de autores inautênticos. O magno preço desses descaminhos é a instauração da própria indigência do pensar. O toque de retirada para o pensar autêntico” [sic]<sup>585</sup>*

**O primeiro problema que, no *Obrigação tributária*, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES percebe, é uma tendência a teorias repetitivas.** Essa crítica aparece já nas primeiras linhas do prefácio do livro, que diagnostica: embora a renovação dos procedimentos fosse necessária e oportuna, a doutrina permanecia a repetir-se. Aquilo que já houvera sido considerada a última palavra de uma teoria moderna inovadora, permanecia sendo dito, como se nada pudesse contribuir para sua evolução. Nenhuma novidade teórica<sup>586</sup>. A crítica corrobora o que foi dito a respeito da evolução teórica de

<sup>584</sup> Cf. *Presença...*, *op. cit.*, p. 17-18; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 165-166; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 215; *Obrigação...*, *op. cit.*, p. X; *Obrigação...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 16.

<sup>585</sup> *O contraditório...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>586</sup> Cf. *Obrigação...*, *op. cit.*, p. VII; *Obrigação...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 13.

mestre SOUTO: após o *Lançamento tributário*, já não cabia mais, no direito tributário, insistir na descrição conceptual dogmática. Isso já fora feito. Era necessário ir além, mas a imobilização persistia: por mais diversos que sejam os temas tributários, por mais rica que seja a temática das relações entre estado e contribuinte, o discurso seguia o mesmo rumo já sedimentado. Os estudiosos permaneciam a trabalhar no método cujos resultados já teriam sido confirmados como positivos. Não se aventuravam nem a reavaliar seus próprios procedimentos, talvez temendo perceber sua precariedade; nem a buscar outras vias, talvez temendo as dificuldades, ou se verem obrigados a desdizer o anteriormente afirmado.

Esse arriscar-se à crítica do estabelecido e à busca de novos caminhos é, no entanto, algo imperativo na ética epistemológica soutiana. Para isso, **é preciso trabalhar, decididamente, com ousadia teórica**. Claro que isso implica, sempre, a proximidade do erro. Daí a necessidade de que o cientista aprenda a trabalhar com ele. Na obra seguinte, *Ciência feliz*, mestre SOUTO desenvolverá melhor esses temas.

Mas **o esgotamento da dogmática jurídica tributária já aparece, claramente, no Obrigação**. Insistir na importação de teorias civilistas para o estudo do direito tributário, por exemplo, não traria evolução alguma a essa disciplina. SOUTO declarou-se cético a qualquer estudo da obrigação tributária que permanecesse na repetição dogmática. Essa forma de estudo já tinha esgotado seu potencial. Outra via teórica era necessária.

O caminho alternativo, diz SOUTO, demandava ir além das especializações científicas. Além, por exemplo, do direito tributário enquanto campo de especialização teórica. E, dentre os vários e ricos rumos que se apresentam a quem decide por deixar o isolamento disciplinar, SOUTO optou por dedicar-se ao estudo da epistemologia, notadamente a popperiana. Dizia: o direito tributário, enquanto especialização disciplinar, pode falar sobre seu objeto, o direito tributário positivo. Mas não pode, com legitimidade, manifestar-se sobre si próprio, aplicando-se, a si mesmo, as categorias metodológicas que utiliza para descrever o direito positivo. Porque, nessa segunda pretensão, o critério de racionalidade aplicável é outro: não mais o jurídico-tributário, e sim o epistemológico. Para criticar o argumento científico, somente um discurso que

se poste diante da ciência e a ela lance seu confrontar: a epistemologia<sup>587</sup>. É preciso atingir o nível das reflexões que pensam a própria ciência. Há, na doutrina tributarista, sérias tentativas de definição a respeito do que é a ciência do direito, e, mais estritamente, a ciência do direito tributário. Porém, a legitimidade para esse dizer depende de considerar, com desenvoltura, as dificuldades já apontadas no pensamento que tem a ciência por objeto: a epistemologia. Dela, nada era dito, o que motivou **o novo rumo que mestre SOUTO passa a seguir: a reflexão epistemológica**. Seu fundamento para sustentar as possibilidades e os limites da dogmática jurídica não é de ordem política, nem ideológica, nem histórica, nem sociológica. Do livro *Obrigação tributária* em diante, é epistemológico. SOUTO não enfrenta o problema político, cogitando do respeito às decisões do poder legislativo; nem o jurídico-filosófico, a pensar se justo será, sempre e apenas, o direito positivo; nem questões metafísicas, como no direito natural. Hipóteses metafísicas, como a do legislador racional, são desnecessárias e impertinentes ao pensamento soutiano. O problema é de outra ordem: é epistemológico. Quando o assunto é ciência do direito, seus principais interlocutores, dentre outros, passam a ser GASTON BACHELARD, THOMAS KUHN, HENRI POINCARÉ, PAUL KARL FEYERABEND e, notadamente, KARL POPPER. Aqueles que lhe fornecem argumentos, nesse campo, não são os juristas, nem os filósofos do direito, nem os historiadores do direito, e muito menos os diversos dogmáticos ou os críticos. São os epistemólogos, os pensadores da ciência.

Não é novidade dizer que a atribuição do caráter “científico” à proposta teórica impinge-lhe uma áurea de invulnerabilidade. GERALDO ATALIBA, por exemplo, demonstra sua confiança na superioridade da ciência:

Efetivamente, quem não dominar plenamente os critérios científicos que permitem determinar exatamente o regime jurídico dessas leis, não pode pretender aplicar corretamente a legislação ordinária, quer federal, quer estadual, quer municipal. Menos ainda, pode interpretar e aplicar adequadamente as regras e princípios pertinentes<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> Prefácio..., in JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO, **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 11-15. Cf., também, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 11. AMÉRICO LACOMBE vale-se das categorias *Shuld (debitum)* e *Haftung (obligatio)*, cujo uso é criticado por SOUTO, em **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 76 *et seq.*

<sup>588</sup> Prefácio, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lei...**, *op. cit.*, p. XI.

Expressões, hoje, sabidamente incabíveis para qualificar a ciência, como “dominar plenamente”, “determinar exatamente” e “aplicar corretamente”, demonstram-no. Mas, **para argumentar com pretensões científicas, é importante compreender o que se pensa a respeito da própria ciência.** *Obrigação tributária* demonstra isso à exaustão. E, ainda, também leciona que o conhecimento científico é sempre provisório. E se é provisório, é substituível. Por isso, chega mesmo a afirmar – em lição surpreendente, à primeira vista – que o destino mais elevado, para uma teoria científica, é a sua refutação<sup>589</sup>.

Além do esgotamento da dogmática e do necessário abandono do repetitivo, uma clareira importante que *Obrigação tributária* proporciona é a seguinte: diante do discurso teórico, cumpre, antes de adotá-lo como a quintessência da verdade científica, expô-lo a rigorosa crítica epistemológica. **A epistemologia funciona como uma instância de controle da racionalidade do discurso dogmático.** Nada de acreditar na proposta teórica em virtude do prestígio daquele que a expõe, nem de se deixar levar pela aparência de rigor argumentativo. É preciso testar, crítica e pacientemente, a consistência das proposições. Mas há, nisso, uma exigência prévia: o domínio da epistemologia. Eleva-se a chance de fazer boa ciência à medida que cresce o conhecimento da epistemologia.

### 3.4.3 A preocupação de rigor terminológico e seus problemas

#### 3.4.3.1 As questões de palavras

*“Divergências terminológicas, entretanto, embora pertinentes... terão menor importância no confronto com a necessidade de uma compreensão suficientemente nítida da disciplina aplicável a uma determinada categoria jurídica”*<sup>590</sup>

Outra crítica pertinente, ainda não assimilada, é a seguinte: **não se deve sobrepor questões de palavras aos problemas enfrentados, diariamente, por todos os que estão submetidos ao direito tributário.** No prefácio ao *Obrigação tributária*,

<sup>589</sup> Curso..., *op. cit.*, p. XL.

<sup>590</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. 243; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 225.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES critica, sobre a doutrina tributarista em geral, sua concentração na definição exata do único sentido das palavras que integram o direito positivo<sup>591</sup>. Tão grave ou mais, porém, é a discussão a respeito das palavras com que a doutrina constitui seu próprio discurso metalinguístico<sup>592</sup>. Discute-se não a correção da teoria, sua conveniência, oportunidade, utilidade ou legitimidade, mas a exata adequação das palavras utilizadas para compô-la. E, já voltado a essa segunda questão de palavras, mestre SOUTO critica a sobreposição da precisão verbal, decerto desejável, aos problemas reais. Em vez de viabilizar soluções para problemas práticos, os estudiosos discutem entre si, a respeito da correção das palavras que utilizam<sup>593</sup>. Ou, noutra giro: gasta-se mais tempo com questões semânticas que pragmáticas.

O estudioso deve preocupar-se em não dar exclusividade a debates pouco úteis, que o podem fazer se desvincular da vida concreta daqueles que estão às voltas com o direito e suas obrigações e sujeições. Embora isso possa, talvez, satisfazer certa vaidade intelectual, deixa de atender às necessidades daqueles que estão sujeitos ao direito. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES trata a questão da denominação “obrigação”, presente no artigo 113, § 2.º, do Código Tributário Nacional<sup>594</sup>. Definir se o melhor nome é “obrigação” ou “dever” é importante apenas se essa discussão trouxer consequências ao regime jurídico das obrigações acessórias: **no direito, as questões semânticas são relevantes apenas se forem determinantes para a sua reta e justa interpretação e a aplicação.** Não sendo, nomear essa obrigação como “dever” é questão terminológica incapaz de fornecer soluções para a realidade jurídico-social.

Ao assumir as concepções neopositivistas, a doutrina tributarista passou a enunciar, como tarefa sua, a criação de uma linguagem rigorosa, que descrevesse de forma verdadeira e unívoca o ordenamento jurídico posto. **Daí a necessidade de uma precisão terminológica cada vez mais refinada.** É possível verificá-lo. Na teorização a

---

<sup>591</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. VIII; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 14.

<sup>592</sup> No mesmo sentido, TÁREK MOYSÉS MOUSSALÉM, Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade, in ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 851. Prova disso é a necessidade que a doutrina sente de fazer defesa prévia de discussões terminológicas, como no caso de ALEXANDRE BARROS CASTRO e a dicotomia “procedimento” e “processo”: “*Tal questão que se alevanta, antes de ser uma questão meramente terminológica, apresenta uma série de consequências práticas, em função da denominação empregada*” – **Processo...**, *op. cit.*, p. 3.

<sup>593</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. VIII e 32-33; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 14 e 46.

<sup>594</sup> “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

respeito da norma de incidência tributária, aquilo que ALFREDO AUGUSTO BECKER, inicialmente, denominou “elementos” da hipótese de incidência, foi, em seguida, renomeado como “aspectos”, por GERALDO ATALIBA. O termo “elemento” seria semanticamente inadequado, pois sinalizaria a possibilidade ontológica de decomposição do suposto normativo, embora essa possibilidade não exista. Procurando maior rigor, PAULO DE BARROS CARVALHO preferiu o termo “critério” a “aspecto”, sob o pressuposto, também correto, de que a hipótese de incidência contém critérios que permitem identificar os fatos de ocorrência concreta como suscetíveis, ou não, de subsunção. Aceitando como precisa a referência a “critérios”, na hipótese de incidência, mas inadequada no que se refere à consequência da norma, MARÇAL JUSTEN FILHO optou por “determinações”: no mandamento normativo, não há critérios, e sim imposições, ou determinações<sup>595</sup>. Do elemento ao aspecto, deste ao critério, então às determinações. Os problemas de criação e aplicação do direito, porém, pouco são alterados por esse refinamento semântico.

Essa obsessão por uma linguagem rigorosa e unívoca tem, pelo menos, três problemas. O primeiro deles é que seu destino é sempre inglório: jamais uma linguagem será rigorosa o suficiente para que seja unívoca. Quanto a esse problema, é preciso ter em mente, contudo, que o fato de ser provisória, por si só, não retira da linguagem a sua legitimidade; e que o fato de ser inatingível não retira, da pretensão de rigor, sua pertinência, apenas de sua busca intemperada e obsessiva. Mas, os demais são problemas relevantes na ciência do direito: **a excessiva abstração, com o distanciamento em face dos problemas concretos, e o incremento da babel terminológica.**

---

<sup>595</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 328-332; GERALDO ATALIBA, *Hipótese...*, *op. cit.*, p. 77; PAULO DE BARROS CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 123; MARÇAL JUSTEN FILHO, *O imposto sobre serviços na constituição*, p. 46.

### 3.4.3.2 A babel terminológica

*“Não devem ser produzidas obras literárias com pretensão à perfeição estética intemporal, ou seja, com acabamento conceitual imune à ação corrosiva do tempo, que lhes ditasse a imutabilidade. As obras do pensamento, como quaisquer manifestações culturais do gênero humano, são timbradas – já em seu nascedouro – pela imperfeição e o erro. Erradicá-los é um objetivo sem fim”<sup>596</sup>.*

A doutrina tributarista, não raramente, sustenta que **a ciência do direito consiste em um discurso isento de contradições ou contrariedades; ou, ao menos, tendente a essa perfeição**<sup>597</sup>. Tal visão, efetivamente, corresponde ao conceito moderno de ciência, em cujo âmbito descabem contradições ou paradoxos. Deve-se ponderar, contudo, que, exigir do cientista um trabalho absolutamente livre de qualquer defeito, é exigir um engenho sobre-humano. Fruto do trabalho humano, a ciência é um saber, por natureza, imperfeito<sup>598</sup>. Se for possível verificar a assunção de uma visão idealizada da ciência, como um trabalho perfeito, que não tenha a perfeição apenas como um norte, saber-se-á que o mito, que deveria ter sido afastado pelo esclarecimento científico, permanece nas proximidades.

Para obter o discurso com cientificidade plena, o estudioso deveria partir em busca de um aprimoramento terminológico que levasse à perfeição na linguagem. Daí o sucessivo refinamento, por exemplo, de “elementos” a “determinações”, passando pelos “aspectos” e “critérios”. Quatro palavras para nomear a mesma realidade, cada uma delas formadora do léxico próprio de cada um dos quatro tributaristas que as conceberam. **O desenvolvimento desse tipo de atividade leva, fatalmente, a uma babel**: a coexistência de discursos que integrariam a mesma comunidade científica, todos supostamente com a mesma função descritiva do mesmo objeto, mas vazados, cada

<sup>596</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 21.

<sup>597</sup> Cf., dentre outros, PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 6; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A noção...**, *op. cit.*, *passim*; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 54; AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, **Linguagens jurídicas**, in LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI (coord.), **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho, p. 39.

<sup>598</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 175-176.

um, em sua linguagem própria. A busca pelo refinamento constante acaba por, inadvertidamente, desembocar na confusão terminológica.

Essa busca pelo rigor terminológico implica que o discurso teórico permaneça sempre suscetível de alterações meramente semânticas, na tentativa de realizar pequenos reparos, para readequar a linguagem, toda vez que alguma confusão se insinua. Não obstante o que há de positivo, fato é que **a ciência do direito tributário ainda convive, depois de cinquenta anos de trabalho intenso, com indefinições teóricas**, tanto estritamente semânticas, quanto de regime jurídico. Conceitos fundamentais, como o de “fato jurídico tributário”, “imposto” ou “lançamento”, e regimes jurídicos de alta relevância, como o da lei complementar tributária ou o das contribuições, estão longe de ter conseguido coerência comunitária no pensamento científico-tributário brasileiro. O mesmo vale para conceitos de teoria geral do direito, no que diz respeito a seu tratamento pela doutrina tributarista: validade, eficácia, norma jurídica, são termos e expressão ainda confusos, e cada vez mais<sup>599</sup>. O drama encerrado nessa realidade é que a segurança e o controle sobre o objeto, que seriam proporcionados pela adoção de uma linguagem unívoca e rigorosa, não foram atingidos, em meio século de ciência. É preciso humildade para admitir esse ponto: adaptando-se o clichê, é correto dizer que as promessas da modernidade tributária não foram cumpridas. A comunidade científica tem tido pouco sucesso em seu intento. Mesmo isoladamente, é possível identificar contradições no discurso de um mesmo estudioso, o que é, naturalmente, inevitável: antinatural é a pretensão à perfeição. Um único exemplo em sentido contrário, soubidamente, bastaria para refutar a afirmação segundo a qual “toda ciência é isenta de contradições”. Mas é possível levantar muitos.

Sustenta-se, mais recentemente, que “norma jurídica” é uma significação produzida pelo intérprete. Está na cabeça do intérprete, e apenas lá. É um pensamento, uma abstração, um ente metafísico, algo que não existe fora do mundo das ideias. A norma jurídica não é produto da atividade do órgão legislativo, mas do intérprete, e está no seu pensamento. E, dentre os muitos intérpretes, o cientista, que produz a norma jurídica. Porém, afirma-se que a norma jurídica é vazada em linguagem prescritiva,

---

<sup>599</sup> Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Normas de interpretação e integração do direito tributário*, p. 141; TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, *Função...*, *op. cit.*, p. 864; PAULO AYRES BARRETO, *Contribuições...*, *op. cit.*, p. 1.



cabendo, à ciência do direito, uma linguagem descritiva<sup>600</sup>. Pondere-se, contudo: então o intérprete, quem produz a norma, vale-se de linguagem prescritiva. Mas, sustenta-se que o intérprete é cientista: ele não prescreve, só descreve; e nem poderia prescrever, sob pena de cair na irracionalidade própria das tomadas de decisão. Transparece uma certa inconsistência: o discurso do cientista, então, é descritivo ou prescritivo? Nele há normas ou não há normas, só descrições? Ou, se há normas, então normas são vazadas em discurso prescritivo ou descritivo? **O próprio conceito de norma jurídica, como se nota, é equívoco na doutrina.** Os mesmos autores que sustentam ser, a norma, um produto da atividade do intérprete que habita seu pensamento, também escrevem que a norma é produzida pelo legislador, está no direito positivo. A expressão “norma jurídica” cabe para ambas. Na tentativa de superar a ambiguidade, aparece o dualismo “sentido amplo” e “sentido estrito”. Ele, porém, não resolve o problema: norma, em sentido estrito, seria o juízo construído pelo intérprete, no formato hipótese-consequência, enquanto que norma, em sentido amplo, seria, em alguns casos, as frases soltas da lei, e, em outros, os conteúdos de significação produzidos pelo intérprete a partir dessas frases, sem a obtenção de um juízo hipotético implicacional em forma deôntica. Ainda assim, certas funções legislativas, como instituir um tributo, seriam tarefas legislativas, que consistem na edição de uma norma, cabendo ao legislador prever uma hipótese e prescrever uma consequência, ainda que em frases legais distintas. Isto é: uma norma em sentido estrito, que seria produção do cientista-intérprete, é, também, criação dos agentes legislativos competentes. E mesmo sendo, a norma, uma significação, que está no espírito do intérprete, os conteúdos de significação, que seriam produção privativa do intérprete, já estão na lei, na qual o legislador já depositou a descrição dos fatos e a prescrição das relações jurídicas. Esses problemas de fundamentação, em sede de teoria geral do direito, espraiam-se para o plano do direito tributário. Nesse campo, afirma-se que instituir um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese de incidência tributária – material, espacial e temporal – e os critérios da consequência tributária – subjetivo e quantitativo; e que essa providência cabe à lei ordinária, que deve descrever o fato, com seus critérios, e prescrever o com-

---

<sup>600</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 268, 92. Cita-se a obra como uma referência, por todas as demais, dado seu caráter de discurso geral de fundamentação.

portamento; de modo que a construção da “regra-matriz de incidência” é atividade legislativa. Porém, a mesma “regra-matriz de incidência”, que define a incidência tributária, é tida como obra do cientista, que elabora o juízo hipotético-condicional<sup>601</sup>.

Também são encontráveis textos para os quais o texto legal, por si só, não tem um sentido próprio: sendo a significação algo imaterial, não pode estar contida num substrato material. O sentido normativo seria produzido pelo intérprete, sem qualquer limitação objetiva. Para cada intérprete, haveria um conteúdo, um sentido e um alcance diferente para as normas jurídicas – elas, em si, não teriam nenhum conteúdo, alcance ou sentido a condicionar a atividade do intérprete. Isso implica, porém, aceitar que nenhum texto prescritivo fixa valores aptos a condicionar o intérprete; que não há disciplina rígida e pormenorizada do exercício da competência tributária; que inexistem conceitos prévios de direito privado a limitarem a produção legislativa; que a Constituição não prescreve imunidades contra determinados tributos e a favor de certos fatos, pessoas ou coisas; que não há parâmetro constitucional para o exercício da autonomia dos entes federados. Há tantas normas quantos intérpretes houver; porém, se é assim, essas normas não podem estar em uma estrutura hierarquizada, partindo da Constituição, passando pelas leis, decretos *etc.* Porque elas não estão na Constituição nem nas leis: estão nas cabeças dos muitos intérpretes, uma norma e uma estrutura para cada intérprete, **num solipsismo metódico incompatível com a evolução atual do conhecimento, científico e filosófico, proporcionada pela virada linguística.** Veja-se: para que o intérprete “construa” uma norma, pode precisar buscar vários textos: é o que se costuma entender por interpretação sistemática. Para a produção da norma de incidência tributária, por exemplo, é, eventualmente, necessário buscar não só o texto legal, mas também o texto de lei complementar e o constitucional. As normas seriam construídas, pelo intérprete, a partir de muitos textos, nos vários escalões do direito positivo. Se isso é admitido, porém, é inviável estabelecer o grau hierárquico de uma norma no sistema. Uma “norma” “produzida” com enunciados da instrução normativa, da lei ordinária, da lei complementar e da Constituição, ocupará que posto hierárquico no sistema ? Será norma constitucional, complementar, ordinária ou infra-legal ? Um misto de todas ? Será mesmo uma norma, ou meramente uma abstração,

---

<sup>601</sup> Cf. *ibidem*, p. 266-267, 103, 358 e 362.

uma idealidade, um ente metafísico que só existe na mente do intérprete, e que depende de cada intérprete para existir, e que só existe para ele, individualmente? Na visão doutrinária, a norma está na mente do intérprete, de modo que há tantas normas quantos intérpretes houver. Se isso é aceito, contudo, então não há como aceitar que o ordenamento jurídico apresenta normas dispostas numa estrutura hierarquizada, organizadas por um princípio de fundamentação ou derivação, de modo que o ordenamento regula, ele próprio, sua criação e transformação. Nem como aceitar que a constituição determinou o fato que pode ser tributado. Haveria, no limite, um fato para cada intérprete. Uma norma para cada intérprete. Tudo isso nas muitas mentes desses intérpretes, e diferentes para cada um deles; porém, ao mesmo tempo, tudo isso hierarquizado em uma estrutura na qual uma norma cria outra norma. Hierarquizar a norma seria função do sistema, não do intérprete, porque a acomodação de cada norma nos diversos patamares do direito posto é uma função da hierarquia da fonte que a produziu. Nesse caso, entretanto, ou o produtor da norma já não é mais o intérprete, passando a ser a “fonte do direito”, fonte essa que pode ser, para a mesma norma, ao mesmo tempo ordinária, complementar ou constitucional; ou, então, essa fonte invade o espírito do intérprete para lá hierarquizar as normas que ele produziu via interpretação, e de modo tão violento que cada intérprete terá na sua mente a mesma estrutura hierarquizada, já determinada pela fonte. Porém, isso foi anteriormente negado, ao admitir que cada intérprete produzirá sua própria norma, que a fonte é despida de significado próprio, e, portanto, cada intérprete produz seu próprio ordenamento e seu próprio escalonamento hierárquico de normas<sup>602</sup>.

Toda essa argumentação, como se percebe, sobre ser insuscetível de controle empírico, envolve contradições. Geram insegurança e descontrole, o contrário daquilo a que se propõe a ciência moderna. Além da contraindicação originária impensada, consistente em manter velado o sujeito atingido pela norma, esse proceder doutrinário é incapaz de cumprir seus próprios objetivos declarados: vertebrar o direito tributário. Um balanço crítico, desapassionado e sereno, que admitisse a autocrítica, permitiria compreender que o intento anunciado desde BECKER se encontra, de fato, longe do sucesso. **A precisão e univocidade linguísticas, que garantiriam segurança e do-**

---

<sup>602</sup> Cf. *ibidem*, p. 211, 221, 271, 604, 658-659.

**mínio, não se realizaram.** Dizer que o discurso da ciência é isento de contradições é enunciar uma hipótese idealista, de existência meramente noológica, que não corresponde à realidade empírica<sup>603</sup>. Por isso, por mais que se tente, cada vez mais vigorosamente, a depuração linguística, sempre haverá o risco do insucesso, com o efeito colateral grave de manter a concretude das relações tributárias, entre o estado brasileiro e o seus cidadãos, como uma realidade distante, que não diz respeito à ciência do direito tributário. O caminho para a construção dessa ciência mostra-se inadequado se mantiver, com exclusividade, a busca do rigor terminológico, revendo, reiteradamente, os mesmos conceitos, sem cogitar de algo além disso.

**Uma linguagem razoavelmente comum é um elemento constitutivo necessário das comunidades científicas.** Um certo código comunitário, embora as divergências, possibilita o desenvolver da atividade científica. Sem uma terminologia comum, e sem formas comuns de controle de racionalidade, inviabiliza-se a intersubjetividade, característica de qualquer atividade científica, em termos pós-modernos<sup>604</sup>. A comunidade científica, no direito tributário, entretanto, compartilha esses pressupostos que sustentam ter, cada indivíduo-cientista, sempre, a sua interpretação própria, pessoal, dependente da sua ideologia e da sua visão de mundo particular, e não contrastável racionalmente com outra interpretação. Com isso, embora na louvável tentativa de eliminar dos seus escritos a ambiguidade, os teóricos acabam por construir, cada um, as suas próprias sutilezas, nem sempre compartilhadas. Dentro do modelo comum, passam a surgir pequenas digressões terminológicas. O resultado disso é que a comunidade científico-tributária brasileira perde a linguagem comum enquanto referencial: ela passa a brigar pela linguagem. Feita a chamada para que os estudiosos criassem uma linguagem rigorosa para descrever inequivocamente o objeto, cada cientista, percebendo as ambiguidades da linguagem alheia, passou a criar, individualmente, sua própria linguagem, baseada numa total liberdade de estipulação linguística, esta ancorada na ideia de que não há nomes verdadeiros ou falsos para as coisas<sup>605</sup>. Com isso,

---

<sup>603</sup> EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, valendo-se de uma alegoria, sugere a necessidade de se reconhecer que o mundo sistematizado pela ciência do direito não passaria da “...ficção sonhadora de um mundo sistemático e coerente” – Apresentação, in **Curso...**, *op. cit.*, página não numerada.

<sup>604</sup> Cf. PAULO ROSSI, **A ciência...**, *op. cit.*, p. 53; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 82; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 91.

<sup>605</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 122.

reduzem-se as possibilidades do “reflexo condicionado”, de que falava BECKER. Qual o reflexo condicionado que a expressão “crédito tributário” provocará em quem a ler, se não se sabe o que ela significa ? O direito tributário que resta permanece invertebrado, e isso, em boa parte, decorre dos pressupostos epistemológicos que não problematizam a condição comunitária do conhecimento. Considere-se a seguinte crítica de KARL-OTTO APEL:

Da mesma forma que Descartes, Locke, B. Russell e mesmo Husserl, o neopositivismo parte do pressuposto de que em princípio “um só indivíduo” possa conhecer algo *como* algo e, assim, fazer ciência. Ao ignorar, tal como a metafísica tradicional do sujeito, que o conhecimento com base na observação, ocorrida no plano da relação sujeito-objeto, pressupõe desde o início o conhecimento como acordo mútuo sobre o sentido, no plano da relação sujeito-sujeito, o neopositivismo não logra conceber o “Compreender” próprio às ciências humanas a partir de sua respectiva dimensão, qual seja o interesse cognitivo pelo acordo mútuo intersubjetivo...<sup>606</sup>

Esse interesse cognitivo, habermasiano, que subjaz a toda argumentação teórica, de que fala APEL, fica esquecido. Nas bases metateóricas da ciência tributarista está um solipsismo, hoje, superado. **Esse solipsismo contamina o discurso teórico, tornando-o contraditório.** Ele permite sustentar que a atividade científica é descritiva e separada da linguagem objeto, não a influenciando, e, simultaneamente, construtiva de sentido, constituindo o conteúdo, o sentido e o alcance da normatividade, de maneira individual, pelo intérprete. Centrado nos níveis de linguagem, o discurso teórico isola-se nos planos sintático e semântico, atribuindo posição isolada e função semântica meramente descritiva à linguagem científica do direito. Esse posicionamento tem sua coerência interna, mas impede considerar a linguagem doutrinária como construtiva de sentido. Se se aceita a separação entre linguagem-objeto e metalinguagem descritiva, com uma intocabilidade mútua originária e constitutiva, então não cabe a construtividade de sentido na ciência do direito. Ela invadiria o plano da linguagem-objeto, dando-lhe sentido, e adquirindo, com isso, função de definição ou conformação da prescritividade, não de sua mera descrição. Se, porém, essa nova função é admitida, então descabe essa separação e essa incomunicabilidade absoluta que a doutrina pre-

---

<sup>606</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 264; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 31.

tende aos níveis de linguagem. Seria uma confusão de planos – e a teoria dos planos de linguagem não a suporta, senão com uma contradição inevitável. Demonstrou-o, fartamente, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES<sup>607</sup>.

A única forma de se admitir função construtiva à doutrina, agora coerentemente, é superando a ideia de um limite intransponível, que implique intocabilidade absoluta, entre direito positivo e linguagem científica. Superando, também, o solipsismo, para entender a necessária situação comunitária de toda construção de sentido. E superando, ainda, a cisão absoluta entre direito positivo e conduta normada. Uma ciência complexa, capaz de entender as atribuições da doutrina jurídica como não só descritivas, mas também, e simultaneamente, conformadoras de normatividade, e influenciadora de aplicações concretas; e como empreendidas sem prescindência necessária da aplicação, ainda que hipotética; poderá atribuir, sem problemas, caráter construtivo ao discurso científico. **Mas essa ciência complexa só o pode fazer porque supera o reducionismo**, que compreende separadas e intocáveis as linguagens de direito positivo e de ciência do direito.

Como se nota, sob a justificativa de evolução da ciência, sempre mais rigorosa e coerente, **instala-se a “babel terminológica”**, na designação de mestre SOUTO<sup>608</sup>. Essa babel, contudo, tem ainda um importante elemento ideológico: quem quiser compreender a doutrina de direito tributário, no Brasil, precisará investir muitos anos lendo e acostumando-se a essas disputas; se, nessa iniciação, for bem sucedido, entrará na comunidade. Caso contrário, estará fora. E, em casos notórios, mesmo conseguindo e tendo toda a capacidade para levar em frente esse discurso, prefere sair.

---

<sup>607</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 13 *et. seq.*

<sup>608</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 1.

### 3.4.3.3 A simbologia e a abstração

*“O dever jurídico é uma categoria de teoria geral do direito e portanto relativamente formal. Não o reveste o formalismo exacerbado da lógica simbólica... Não está a competência, na teoria geral, situada em nível exacerbado e superlativo de abstração lógico-formal, como um algoritmo”<sup>609</sup>*

**A descrição em linguagem rigorosa, valendo-se de dotações simbólicas,** é procedimento comum na ciência do direito tributário, dado o modo como recepciona a obra de LOURIVAL VILANOVA, as concepções neopositivistas e o imperativo de matematização do saber científico<sup>610</sup>. Essas fórmulas simbólicas têm o pretexto de revelar as formas estruturais uniformes, que subjazeriam ao direito positivo, proporcionando ao cientista trabalhar com segurança no conhecido, evitando a multiplicidade disforme da matéria legislada. Conhece-se a estrutura, supostamente, sempre, e em qualquer lugar, uniforme: hipótese-consequência. E, a partir daí, pode-se trabalhar no que é sabido, superando a insegurança do desconhecido e inassimilável. Esse é, precisamente, o modo de trabalhar da modernidade científica: identifica a matematização com a verdade, e busca, nela, segurança e superação do mito<sup>611</sup>.

**Esse proceder, porém, tem efeitos colaterais,** a par de seu problema originário, de admitir a hipótese metafísica de uma estrutura unitária e uniforme, sempre presente em qualquer manifestação do jurídico. Um dos efeitos colaterais provocado por seu uso acentuado é o encobrimento da riqueza da vida concreta, que fica excluída da forma simbólica. A pretensão doutrinária é de uma ciência governada pela lógica jurídica vilanoviana. Para tanto, precisa afastar tudo o que a lógica se mostra incompetente para compreender: o diferente, o inesperado, o contraditório, o paradoxal. Tempo, lugar, história, contingências, paixões, pulsões, poderes, ceticismo, cinismo, desonestidade – tudo isso, que conforma a realidade jurídica, fica excluído de uma análise reduzida à criação de estruturas sintáticas postas em linguagem simbólica. O outro efeito

<sup>609</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 342 e 367.

<sup>610</sup> Veja-se, por exemplo, as fórmulas, nos estudos de RUDOLF CARNAP, em *Testabilidade e significado e O caráter metodológico dos conceitos teóricos*.

<sup>611</sup> Cf. THEODOR W. ADORNO e MAX HORKHEIMER, *Dialética...*, *op. cit.*, p. 22-23 e 37.

colateral é a dificuldade de compreensão, decorrente da criação de um discurso difícil, intrincado, só acessível aos iniciados.

Traduzir a norma tributária como  $D\{[h(\text{Cm.Ce.Ct}) \rightarrow R'(Sa, Sp)].[-R'(Sa, Sp) \rightarrow R''(Sa, Sj)]\}$ ; depois,  $D\{[(p \rightarrow q).(-q \rightarrow r)].[(-q \vee -r) \rightarrow S]\}$ ; é criar um obstáculo à fácil compreensão da teoria, que deveria ser buscada. **Uma complexidade desnecessária, explica SOUTO, é suficiente para legitimar a rejeição da explicação teórica:** o valor clareza fica sacrificado<sup>612</sup>. Quem é profundo e sabe disso, diz NIETZSCHE, busca a clareza<sup>613</sup>. Além disso, essa linguagem é praticamente impenetrável para um não iniciado, acessível apenas para poucos<sup>614</sup>. Causa dificuldades aos estudiosos, quando de seu ingresso nos estudos do direito tributário: para compreender direito tributário, é preciso familiarizar-se com a linguagem simbólica. Quem cria e domina essa linguagem, torna-se dono de um saber e, com isso, de um poder.

Sobre ser desnecessária para a boa explicação do objeto, a linguagem simbólica abstratiza em demasia o estudo do direito. Corresponde ao desenvolvimento do conhecimento humano, no qual se deu, paulatinamente, um isolamento de relações, considerando-as abstratamente, em separado do contexto em que se inserem<sup>615</sup>. A compreensão da cotidianidade da vida jurídica concreta fica de fora desse tipo de análise; e, se ela domina, com exclusividade, a produção doutrinária, aquela compreensão fica excluída de qualquer possibilidade de enfrentamento científico. Substituem-se as palavras pelos símbolos, e, com isso, **troca-se o saber meditado a respeito da complexidade da vida pela identificação imediata entre símbolo e realidade simbolizada.** Aquele que já superou a dificuldade inicial da compreensão da linguagem simbólica tem, agora, um arsenal cognitivo infalível e imediato, porque a complexidade do real

<sup>612</sup> Cf. O princípio da segurança jurídica na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações fiscais, in ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TÔRRES (org.), **Princípios de direito financeiro e tributário**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, p. 246; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 156.

<sup>613</sup> Veja-se o aforismo 137, de *A gaia ciência*: “Ser profundo e parecer profundo. – *Quem sabe que é profundo, busca a clareza; quem deseja permanecer profundo para a multidão, procura ser obscuro. Pois a multidão toma por profundo aquilo cujo fundo não vê: ela é medrosa, hesita em entrar na água*” – **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 166.

<sup>614</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. VIII; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 14.

<sup>615</sup> Cf. ERNST CASSIRER, **Antropologia...**, *op. cit.*, p. 66-67.



foi trocada pela relação direta entre símbolo e coisa. Essa substituição é lamentada por autores tão diferentes quanto BECKER e MAX HORKHEIMER<sup>616</sup>.

Quando KELSEN faz análise psicanalítica de PLATÃO, afirma: “*Como o irracional não se presta à expressão racional, Platão recorre mais e mais a mitos quando deseja explicar o que considera essencial. Nenhum homem de ciência faria isso*”<sup>617</sup>. A ciência representaria o fim do mito, e o domínio da racionalidade. **O problema, porém, é que a própria ciência do direito tributário se tornou um mito.** As normas abstratas e as formas simbólicas habitam uma espécie de Olimpo do pensamento científico tributarista: lá no alto se relacionam, e de lá tudo explicam. Mesmo contra a realidade concreta: e se houver uma norma sem sanção? A resposta está pronta: não será norma, porque não obedeceu ao postulado da “homogeneidade sintática”. Esse postulado, como outros, é visto como algo legitimamente imponível, pelo teórico, ao direito positivo: uma teoria científica imposta à realidade, para, embora assumindo função descritiva, qualificar essa realidade como falsa sempre que não se conforme à idealização doutrinária. A ciência do direito tributário, na tentativa de tornar-se cada vez mais científica, converteu-se numa metafísica das formas substanciais, a exemplo da crítica de DILTHEY:

Dentro de las ciencias particulares tiene esta metafísica de las formas sustanciales consecuencias aún más extrañas. La ciencia vinculada a ella *renuncia* al *conocimiento* de lo que es *variable* en su objeto, pues solo aprehende las formas permanentes. Abandona el conocimiento de lo *accidental*, pues solo se dirige a las determinaciones esenciales<sup>618</sup>.

O autor credita, ao domínio da metafísica, a dificuldade nos progressos das ciências na tradição<sup>619</sup>. O acidental, que não se subsume às formas lógico-sintáticas homogêneas, está fora do conhecimento de uma ciência que acaba por assumir um viés idealizador. O individual, o diferente, o estranho, acaba sendo descartado, para que o conhecimento se volte apenas sobre o geral, o idêntico, o comum. Porém, são precisa-

<sup>616</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 71-76; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 89-94; MAX HORKHEIMER, Teoria tradicional e teoria crítica, *in* MAX HORKHEIMER e THEODOR W. ADORNO, *Textos escolhidos*, p. 31.

<sup>617</sup> **O que...**, *op. cit.*, p. 91. A análise psicanalítica mais apurada e completa de PLATÃO é feita por HANS KELSEN em *A ilusão da justiça*.

<sup>618</sup> *Introducción...*, *op. cit.*, p. 311-312.

<sup>619</sup> Cf. *ibidem*, p. 314-317.

mente essas normas individuais, diferentes e estranhas, que a todo momento incidem sobre a vida concreta, criando complexidades às quais a ciência fica incapaz de oferecer resposta. Essas complexidades tornam-se algo externo às atividades científicas, que deveriam permanecer na simplicidade, abstratamente obtida por uma redução de complexidades ao nível lógico-semântico, desembocando em uma unidade, de um lado, mínima e irreduzível, e, de outro, eterna e universal. **Exclusivamente sintático-semântica, deixa de lado a vida prática**, onde o direito tem sua morada. HUMBERTO ÁVILA, ao referir-se à parcela da doutrina tributarista “...*que interpreta o Direito Tributário sob o ponto de vista lógico e semântico...*”, destaca que esse proceder “...*nem sempre possui grande significação prática*”. Com isso, na crítica de PAULO CALIENDO, o pensamento normativista-positivista, no direito tributário, acaba construindo “...*um modelo teórico carente de significações, muitas vezes trazendo uma bela explicação de coisa nenhuma*”<sup>620</sup>. Um saber que seja capaz de enfrentar as complexidades da vida jurídico-tributária concreta ainda está por ser teorizado.

#### 3.4.3.4 A funcionalidade da ciência do direito

*“A preocupação com os problemas verbais, com vistas a uma precisão desejável, mas inatingível, impõe-se sobre os problemas reais, em nome de uma ciência jurídica a rigor descomprometida com quaisquer preocupações de ordem prática. Como se não fora uma aspiração que condiciona a própria legitimidade da investigação científica o fazer teoria útil”*<sup>621</sup>.

Uma correção de caminhos recomendada por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, tão simples quanto importante: a doutrina deve ser funcional, um instrumento para a boa interpretação e aplicação do direito. Para o autor, o objetivo da ciência, mais do que atingir uma precisão linguística, é **contribuir para solucionar os problemas que emergem do cotidiano social**<sup>622</sup>. Se todo o tempo e energia disponíveis são investidos no aprimoramento terminológico, os problemas sociais, concretos,

<sup>620</sup> Cf. HUMBERTO ÁVILA, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 3; PAULO CALIENDO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>621</sup> *Obrigação...*, *op. cit.*, p. VIII; *Obrigação...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 14.

<sup>622</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. 32 e p. 45.

cambiantes, diferentes a todo momento, aos quais o direito deveria dar solução adequada, acabam negligenciados. E aí, perde-se um dos requisitos essenciais da ciência jurídica, enunciado por REALE: atender às exigências atuais da vida social<sup>623</sup>.

Admitir, como parte do sistema de valores científicos, apenas a busca pela precisão terminológica, implica a exclusão de outros problemas, que se tornam impertinentes. Ou, eventualmente pior: implica tentar a solução desses problemas como se fossem solucionáveis mediante aplicação de rigor conceitual, oferecendo resposta inadequada. A legitimidade da ciência fica abalada. Mestre SOUTO acusa de indigência aquele especialista que não sabe construir teoria útil<sup>624</sup>. Veja-se o que diz o autor, no *Obrigação* – já antecipando, em doze anos, a crítica ao pensamento sistemático que fará na obra *O contraditório no processo judicial*:

O tratamento das obrigações, sobretudo no campo do Direito Civil, atingiu um nível de sofisticação teórica de duvidosa utilidade. Porque o refinamento das construções voltou-se predominantemente para uma visão sistemática destorcida dos direitos obrigacionais. Afastou-se, por isso mesmo, dos problemas emergentes, perdendo até certo ponto a sua funcionalidade e aplicabilidade às relações concretas decorrentes dos vínculos obrigacionais. Porque a visão sistemática pode distanciar o intérprete do Direito dos problemas de sua aplicação....<sup>625</sup>.

Pensar a ciência a partir de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES implica não reconhecer, nela, um fim em si mesma. **A ciência encontra sentido ao proporcionar, com responsabilidade e prudência, a melhoria da vida concreta, em uma preocupação pragmática.** No direito tributário, deve, no mínimo, ser capaz de orientar a melhor compreensão e aplicação do direito, de modo a incrementar as possibilidades de fazer justiça no caso concreto.

Levar adiante essa abertura soutiana, para além dela, é considerar a necessidade de **um requisito pragmático de validade das teorias jurídicas**: a teoria é válida se puder produzir efeitos positivos na vida concreta dos seres humanos atingidos pelo direito. Caso contrário, é teoria inválida, ou por ser inútil e desnecessária, ou por ser nociva ao cotidiano jurídico. Mestre SOUTO analisa a inadequação sintática, que se dá nos casos de inconsistência interna, na teoria; e a inadequação semântica, que ocor-

<sup>623</sup> Teoria..., *op. cit.*, p. XVII.

<sup>624</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. XV; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 33.

<sup>625</sup> Obrigação..., *op. cit.*, p. 32-33; Obrigação..., 2. ed., *op. cit.*, p. 46.

re se houver rejeição, pelo ordenamento, da proposta explicativa<sup>626</sup>. Mas, para além disso, deve-se cogitar, ainda, de uma inadequação pragmática: ela haverá sempre que a teoria provocar efeitos negativos no ambiente científico.

A teoria jurídica, no âmbito da ciência do direito, é pragmaticamente adequada quando **os efeitos que gera são positivos e contribuem para a realização do projeto de futuro estabelecido na Constituição**. Construída no período anterior a 1988, a doutrina tributarista não foi forjada em um ambiente constitucional marcado pelo compromisso com um estado ideal de coisas, cuja construção é dever de todo cidadão. Desde que a construção de um futuro dá-se como efeito – desejado ou indesejado, previsto ou não – de práticas presentes, uma racionalidade inapta para pensar efeitos é uma racionalidade científica inadequada diante do constitucionalismo contemporâneo. Se a verificação da adequação sintática pressupõe a análise da coerência interna da teoria; se a investigação da adequação semântica depende do confronto entre a teoria e o ordenamento, tudo no plano interno da linguagem; a pesquisa da adequação pragmática depende da antecipação hipotética, ou da verificação concreta dos efeitos que a proposta doutrinária causa no ambiente jurídico-social. Esses efeitos podem ser jurídico-constitucionalmente desejáveis ou não; apenas os primeiros podem ser, legitimamente, buscados. Os segundos devem ser evitados. Os efeitos positivos no ambiente social, para os fins desse requisito, terão que ser, obrigatoriamente, assim entendidos como efeitos condizentes com aquele estado de coisas cujo alcance é imposto pelo direito e pela Constituição, e não qualquer efeito entendido como positivo pelo intérprete solipsista com o qual trabalha a doutrina tributarista. Por “ambiente social” deve-se entender tanto o ambiente interno da comunidade científica, quanto o ambiente externo daqueles que sofrem o efeito da atividade científica. Aí se incluem tanto os advogados, juízes, membros do Ministério Público e outros, como os jurisdicionados e os cidadãos em geral. A ciência causa efeitos, dentro ou fora da comunidade científica. É linguagem que pode ser analisada também no plano pragmático, que investiga as relações entre a linguagem e o meio no qual se insere: como o meio recebe a linguagem, como a reação do meio se volta recursivamente sobre a própria linguagem *etc.* Diante disso, todo aquele que se preocupa com o mundo que o circunda, deve admitir que

---

<sup>626</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 116.

uma teoria jurídica não deve ser tida como adequada apenas quando o é nos planos sintático e semântico, mas também, e sobretudo, no plano pragmático: traz benefícios, e melhora a qualidade da vida concreta dos sujeitos que se relacionam com a linguagem do direito. Se não o fizer, a teoria é pragmaticamente inadequada, e deve ser afastada.

Por outro lado, no âmbito da teoria geral do direito, **devem ser rejeitadas propostas teóricas que, mesmo bem arranjadas sintaticamente, e com adequada correspondência semântica, não tragam efeitos positivos para o ambiente científico.** Construções teóricas que causam mais transtorno do que conhecimento – se apresentasse coerência sintática e correspondência semântica, o dualismo entre fato e evento seria um bom exemplo, como se verá adiante. Antecipar esses possíveis efeitos passa a ser dever do cientista, comprometido que deve estar com a melhoria da sociedade em que se insere.

Considerar essa adequação pragmática, percebe-se, demanda **admitir que o cientista, no acolhimento ou rejeição de teorias, possa fazer juízos de valor.** Juízos como utilidade ou inutilidade, avaliação dos efeitos gerados como positivos ou negativos *etc.* É preciso superar, portanto, a racionalidade instrumental, que exclui o trabalho com valores do âmbito racional. Requer-se, para tanto, a assunção de um novo modelo de racionalidade, propriamente pragmática, comunicativa, comunitária, que se põe em uma sociedade que, necessária e originariamente, compartilha determinados parâmetros de entendimento mútuo, constitutivos da própria vida social enquanto condição de possibilidade. Se a proposta é de interpretação e aplicação do direito, o cientista, antecipando as possíveis produções de efeitos, avaliará sua compatibilidade com o estado de coisas projetado pelo direito e pela Constituição. Se, diferentemente, a proposta é de alteração do direito, o jurista deverá caracterizá-la enquanto tal, isto é, enquanto atuação em política jurídica, e, também antecipando possíveis efeitos, avaliará em que medida a proposta contribui para o alcance dos fins determinados pelo direito constitucional. Essa postura vai ao encontro do comprometimento com o estado democrático de direito, sempre exigível do jurista.

A adequação pragmática é necessária para a ciência, que precisa resolver um problema, dar uma solução – é para isso que serve a ciência, afinal, desde BACON. A

reflexão que historicamente precedeu o surgimento da ciência lhe foi contraposta, precisamente, porque não resolvia problemas concretos. Por isso, **o cientista deve ser responsável o suficiente para refletir antes de introduzir uma novidade teórica:** ela causará efeitos positivos ou danosos no ambiente científico, para além das intenções do emissor ? É possível antecipá-los ? Alterar, por exemplo, o conceito de incidência e aplicação da norma jurídica: isso terá um resultado predominantemente benéfico ou maléfico para a comunidade científica, e, para além dela, na vida concreta dos sujeitos que se submetem à regulação jurídica, à realização concreta do direito, no âmbito da realidade social ? Os aspectos positivos da inserção da proposta doutrinária superam seus efeitos negativos ? Em caso afirmativo, o requisito pragmático pode ser considerado satisfeito; caso negativo, a proposta de alteração será considerada pragmaticamente ilegítima.

É claro que, dada a existência daquilo que EDGAR MORIN denomina “ecologia da ação”, prever esses efeitos é bastante difícil: no momento em que se iniciam, as atitudes humanas escapam do controle de quem lhes deu origem, entrando no jogo incessante de ações e interações, próprio de sua inserção num determinado meio. Essa condição, muitas vezes, desvia a ação de seus objetivos iniciais, podendo, inclusive, gerar efeitos opostos aos pretendidos<sup>627</sup>. Reconhecer essa condição e ter consciência da dificuldade da previsão de efeitos agrega complexidade ao trabalho do cientista: não apenas a busca da verdade como um valor em si, mas a preocupação com os efeitos que essa “verdade” trará, desejados ou não, controláveis ou não. É a “ciência com consciência”, de que fala o mesmo autor. Caso surjam inconvenientes pragmáticos posteriores à adoção da teoria, o cientista e sua comunidade devem estar dispostos a mudá-la, ou a revogá-la<sup>628</sup>. Teorias jurídicas são provisórias não apenas porque podem ser superadas sintática e semanticamente: também são temporárias porque as condições pragmáticas da vida social podem demandar sua alteração ou eliminação. Afinal, como ensina SOUTO, não há lugar, na ciência, para a busca desenfreada pela acumulação de conhecimento despreocupada da destinação social desse saber, e, acentue-se com o mestre, despreocupada com as responsabilidades envolvidas nessa destinação

---

<sup>627</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 128.

<sup>628</sup> Cf. MAX HORKHEIMER, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 31.

social<sup>629</sup>. Quando SOUTO afirma isso, e também afirma que as palavras e seus significados não podem ser manipulados irresponsavelmente pelo cientista, já revela, ainda que na implicitude de seu pensamento, a preocupação com esse critério pragmático de adequação teórica<sup>630</sup>. O critério é produzido a partir de SOUTO, e sem que seja preciso abandonar seu pensamento para tal produção. Nomeia-se o que, nele, não restou denominado. Ele lembra que a responsabilidade social com a vida concreta precisa ser assumida pelo cientista. Trata-se de imperativo ético inarredável da vida epistêmico-jurídica.

Já se percebe que **a adequação pragmática não se pretende uma categoria universal, de aplicação indiscriminada**. Pode ser impertinente em muitos campos da ciência, como a cosmologia: desqualificar Plutão como planeta pode não ter nenhum potencial danoso que deva ser mensurado pelo cientista antes de fazê-lo. Mas, no direito, a adequação pragmática é uma categoria de relevância insuperável.

### 3.4.4 O empirismo e o controle da racionalidade do argumento científico

*“Toda ciência opera um corte lógico e epistemológico no real. Daí as especializações nas diversas áreas do conhecimento”*<sup>631</sup>

O caráter empírico, como algo necessário a toda ciência, é um dos fundamentos de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES no *Obrigação tributária*. Lá se sustenta que o empirismo é um ponto comum entre a ciência do direito e as ciências naturais. Isso traria uma unidade metodológica ao saber científico. Nesse sentido soutiano, **para que um saber qualquer possa alcançar cientificidade, deve ser empírico**. A condição de empiricidade impõe-se, portanto, também às ciências que se voltam para questões sociais ou culturais.

É importante levantar esses temas. NORBERT ELIAS lembra **a notável evolução das ciências naturais em contraste com as ciências sociais**. Isso, inclusive, no que respeita aos investimentos empresariais e universitários. Tal disparidade exerce

<sup>629</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>630</sup> Cf. *Curso...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>631</sup> *O contraditório...*, *op. cit.*, p. 14.

papel importante na situação atual, na qual o ser humano tem parecido mais competente para controlar a natureza do que para conviver pacificamente com os demais seres humanos. Se os seres humanos conseguem pensar e atuar com racionalidade, diante da natureza, mostram-se, porém, incapazes de fazê-lo em relação à vida social<sup>632</sup>.

Quando SOUTO fala em unidade de método entre ciências sociais e ciências naturais, busca apoio expresso em KARL POPPER<sup>633</sup>. Na obra a que se refere SOUTO, o epistemólogo austríaco, naturalizado britânico, pretende demonstrar – e não prescrever – que todas as ciências se valem do mesmo método, sejam naturais ou sociais. POPPER não nega que haja diferenças entre as ciências sociais e as ciências naturais; ao contrário, admite que as diferenças são claras; não obstante, há algo em comum: a “testabilidade” das explicações ofertadas<sup>634</sup>. Esse, então, para POPPER e SOUTO, **o ponto de convergência entre todos os saberes que se pretendem científicos: o empirismo**. Embora as diferenças inegáveis, e não olvidadas pelos autores, entre as diversas ciências, há algo que lhes traz unidade: seu caráter empírico. E, em SOUTO, aliás, esse é o único aspecto mencionado como comum a todas as ciências.

A partir do trabalho popperiano, SOUTO expõe o que se deve entender como unidade de métodos entre ciências naturais e ciências sociais: **a “testabilidade” empírica das afirmações teóricas**. Ainda que essa “testabilidade” seja apenas potencial. Isto é: ainda que o experimento seja, atualmente, impossível, mas que, com o progresso da ciência, torne-se viável. Com a evolução do conhecimento científico, uma teoria pode tornar-se suscetível de experimentação, embora inicialmente não fosse<sup>635</sup>. A relevância da “testabilidade” empírica reside em proporcionar o necessário controle da racionalidade das proposições doutrinárias. Uma década depois, o tema é retomado, no melhor livro do mestre. Nos estudos jurídicos da primeira edição do *Ciência feliz*, o tema da demarcação do conhecimento do direito está presente, com vigor. A presença tem o mesmo objetivo: condicionar o controle de racionalidade das proposições científicas no âmbito jurídico, afastando aquelas que se não podem submeter a testes expe-

<sup>632</sup> Cf. **Condição...**, *op. cit.*, p. 23-27. A desproporção entre a evolução das ciências naturais e a das ciências sociais é destacada também por JOSÉ ORTEGA Y GASSET – Prólogo, *in* WILHELM DILTHEY, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>633</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 3; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 19.

<sup>634</sup> *The poverty of historicism* (A pobreza do historicismo), p. 130-131 – originalmente, publicada em 1957.

<sup>635</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 78, 109; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 103; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 95.



rimentais. Uma hipótese metaempírica é equiparada a uma hipótese metafísica: o controle experimental é impossível. Explica:

Nas ciências da natureza, a conotação do termo “empírica” está vinculada à distinção notabilíssima entre a experiência (por hipótese, o estritamente físico) e o que a ultrapassa (e é pois metafísico). A teoria empírica do Direito positivo é paralela à ciência empírica da natureza. A teoria supra-positiva do Direito (Direito natural, axiologia jurídica transcendental, etc) é paralela à metafísica. Assim como a metafísica se caracteriza pela insusceptibilidade ao experimentalmente físico, o metajurídico se determina a partir da sua insusceptibilidade à experiência do normativo (sistema de normas de Direito positivo)<sup>636</sup>.

É por essa falta de controle que proposições, acerca de um determinado objeto, que não estejam escoradas empiricamente, carecem de cientificidade. **A suscetibilidade ao controle empírico é requisito de cientificidade.**

A unidade metodológica a que alude mestre SOUTO remete à necessidade de controle intersubjetivo, tanto das proposições científico-naturais como das proposições científico-sociais. Deve-se reconhecer a necessidade de uma instância de teste de verificação ou falseamento às proposições científicas, sejam elas da ciência natural ou da ciência social. A necessidade da “testabilidade” empírica é ponto comum nas diversas ciências. Sob esse ponto de vista, a unidade metodológica é, para SOUTO, um imperativo. Um critério que possibilitará, à ciência jurídica, livrar-se do meramente opinativo<sup>637</sup>. Em KELSEN, o recurso à experiência neutraliza a subjetividade do cientista, tornando a ciência independente de desejos e temores individuais<sup>638</sup>. Como o teste é intersubjetivo, a objetividade traduz-se na intersubjetividade. Esse critério, para a demarcação entre a ciência e a não ciência, é adotado por pensadores de tradições bastante diversas: além de POPPER, KELSEN e SOUTO, CHARLES PIERCE, MARIO BUNGE, EDGAR MORIN, KARL-OTTO APEL, HANS ALBERT, ILYA PRIGOGINE, ALEXANDRE KOYRÉ, ISABELLE STENGERS adotam-no, dentre outros.

Daí a necessidade de que qualquer ciência, inclusive a jurídica, tenha um campo de provas para suas afirmações. Nenhuma ciência, e nem mesmo a ciência do direito, pode prescindir de uma base empírica, sem, com isso, ver-se despida de cientificida-

<sup>636</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 137.

<sup>637</sup> Cf. *ibidem*, p. 136.

<sup>638</sup> Cf. **O que...**, *op. cit.*, p. 349-350.

de<sup>639</sup>. **A ciência do direito, também e ao seu modo, será uma ciência positiva, se suas afirmações forem testáveis em face da experiência.** Essa experiência, em SOUTO, é o ordenamento jurídico: se o ordenamento corrobora a hipótese teórica, ela pode ser tida por verdadeira; se a refuta, é falsa. Se, porém, o teste é impossível, a hipótese não adquire tom de cientificidade. A teoria será científica se testável; e será verdadeira se corroborada pelo teste<sup>640</sup>. Fica, então, demarcado o campo da ciência do direito e, conseqüentemente, a instância de controle de suas argumentações: elas devem voltar-se somente para as normas jurídicas positivas. Nada a ver com uma ideologia ou uma filosofia jurídico-positivista, que mestre SOUTO, expressamente, repudia<sup>641</sup>. A aplicação do critério de demarcação à ciência do direito leva o autor a propor o critério do âmbito de referibilidade das proposições jurídico-teóricas, relacionado ao critério do âmbito de validade das proposições jurídico-prescritivas: se cabe à ciência do direito descrever o direito positivo e explicá-lo, suas proposições só serão realmente descritivo-explicativas do objeto se a ele fizerem referência, de forma exclusiva. Referibilidade significa então, basicamente, que os enunciados doutrinários devem buscar referência nos textos jurídico-prescritivos válidos, e limitam-se em analogia à limitação do âmbito de validade das normas que descrevem. Caso contrário, estarão fora do âmbito no qual se devem inserir e ao qual se devem limitar, escapando ao controle empírico da argumentação científica. Se as normas jurídicas valem apenas para um determinado espaço-tempo, então as proposições doutrinárias que as descrevem devem ter idêntica limitação: a limitação dos enunciados da ciência dogmática encontra referência na limitação dos âmbitos de validade das normas jurídicas. É um problema de delimitação do campo sobre o qual se volta, com pretensões cognitivas, a ciência<sup>642</sup>. SOUTO sintetiza o ponto:

A caracterização da ciência do Direito, no sentido epistemologicamente estrito (dogmática jurídica), como um complexo de enunciados exclusivamente voltados para o Direito positivo demarca rigorosamente o seu objeto e por

<sup>639</sup> Cf. *ibidem*, p. 136. SOUTO, do éter estacionário, afirma ser “...*insusceptível de corroboração experimental (o que, subtraindo-lhe o caráter empírico, lhe retiraria até a sua cientificidade)*” – *ibidem*, p. 109.

<sup>640</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 5; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 21.

<sup>641</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 93 e 105-106; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 150-151; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 202.

<sup>642</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 43 e 131; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 57 e 134, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 148.

uma via como que reflexa: se as normas jurídicas têm âmbitos de **validade** delimitados, as proposições descritivas dessas normas terão por igual âmbitos de **referibilidade** limitados pelas próprias normas, ou seja, o objeto normativo que descrevem. Se extrapassa o seu âmbito de referibilidade, a proposição a rigor não descreve o ordenamento. É o princípio da coextensividade entre âmbitos de validade normativa e âmbitos de referibilidade doutrinária<sup>643</sup>.

O perigo de intentar-se fazer uma ciência do direito, em tudo e por tudo, vinculada ao padrão clássico das ciências naturais e às exigências do neopositivismo, é que o estudo se restrinja, exclusivamente, às normas e suas inter-relações, como se fossem montanhas dispostas em serras, ou planetas em sistemas solares. Daí, talvez, a razão pela qual LUIZA HELENA MOLL afirme que a jurídica, dentre as sociais, é a ciência que melhor se aproxima do padrão clássico<sup>644</sup>. Nesse caso, o tema do estudo científico não será um tema “humano”, nem complexo: são normas, coisas, objetos isoláveis em laboratórios jurídicos, suscetíveis de um procedimento analítico, que o retire de seu meio, e permita o conhecimento por redução de complexidades. A essa ciência, cabe a crítica do conhecimento científico moderno, feita por EDGAR MORIN, que “...baseava seu rigor e sua operacionalidade na medida e no cálculo; mas, cada vez mais, a matematização e a formalização desintegraram os seres e os entes para só considerar como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas”. Tudo isso até o ponto culminante: “As disciplinas das ciências humanas não têm mais necessidade da noção de homem”<sup>645</sup>. O conhecimento dos textos prescritivos é importante e fundamental, não há dúvida. Mas, **não é suficiente para orientar a melhor criação e aplicação do direito**. Para isso, é preciso uma evolução metodológica, que considere, na especificidade do estudo do direito, também sua aplicabilidade concreta. Sob o ponto de vista complexo, cada ciência tem suas especificidades, sendo inútil tentar traçar um modelo unitário comum<sup>646</sup>. Para SOUTO, de comum, apenas a necessidade de controle empírico do discurso; de específico, a necessi-

<sup>643</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 132.

<sup>644</sup> Cf. Prefácio, in VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE, **Dogmática...**, *op. cit.*, p. 8.

<sup>645</sup> **Introdução ao pensamento complexo**, p. 12 – originalmente, publicada como *Introduction à le pensée complexe*.

<sup>646</sup> Cf. RICARDO MONZANI, Discurso filosófico e discurso psicanalítico: balanço e perspectivas, in BENTO PRADO JR., **Filosofia da psicanálise**, p. 131.

dade de justiça no caso concreto, objeto de obra posterior, que assume nível mais elevado de complexidade: *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*.

Mas, desde esse período do *Obrigação tributária* e até hoje, ciência, para mestre SOUTO, é somente a empírica, aquela cujas afirmações podem ser testadas pela experiência diante de um campo experimental delimitado. Por aceitar o critério epistêmico de POPPER, SOUTO sustenta que as proposições de ciência do direito são apenas provisoriamente verificáveis. **A falseabilidade é o seu atributo próprio, o que as faz científicas.** Diz POPPER: “...o critério de cientificidade de uma teoria é sua falseabilidade, sua refutabilidade ou sua testabilidade”<sup>647</sup>. Se o experimento não as falseia, as hipóteses estão corroboradas, sempre provisoriamente – SOUTO, como aquele epistemólogo, diferencia, semanticamente, a corroboração, uma verificação de verdade provisória, da confirmação definitiva, que a hipótese científica jamais terá. Enquanto o experimento permanece a corroborar a afirmação científica, ela mantém-se como uma verdade provisória, à espera de uma teoria melhor. Não será empírica, sequer científica, a teoria que não possa ser falseada pelo teste de transposição ao direito positivo<sup>648</sup>.

Desse empirismo, decorre conclusão relevante: o descabimento de enunciados estritamente universais, ou universais no sentido estrito da expressão, para descrever categorias de direito positivo. É que, enquanto categorias de direito positivo, elas correspondem a conjuntos finitos, delimitados numericamente, aos quais não cabe dirigir afirmações estritamente universais com pretensão de descritividade<sup>649</sup>. Enunciados podem ser universais em um sentido estrito – referentes a todo o universo, de forma ilimitada – ou em um sentido meramente numérico – referentes a um determinado universo limitado. Como o enunciado estritamente universal não contempla nenhuma demarcação em seu âmbito de referibilidade, não pode ser usado numa ciência cujas pro-

<sup>647</sup> **Conjectures and refutations:** the growth of scientific knowledge, p. 37. Tradução livre pelo autor; no original, em inglês: “...the criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability”.

<sup>648</sup> Cf. **Obrigação...**, op. cit., p. 67 e 76-79; **Obrigação...**, 2. ed., op. cit., p. 79 e 86-89. No inglês popperiano, lê-se o seguinte: “We then confront this prognosis, whenever possible, with the results of experimental or other observations. Agreement with them is taken as corroboration of the hypothesis, though not a final proof; clear disagreement is considered as refutation or falsification” (Em seguida, enfrentamos esse prognóstico, sempre que possível, com os resultados de observações experimentais, ou outras observações. O acordo com elas é tomado como uma corroboração da hipótese, embora não uma prova final; um desacordo claro é considerado como refutação ou falsificação) – **The poverty...**, op. cit., p. 133.

<sup>649</sup> Prefácio..., in JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO, **Obrigação...**, 2. ed., op. cit., p. 14.

posições têm referibilidade limitada. Mas um enunciado estritamente universal, embora não possa ser comprovado, sempre pode ser falseado: basta um enunciado existencial em sentido contrário. Um enunciado estritamente universal é obtido, normalmente, via indução, a partir de enunciados singulares. De vários enunciados singulares em um sentido, forma-se o enunciado geral. Usando o exemplo de mestre SOUTO: da verificação de numerosas obrigações patrimoniais, retira-se o enunciado segundo o qual toda obrigação é patrimonial. **Tem-se indução: parte-se da observação dos particulares para chegar-se a uma regra geral.** Há duas formas de indução. A indução propriamente dita, que é sempre imperfeita ou incompleta, retira, de enunciados singulares, a regra geral universalmente válida. Obtém, portanto, um enunciado estritamente universal. E o obtém, talvez, a partir da verificação de muitos enunciados singulares, mas jamais de todos os enunciados singulares. Da pluralidade, mas não da totalidade. É imperfeita precisamente por isso: porque não pesquisa exhaustivamente a totalidade dos casos para deles intuir a regra geral. Logo, a regra geral que obtém é meramente provável. Por isso, tal indução é questionável para os que pretendem uma ciência rigorosa. Outra forma de indução, a perfeita ou completa, parte da observação de todos os casos particulares, para dela conseguir a regra geral. Ao contrário da indução propriamente dita, que obtém a regra geral a partir de uma observação do infinito, a indução perfeita obtém essa mesma regra geral a partir da observação de uma totalidade finita. Obter-se-á um enunciado geral relativo a um universo limitado: um enunciado numericamente universal, portanto, e não universal, no sentido estrito dessa expressão<sup>650</sup>. Por isso, esse enunciado será corroborável pela experiência finita. É uma indução imprópria, porque se retira a regra geral da observação exhaustiva das realidades particulares, em rigor, não chega a novidade alguma. Em nada acrescenta ao conhecimento científico, porque só chega a um nível de generalização de verdades já conhecidas no nível individual. A proposição, em rigor, é tautológica<sup>651</sup>.

Dizer “toda obrigação é patrimonial” é emitir um enunciado universal em sentido estrito. Ou seja, é dizer que toda e qualquer obrigação, em qualquer espaço-tempo,

---

<sup>650</sup> A respeito da terminologia “universalidade numérica” e “generalidade”, cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Sobre a demarcação dos campos de vigência das obrigações no sistema tributário nacional, **inédito**.

<sup>651</sup> JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 44-45, 52-53, 58 e 101; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 58-59, 66, 71 e 108.

será sempre patrimonial. Como confirmar, no entanto, um enunciado dessa espécie ? Olhando todas as obrigações e induzindo-o ? Isso é inviável metodologicamente. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES utiliza aquela afirmação como exemplar: “*Difícilmente poder-se-ia encontrar ilustração mais expressiva desse descaminho que a tese da patrimonialidade irrestrita das obrigações*”<sup>652</sup>. Mas, além de afirmação epistemologicamente ilegítima, dada sua universalidade estrita, destinada a tratar de entidades numericamente limitadas, **é, também, proposição empiricamente falsa**. Mestre SOUTO, ao olhar para o artigo 113, § 2.º, do Código Tributário Nacional, verifica um enunciado da existência de uma obrigação, no direito brasileiro, que – supostamente, e para os efeitos da sua crítica naquela oportunidade – não tem conteúdo patrimonial. Tem-se, então, um simples enunciado existencial, a falsear enunciado estritamente universal que sustenta a patrimonialidade de toda e qualquer obrigação<sup>653</sup>. Em evolução posterior, influenciada por KONRAD LORENZ, o jusfilósofo já não mais se satisfará com um único enunciado protocolar como refutador da teoria; mas, manterá, na essência, a crítica à pretensão de universalidade da teoria refutada por um fato empírico em sentido contrário, ainda que apenas um<sup>654</sup>.

**Obrigação tributária apresenta, ainda, uma ética científica.** É profundamente ética, além de epistemológica, a denúncia que mestre SOUTO faz, da utilização de hipóteses *ad hoc* destinadas a salvar uma teoria jurídica falseada. Essa utilização envolve uma falta de compromisso ético com o progresso da ciência<sup>655</sup>. A denúncia sountiana das hipóteses *ad hoc* encontra paralelo na crítica de BACHELARD, ao que este epistemólogo denomina “fórmula-resposta”:

Estamos mal preparados para acompanhar a evolução da atomística moderna se aceitarmos a fórmula de Meyerson segundo a qual o átomo não é, propriamente falando, senão um pedaço de espaço. Trata-se de elementar fórmula-resposta, fórmula que fecha questões, que não suscita questões, que torna barata a enorme problemática da atomística moderna. Ela liquida depressa as restrições prudentes do espírito positivista. Pode-se então dar essa fórmula como exemplo nítido da involução do pensamento filosófico<sup>656</sup>.

<sup>652</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 43 e p. 58.

<sup>653</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. 49 e p. 63.

<sup>654</sup> Cf. Em socorro da obrigação tributária, in HELENO TÔRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 72; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 405.

<sup>655</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 90; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 99.

<sup>656</sup> **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 59.

Afirmar, em defesa da tese da patrimonialidade de toda e qualquer obrigação, que a obrigação acessória, por não ser patrimonial, não é verdadeira obrigação, é utilizar-se de expediente cientificamente inadequado: mediante o recurso ao argumento *ad hoc*, **tenta-se salvar uma teoria que, comprovadamente, não tem procedência, porque falseada**. Uma argumentação como essa é *ad hoc*: é inventada para aquele caso concreto, destinada a salvar do falseamento a teoria universal da patrimonialidade de toda obrigação jurídica<sup>657</sup>. Mesmo BACON, dono de forte crença na fertilidade do uso da indução, já no início do século XVII condenava o recurso ao argumento *ad hoc*:

Os axiomas ora em uso decorrem da experiência rasa e estreita e a partir de poucos fatos particulares, que ocorrem com freqüência; e estão adstritos à sua extensão. Daí não espantar que não levem a novos fatos particulares. Assim, se caso alguma instância (*instantia*) não antes advertida ou cogitada se apresenta, graças a alguma distinção frívola procura-se salvar o axioma, quando o mais verdadeiro seria corrigi-lo<sup>658</sup>.

Além de epistemologicamente ilegítimo e eticamente condenável, o recurso ao argumento *ad hoc* é, para SOUTO, logicamente inválido. **Envolve uma petição de princípio, uma inferência circular**. A prova de que a obrigação não é obrigação decorre do seu caráter não patrimonial, quando é esse caráter patrimonial o que precisava ser objeto de prova. Há, aqui, para SOUTO, um argumento circular evidente<sup>659</sup>.

Como mestre SOUTO explicará, no *Ciência feliz*, uma explicação teórica, no direito, pode ser havida como *ad hoc* em três ocasiões. A primeira manifesta-se quando a proposta teórica é feita para explicar algo a ela preexistente, como um ordenamento dado. Nesse sentido, toda dogmática é *ad hoc*, e a expressão, neste caso, não assume cunho depreciativo. Mas, nos outros dois casos, há problemas: quando a teoria é explicativa de uma só norma ou normas particulares, e quando se traduz em mera generalização de enunciados sobre normas individualizadas. A imposição de atecnia à expressão “obrigação tributária acessória” esbarra em ambos. Sobre ser *ad hoc*, é, ainda, uma hipótese auxiliar, que só deveria ser admitida se ampliasse a falseabilidade da teoria. Mas, é precisamente o contrário o que ocorre: com o recurso ao argumento *ad hoc*, a teoria, que não era comprovável, deixa, inclusive, de ser falseável. Com isso,

<sup>657</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 83-84; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 93.

<sup>658</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>659</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 84; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 93.

transforma-se em uma verdade eterna e inquestionável: **um dogma de fé**. Sai do campo da ciência, tornando-se uma teoria paracientífica<sup>660</sup>.

Por isso esse expediente, sob o ponto de vista epistemológico, é condenável. **Salvar o equívoco é precisamente aquilo que a ciência não deve fazer**. Nesse sentido, diz SOUTO:

Contornar por essa via a refutação não é, contudo, a posição científica metodologicamente mais adequada... Essa proposição doutrinária, como qualquer outra, não deveria procurar sistematicamente imunizar-se à crítica, contornando, de qualquer forma, o falseamento, mas ao contrário abrir-se em livre disponibilidade à refutação... Não esconder os pontos fracos, nem saná-los pela introdução de meras hipóteses explicativas *ad hoc*, mas expor-se à crítica, o mais abertamente possível, dos seus aspectos mais relevantes e até dos ainda incontestados é, metodologicamente, a única postura compatível com as exigências do conhecimento científico objetivo<sup>661</sup>.

A refutação de uma teoria é uma tentativa de aprimoramento da ciência. No direito tributário, chega a ser destinada inclusive ao aprimoramento do estado democrático de direito e da vida concreta dos cidadãos. Nenhum agravo pessoal contra o autor da proposta. Mas, denuncia SOUTO, é comumente vista como se fora:

...é, salvo raríssimas exceções, como que um agravo mortal aos corifeus da teoria falseada, que preferem perecer com ela a admitir o seu irreversível falseamento. E, pela via de explicações *ad hoc*, tentam desesperadamente salvar teorias já conclusivamente falseadas<sup>662</sup>.

Tentar salvar uma teoria falseada pelo uso do argumento *ad hoc* é combater o progresso da ciência. É impedir que o pensamento humano evolua. É tratar com irracionalidade precisamente aquilo que demandaria um tratamento racional. É fazer tudo aquilo que o cientista não deve fazer. É violar uma das normas éticas mais básicas da ciência.

**A terceira crítica epistemológica de mestre SOUTO proporciona uma tripla abertura.** Ela envolve, de um lado, a necessidade de que as construções da ciência jurídica tenham referibilidade ao direito positivo, para possibilitar o controle da cienti-

<sup>660</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 155-156; **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 64-65, 84 e 90; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 77, 93 e 99.

<sup>661</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 64-65; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 77.

<sup>662</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 90 e p. 99.



ficidade de certas opiniões que, lançadas e reiteradas, fazem escola, mas, analisadas com rigor, logo revelam sua ilegitimidade ou sua falsidade. De outro lado, a necessidade de assumir uma preocupação mais complexa, que envolva o ser humano que sofre diariamente as agruras da submissão a um direito positivo problemático como o brasileiro, dando utilidade e praticidade à dogmática tributarista. E, como um problema anterior, torna imperativa a remoção do obstáculo epistemológico em que se transforma a fundamentação filosófica dualista que sustenta a visão tradicional. Porque aí haverá preocupação com a incidência que está por vir, algo que é vedado ao cientista: pensar o devir, para um tributarista tradicional, nem pensar: só se pode pensar o que é. É comum, nas diversas ciências, a necessidade de uma instância de controle da racionalidade do discurso científico. Essa é a unidade metodológica das ciências a que se refere mestre SOUTO. Fora disso, as ciências têm métodos diversos, objetivos diferentes, e podem cambiar de acordo com as necessidades. O que não podem, no terceiro aspecto da abertura, é fechar-se à crítica: a ciência é um saber sempre provisório, passível de aprimoramento. Compreendê-lo é fundamental para que se evite, a todo custo, ter uma atitude conservadora, vaidosa ou soberba, defendendo posicionamentos teóricos já comprovadamente indefensáveis. Se essas lições tivessem sido assimiladas, o dualismo entre fato e evento – proposta tanto epistemologicamente ilegítima quanto empiricamente falsa, reducionista e formalista, que desconsidera a concretude das angústias humanas, e *a priori* salva do falseamento mediante argumento *ad hoc*, como ainda será demonstrado adiante – jamais teria sido lançado como teoria explicativa do direito tributário. Avançar no estudo metateórico do direito tributário demanda manter em mente essas aberturas soutianas.

### 3.4.5 O estatuto científico da teoria geral do direito

*“Porque descabe pretender resultados diferentes enveredando-se pelo mesmo caminho, até agora percorrido”<sup>663</sup>*

A doutrina tributarista entende relevante e procura sempre trabalhar com apoio na teoria geral do direito. Não obstante, é comum que entregue, à teoria geral, um estatuto teórico que acaba por a descaracterizar enquanto expediente utilizável em ciência empírica. Nesses casos, sustenta-se a existência de **uma teoria geral superior e independente da vivência jurídica empírica e concreta**. Quase um mundo à parte. A crítica a esse proceder doutrinário, e os rumos para sua correção, são trazidos por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, no *Obrigação tributária*.

O autor parte da consideração segundo a qual a obrigação tributária é uma categoria de direito positivo, e não da teoria geral do direito. Precisamente porque é tributária, não pode ser da teoria geral do direito: ser tributária significa ter um conteúdo que o direito positivo lhe dá, e a teoria geral do direito contém apenas categorias relativamente formais, vazias do conteúdo cambiável de cada direito positivo. **Mestre SOUTO trabalha uma teoria geral do direito obtida por formalização conceitual**. Esse conceito formal será completado, em seu conteúdo, pelos diversos direitos positivos<sup>664</sup>.

Se a teoria geral pretende ter, por objeto, apenas os conceitos jurídicos fundamentais, supostamente comuns a todos os ordenamentos jurídicos existentes e possíveis, então precisa, necessariamente, abstrair os conteúdos particulares de cada um desses ordenamentos. Se a teoria geral satura-se do conteúdo de um determinado direito positivo, perde, *ipso facto*, sua capacidade de aplicação aos demais sistemas jurídico-prescritivos. Deixa de ser teoria geral, e entra no nível da ciência do direito posi-

<sup>663</sup> O princípio..., *op. cit.*, p. 247.

<sup>664</sup> Além das obrigações tributárias, as obrigações em geral também são havidas, no *Obrigação tributária*, como categorias de direito positivo, e não de teoria geral do direito. Essa é uma premissa da argumentação soutiana que, salvo melhor juízo, não parece plenamente demonstrada. Esse seria, talvez, um possível caminho de crítica ao trabalho do mestre. Porém, trata-se, nesse ponto da tese, apenas de expor a necessidade de que seja sempre mantida a “testabilidade” entre a teoria geral do direito e o direito positivo como uma instância necessária para sua legitimação epistêmica, necessidade que não seria maculada caso a premissa referida fosse improcedente. E com essa necessidade, que não demanda esposar todas as premissas e conclusões da obra, estamos de pleno acordo, e dela partimos para desenvolver a argumentação.

vo. A única forma mediante a qual a teoria geral pode ter a pretensão de ser algo diferente da ciência do direito, é sendo, em relação a esta, formal. E mesmo que se entenda ser, a teoria geral do direito, obtida pela generalização dos conceitos construídos pelas ciências jurídicas particulares, esse conceito geral abandonará o conteúdo específico dessas ciências particulares, e será, nesse sentido, “formal”. Não há viabilidade epistemológica em sustentar a existência de conteúdos jurídico-positivos universais. Como é sempre possível que cada sistema regule as condutas intersubjetivas diferentemente, o conteúdo de conduta normada é variável, e só o que poderia permanecer constante seria a forma: dentro do heterogêneo-substancial, busca identificar o homogêneo-formal. Isso não implica que a teoria geral do direito se volte apenas para o estrutural do direito, abandonando o aspecto funcional. Para SOUTO, a forma do funcional pode ser objeto, também, da teoria geral. Mas não o será o conteúdo, cambiável de sistema para sistema. Demonstra-o o trabalho de NORBERTO BOBBIO, no qual a visão soutiana da teoria geral do direito busca fundamento expresso<sup>665</sup>.

O jurista pernambucano entende o dever como uma categoria de teoria geral do direito. O direito em geral trabalha com a categoria dever. Porém, o que é devido, a matéria, o conteúdo, a substância da normatividade, isso só cada direito particular poderá determinar. Essa determinação, por isso mesmo, escapa dos limites da teoria geral do direito. Então, as obrigações de direito positivo, como a civil e a tributária, são construções do direito positivo, com seus conteúdos específicos, diferentemente do dever jurídico, que, para o autor, pode ser havido como categoria da teoria geral do direito. Segue-se que, sendo a obrigação uma categoria de direito positivo, **aquele que é competente para editar o direito positivo estabelecerá o que será obrigatório**. Os contornos da obrigação são definidos pelo direito positivo, inclusive o eventual conteúdo de patrimonialidade. Mas, se definir o conteúdo da obrigação compete a quem elabora o direito positivo, esse sujeito competente pode, sem dúvida, prescrever que só haverá obrigação onde houver possibilidade de aferição patrimonial. Pode, porém, fa-

---

<sup>665</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Obrigação...*, *op. cit.*, p. 13-19; *Obrigação...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 29-34; NORBERTO BOBBIO, *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito, originalmente, publicado como *Dalla Struttura Alla Funzione: Nuovi Studi de teoria generale del diritto*, em 1977.

zê-lo diferentemente. Diante disso, conclui o autor, quaisquer podem ser os atributos da obrigação, não havendo atributos “essenciais”<sup>666</sup>.

Porém, a tese da patrimonialidade, criticada no livro, pretende seja, essa, uma característica essencial, universal e eterna, que estaria presente em qualquer obrigação possível de ser verificada ou, sequer, imaginada. O ser patrimonial seria da essência universal de toda obrigação. Mas, aí, pouco importa o que diz o direito positivo: é essencialmente patrimonial porque é essencialmente patrimonial. Trata-se de atributo universal, em sede de teoria geral<sup>667</sup>. Tal atributo seria preexistente e insuperável pelo direito positivo e as obrigações que prescreve. Seria um atributo oponível ao direito positivo: se ele não contempla a patrimonialidade como característica de todas as suas obrigações, estará errado. Denuncia-se esse erro, porém, sem qualquer apoio empírico: é errado porque a teoria, que sobrepuja a realidade empírica, diz que é. Todavia, se não se submete à prova empírica, já escapa dos limites da ciência. E, se independe totalmente do direito positivo, escapa do âmbito de referibilidade da ciência do direito. **É platonista, porque busca uma essência ideal, por trás ou acima do ordenamento jurídico.** Enquanto insuscetível de falseamento, essa tese da patrimonialidade está fora do âmbito da ciência em geral, e da ciência do direito em particular; de acordo com as premissas de que parte mestre SOUTO, é metajurídica<sup>668</sup>. Como explicaria, mais tarde, o autor: independentemente de refutação empírica, e, portanto, de ser verdadeira ou falsa, a afirmação de atributo essencial à entidade de direito positivo é epistemologicamente ilegítima, porque pretende um universal onde universal não pode haver<sup>669</sup>.

É comum a crítica epistêmica a quem teoriza a respeito de uma realidade de existência meramente ideal, produzida com pretensão de acabamento e completude, mas cuja referibilidade à realidade concreta fica, por isso mesmo, permanentemente sob suspeita. Porque a realidade não está completa e acabada – ao contrário, está sem-

<sup>666</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 23-25; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>667</sup> Encontra-se o termo alemão *Allgemeine* traduzido como “geral” e como “universal”: LUIZ SÉRGIO REPA e RODNEI NASCIMENTO traduzem o título da obra *Der Affekt gegen das Allgemeine*, de AXEL HONNETH, como “*O afeto contra o universal*” – cf. JÜRGEN HABERMAS, **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições, p. 1; JOSÉ FLORENTINO DUARTE, por sua vez, traduz o título da obra *Allgemeine Theorie der Normen*, de HANS Kelsen, como “*Teoria geral das normas*”.

<sup>668</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 108-109; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 114-115.

<sup>669</sup> Em socorro da obrigação tributária: nova abordagem epistemológica, in HELENO TÔRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 68 e 75; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 401 e 409.

pre a se modificar. O vir-a-ser a cada vez diferentemente é um dado constitutivo do mundo no qual nos inserimos. Quando KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS dizem que suas premissas não se fundamentam em bases arbitrárias ou dogmas, mas, ao contrário, buscam apoio nos sujeitos reais, e suas condições materiais de existência, sempre cambiantes, e verificáveis por via empírica, fazem claro ataque ao idealismo alemão que os precedeu. DILTHEY também observa que, tanto o “espírito” hegeliano, quanto a “razão” schleiermacheriana, tentam sintetizar, em uma abstração, todo o curso universal da história, ficando sem tempo ou sem lugar: tornam-se eternos e universais. O problema de todo pensamento idealista, simultaneamente seu trunfo, é afastar a realidade, para contornar os problemas concretos. Essa estratégia traz a segurança de trabalhar no conhecido, mas envolve o inconveniente – para alguns, não tão inconveniente assim – de eliminar os problemas que o exame direto da realidade poderia desvelar, distanciando-se do real. Isso traz, ao idealismo, um descrédito<sup>670</sup>. De KANT, expoente do idealismo alemão, NIETZSCHE afirma ter sido obrigado a conceber uma idealidade situada num além-mundo, diferente e transcendente ao mundo concreto das realidades empiricamente verificáveis, cindindo, como já fizera PLATÃO, o mundo em dois: “...para abrir espaço para seu ‘reino moral’, ele se viu obrigado a anexar um mundo indemonstrável, um ‘além’ lógico...”<sup>671</sup>.

No direito tributário, constrói-se uma espécie de teoria geral do direito tributário formalizada: busca-se construir um sistema ideal, criando-se um mundo científico, metalinguístico, onde está a verdade eterna e imutável, onde há uma unidade, um princípio organizacional único, traduzido na norma jurídica, sempre sintaticamente homogênea. **É uma ciência que envolve certa dose de idealismo.** Isso pode implicar o afastamento da realidade concreta, disforme, complexa e heterogênea, e até mesmo

---

<sup>670</sup> Cf. KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS, **A ideologia alemã**, p. 10 – originalmente, publicada como *Die deutsche Ideologie (Erster teil)* (parte um) em 1933, mas escrito entre 1845 e 1846; WILHELM DILTHEY, **Introducción...**, *op. cit.*, p. 172-173, 547; JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, *As fontes...*, *op. cit.*, p. 50; ARTHUR KAUFMANN, *A problemática...*, *op. cit.*, p. 107; JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *A noção...*, *op. cit.*, p. 63; OCTAVIO CAMPOS FISCHER, **A contribuição ao PIS**, p. 15. Embora, segundo algumas interpretações, o projeto de HEGEL tivesse pretensão de concretude. Disse ele: “*O olhar do espírito deveria, à força, ser dirigido ao terreno e ali mantido*” – **Fenomenologia...**, *op. cit.*, p. 25. E, também, embora a crítica de MARX, em algumas passagens, revele concepções idealizadas: o processo do trabalho como uma condição natural e eterna de toda vida humana – cf. **O capital**: crítica da economia política: o processo de produção do capital, v. 1, p. 207 *et seq.* – originalmente, publicado como *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie Buch I: Des Produktions-prozess des Kapitals*, em 1867.

<sup>671</sup> Aurora, in **Obras...**, *op. cit.*, p. 156 – originalmente, publicado como *Morgenroete*, de 1880-1881.

sua negação. Com isso, porém, adotando-se o conceito soutiano de ciência, a própria cientificidade é perdida, com o abandono de qualquer possibilidade de confronto empírico que pudesse legitimar a teoria. Pode-se entender a teoria geral do direito como obtida por generalização conceptual, a partir das construções das disciplinas jurídicas particulares, e nelas tendo seu referencial empírico. Se for assim, esse referencial empírico pode ser verdadeiro ou falso, a depender de seu confronto com o direito positivo. Em última análise, mesmo a teoria geral do direito que é verdadeira diante das ciências jurídicas particulares, seria falsa diante do direito positivo, ao menos de forma mediata. De modo que, também nesse caso, o direito positivo permanece como instância de “testabilidade” da teoria geral do direito, ainda que indiretamente.

Imagine-se um exemplo hegeliano: não existe “o estado” como um ente eterno e imutável, e não há qualquer razão para que “estado” seja uma categoria científica abstrata, eterna e imutável, tomada sempre e sempre como um conceito com os mesmos significados conotativos e denotativos. “O estado” é uma abstração, em grau elevado, como ensina LOURIVAL VILANOVA<sup>672</sup>. Numa concepção idealista, o estado pode ter um objetivo geral, como proporcionar a convivência pacífica entre os seres humanos, ou realizar a *eudaimonía* aristotélica<sup>673</sup>. Mas, na história concreta, um determinado estado pode ter como objetivo impedir a convivência pacífica entre os seres humanos, sem excluir outro que procure a pacificação, e outro ainda cujos fins não sejam diretamente ligados à paz social. Pensar a partir de uma ideia prévia, sem a preocupação da comprovação empírica ou da contextualização histórico-espacial, é assumir a possibilidade de uma visão gravemente distorcida. A propósito, NIETZSCHE:

Todos os filósofos têm em comum o defeito de partir do homem atual e acreditar que, analisando-o, alcançam seu objetivo. Involuntariamente imaginam “o homem” como uma *aeterna veritas*, como uma constante em todo o redemoinho, uma medida segura das coisas. Mas tudo o que o filósofo de-

<sup>672</sup> O problema do objeto da teoria geral do estado, in **Escritos...**, v. 1, *op. cit.*, p. 93.

<sup>673</sup> Cf. WILHELM DILTHEY, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 341. Bem antes de HEGEL, MAQUIAVEL já rejeitara a tradição idealista que via em PLATÃO, ARISTÓTELES e SANTO TOMÁS DE AQUINO, dizendo que seu apoio, ao tratar do estado, seria a realidade concreta – cf. MARIA TEREZA SADEK, Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtù*, in FRANCISCO C. WEFFORT (org.), **Os clássicos da política**, v. 1., p. 17. MAQUIAVEL abre seu estudo remetendo-se aos exemplos concretos: “*Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados*” – **O príncipe**, p. 29 – escrito em 1513 e, originalmente, publicado postumamente como *Il principe*, em 1532.

clara sobre o homem, no fundo, não passa de um testemunho sobre o homem de um espaço de tempo bem delimitado<sup>674</sup>.

A ciência jurídico-tributária, ao valer-se da teoria geral do direito, acaba por aceitar suas categorias como eternas, imutáveis e de significação única: **a verdade, universalmente válida, encoberta pelo direito concreto**. É dizer: toda norma jurídica seria uma proposição formada por uma hipótese, à qual se ligaria uma consequência, sempre e sempre, e para todo sempre, e independentemente do espaço-tempo em que se inserisse: isso seria uma verdade incontestável, um postulado do conhecimento científico no direito. Qualquer prova em sentido contrário, ao invés de falsear essa teoria, falsearia a própria prova – como na argumentação que defende o dualismo entre fato e evento, a tomar por falsas as provas que o falseiam.

O problema enfrentado por concepções idealistas com pretensões descritivas é a possibilidade, sempre presente, de que seu confronto com a realidade venha a infirmá-la. Seu fundamento, nesse sentido, é sempre frágil. A adoção de qualquer conceituação eterna, de aplicabilidade universal, em sede de “teoria geral”, apta a tudo explicar, enfrentará, sempre, os mesmos problemas. Porque a consideração segundo a qual toda norma é uma proposição que liga uma hipótese a uma consequência é uma concepção idealista. Não tem fundamento rigoroso na experiência, nem poderia ter: seria inviável pesquisar todas as normas, de ontem, hoje e amanhã, aqui e alhures, para saber-se se toda norma é assim. **Essa norma sintaticamente homogênea não é uma norma real: é a norma ideal**. É um modelo construído pelo cientista, que pode ser bastante útil, em muitos casos, para o desenvolvimento do seu trabalho; e pouco útil, em outros; mas que, em qualquer caso, pode ceder. É o que ensina LOURIVAL VILANOVA: “*O conceito de um sistema de direito positivo sintaticamente puro, quer dizer, constituído somente de enunciados normativos (e, mais, de enunciados normativos jurídicos), de normas prescribentes de condutas, é antes um modelo ideal que uma realização na ordem dos fatos*”<sup>675</sup>. O direito real e a norma real, aliás, no singular, nem existem: há normas e não a norma; há direitos e não o direito.

---

<sup>674</sup> **Humano...**, v. 1, *op. cit.*, p. 16.

<sup>675</sup> Níveis de linguagem em Kelsen: norma jurídica/proposição jurídica, in **Escritos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 210.

O projeto de uma teoria geral do direito, seja ele concebido a partir do direito historicamente verificado, ou a partir de uma idealidade, será sempre um projeto contingente e cambiável, e que **jamais poderá ser havido, a priori, como capaz de explicar toda a verdade sobre todo e qualquer problema jurídico**. O recurso à teoria geral do direito, normalmente, é justificado como se fosse suficiente para resolver qualquer questão. Mas a própria ideia de “teoria geral” é complicada, ainda mais “do direito”, algo profundamente cambiável ao longo do tempo. Inclusive a Teoria Pura do Direito, naquilo que tem de teoria geral do direito, padece do problema de resultar de raciocínio indutivo, como admite KELSEN<sup>676</sup>.

Já se demonstrou que a influência da teoria geral do direito na doutrina tributária é enorme: o recurso a ela é sempre ressaltado como um sinal positivo, quase que um atestado de procedência do trabalho científico. O ponto culminante desse expediente é a pretensão de correção da teoria geral, mesmo em face de evidência empírica em sentido contrário. O direito positivo, algo existente e empiricamente verificável, curvar-se-ia a uma “teoria geral do direito”, algo abstrato e ideal, sob pena de “incorrecção técnica” – embora sustente-se, simultaneamente, que, ao direito positivo, são cabíveis, exclusivamente, os valores “válido” ou “inválido”, de modo que não se poderia qualificá-lo como tecnicamente certo ou errado. Tome-se o exemplo de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: a doutrina denuncia, como equivocada, a crítica à expressão “obrigação acessória” – utilizada, dentre outros, no artigo 113, §§ 2.º e 3.º, do Código Tributário Nacional<sup>677</sup>. O suporte doutrinário para a crítica é uma teoria geral do direito que atribua, às obrigações, o essencial caráter patrimonial; e, ao acessório, a característica de eternamente dependente do principal. SOUTO, em sua crítica, parte da distinção entre categorias de direito positivo e de teoria geral do direito, e classifica as obrigações dentre as primeiras. Porém, aqui pretende-se estender a crítica: ela seria procedente, da mesma forma, se denunciasse **a pretensão de universalidade e eternidade supraempírica das categorias da própria teoria geral do direito**. Ela pode

<sup>676</sup> Cf. **O que...**, *op. cit.*, p. 291 e 261.

<sup>677</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*; **Obrigação...**, 2. ed. *op. cit.*, *passim*. Art. 113. *A obrigação tributária é principal ou acessória... § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.*



ser estendida a toda teoria geral que traga conceitos empiricamente inverificáveis ou, no mínimo, empiricamente cambiáveis, e pretenda-os absolutamente verdadeiros em sua abstração e atemporalidade, oponíveis à concretude histórica, e dela suplantadores. Também à teoria geral, sempre que ceda à falseabilidade empírica, perde correção conceitual, sob pena de perder cientificidade. Assim, ou se tem, a teoria geral, com estatuto teórico de ciência empírica, e admite-se sua falseabilidade pela experiência concreta, ou seu caráter científico precisa ser abandonado. No campo das categorias próprias da teoria geral do direito, como a norma jurídica, são comuns as atribuições de características essenciais, que cedem diante da experiência. Tome-se exemplos: toda norma tem sanção e não há deveres jurídicos destituídos de sanção por seu descumprimento – contra, por exemplo, a norma do artigo 212 do Código Tributário Nacional, que carece de sanção<sup>678</sup>; toda norma é sempre reguladora de conduta humana – que falece diante de normas que não regulam condutas, como as normas dos artigos 3.º, 4.º e 5.º do CTN<sup>679</sup>; todo o direito se reduz a um conjunto de normas, de modo que no direito só há normas jurídicas – contra, por exemplo, a norma do artigo 108 do CTN<sup>680</sup>. Para os quais, então, surgem argumentos *ad hoc*, como “tratam-se de normas incompletas, fragmentos de normas, normas programáticas”, a justificar a correção de sua construção teórica abstrata, mesmo em face de evidência empírica concreta em sentido diverso.

Esse comportamento nega que a teoria geral do direito seja obtida a partir da observação empírica do direito concreto. Contrariando o direito empiricamente verificável, a teoria geral de pretensões descritivas deveria ser rejeitada, como, com POP-

---

<sup>678</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA *et al.*, Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 4, p. 220-221. Este o preceito: *Art. 212. Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.*

<sup>679</sup> *Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Art. 4.º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação. Art. 5.º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.*

<sup>680</sup> *Art. 108. Na ausência 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. § 1.º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. § 2.º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.*

PER, qualquer teoria científica deveria<sup>681</sup>. No âmbito jurídico, **a teoria geral do direito retorna submissa à experiência jurídica**. Caso a experiência venha a contrapor-se à teoria geral, esta cederá. É o direito positivo que empresta legitimidade à teoria geral, e não o contrário, explica SOUTO: as hipóteses da teoria geral do direito, assim como as proposições da dogmática jurídica, devem ser testáveis em face do ordenamento jurídico, que poderá corroborá-las, provisoriamente, ou refutá-las, total ou parcialmente<sup>682</sup>. Se não forem testáveis, perdem o estatuto científico, alojando-se em outro campo. Sustentar que toda norma tem sanção, por exemplo, pode ser uma proposição de teoria geral do direito, e, nesse caso, permanecerá sujeita à “testabilidade” empírica. Ou, poderá ser uma proposição de filosofia do direito, assumindo, por um motivo ou por outro, uma posição sancionista de explicação do fenômeno jurídico. Se houver norma sem sanção, a teoria geral do direito que o sustenta cairá; a filosofia sancionista do direito, porém, permanecerá, porque ela independe de uma norma individual que a contrarie.

Deve-se evitar, porém, cair num problema meramente semântico: importa menos saber como classificar uma proposição a respeito da norma jurídica, se é teoria geral do direito, ou filosofia do direito. **Relevante é sindicá-la sua cientificidade**: a quem deseja construir um argumento científico, mesmo que numa ciência construtivista, a falseabilidade empírica é critério que só poderá ser afastado pela concepção de outro melhor, que precisará, então, ser explicado e sustentado. Se o que se deseja é fazer ciência, então a teoria geral do direito não pode assumir tons de irrefutabilidade empírica, enquanto fundamento para o discurso científico, que não se pretende fundado em dogmas ou proposições válidas *a priori*. A ciência contemporânea, superado o neopositivismo, assume a possibilidade da construção de hipóteses de trabalho, e frequentemente o faz, mesmo sem possibilidade imediata de teste empírico – o *Big Bang*, por exemplo. Mas essa hipótese não é um dogma, válido eterna e universalmente, *a priori* não sindicável pela experiência. Ao contrário: é assumido como um mero modelo explicativo, que cede diante da prova contrária, e que pode ser aperfeiçoado pelo

---

<sup>681</sup> Cf. **A sociedade aberta e seus inimigos**, v. 2., p. 241 – originalmente, publicada como *The open society and its enemies*, em 1945.

<sup>682</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 18-20; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 34-35; Em socorro da obrigação tributária, in HELENO TÓRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 66; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 399.

contínuo progresso da ciência. Aí está a diferença entre a ciência construtivista e o dogma de fé.

Seu uso levou a teoria geral do direito, praticada pelos tributaristas, a um paradoxo. Para criar uma teoria geral que fosse aplicável a uma realidade jurídica bastante formalizada como é o direito tributário, a doutrina concebeu a sua própria teoria geral tributarista, baseada no dualismo entre fato e evento. **Não há mais uma teoria geral do direito, mas uma teoria geral do direito *ad hoc* para o direito tributário.** E aí os conceitos de teoria geral do direito, no tributário, são outros: um recibo de pagamento torna-se uma “norma jurídica individual e concreta”, que obriga aquele que a emite, e sua emissão é feita sem obrigação prévia alguma; a incidência torna-se a aplicação, com a edição de uma “norma individual e concreta”, e os fatos jurídicos, verificados nos outros campos do direito, são meros eventos, e esses eventos, quando verificados no direito tributário – como a obediência não documentada a uma norma jurídica – tornam-se não jurídicos. A babel terminológica chegou à teoria geral – que, então, de teoria geral não mais se trata, porque se tornou uma espécie paradoxal de teoria geral individual e particular, a partir dos solilóquios dos cientistas. O jurista dogmático cria, no direito tributário, sua própria teoria geral.

É certo que se deve evitar, em todo momento, o dualismo maniqueísta. A teoria geral do direito é relevante e não deve ser abandonada. O conceito de norma jurídica, construído pelos juristas, é um excepcional conceito operacional, e sua fecundidade é demonstrada, exatamente, no campo do direito tributário, notadamente o brasileiro. As preocupações com uma norma que determinasse a incidência de cada um dos tributos levaram a progressos científicos, no direito tributário, que não podem ser relativizados, salvo com evidente injustiça. E, em muitos campos, trouxeram segurança argumentativa que se espargiu para o cotidiano das relações entre estado e cidadão contribuinte. Uma ciência construtivista cria modelos de explicação da realidade, que, sabidamente, não se confundem com a própria realidade, mas se mostram, eventualmente, operacionais, e estão sujeitos, sempre, a aperfeiçoamento. O modelo teórico da norma de incidência tributária, comumente chamado “regra-matriz de incidência tributária”, é um bom exemplo: tem sido utilíssimo na compreensão de parcela importante do direito tributário, e, aqui e ali, recebe retoques e aperfeiçoamentos – não obstante, demons-

trar-se-á que o modelo redutor pode revelar-se nocivo<sup>683</sup>. Mas a norma, enquanto construção teórica, não é a própria realidade: é uma simplificação. Deve-se manter, sempre, o cuidado para que **a teoria geral não suplante os problemas concretos, na ordem de considerações do jurista**. Para JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, a teoria geral do direito não é um fim em si mesma. Ela terá legitimidade ao revelar-se idônea para solucionar os problemas de interpretação e de aplicação do direito. Caso não detenha essa capacidade, a teoria geral do direito deixa de ser valiosa, o que revela uma preocupação pragmática<sup>684</sup>. Essa a última abertura, proporcionada pelo *Obrigações tributária*, que será considerada. A teoria geral do direito deve ser instância de fundamentação e de auxílio na pesquisa jurídica destinada a resolver problemas concretos. Não deve ser tomada como mais importante que a vida concreta e suas angústias e aporias, a ponto de tornar-se, ela própria, tema em pesquisa que se deveria voltar à solução das questões concretas. De subsídio não deve passar a condicionante. Se necessário, deve ceder.

### 3.5 Para além de SOUTO, sem sair de SOUTO: a prescritividade das proposições descritivas

*“Todas essas considerações propedêuticas sugerem a ponderação de que não há desafio teórico mais instigante para o jurista do que retomar velhos temas sob perspectiva nova”*<sup>685</sup>

A trajetória intelectual de mestre SOUTO, do início ao *Obrigações tributária*, abre muitas possibilidades para pensar diferente do pré-estabelecido. Permite questionar certas posições teóricas sedimentadas no pensamento jurídico-tributário. Uma delas é **o dualismo irreduzível das proposições jurídicas: ou elas seriam descritivas, ou seriam prescritivas**. Maniqueisticamente, seria impensável uma prescrição, ao mesmo tempo, descritiva e prescritiva. Se a ciência do direito descreve, não prescreve; se o direito positivo prescreve, não descreve. Quem afirmasse o contrário laboraria em

<sup>683</sup> Sobre a teoria e sua utilidade, cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *Imposto...*, *op. cit.*, p. 173-175. Usamos essa proposta no livro *Tributação sobre o comércio exterior*, publicado pela Editora Dialética.

<sup>684</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Obrigações...*, *op. cit.*, p. 20; *Obrigações...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 36.

<sup>685</sup> O princípio..., *op. cit.*, p. 246.

equivoco. Esse dualismo relaciona-se com outro, também caríssimo à ciência jurídica moderna: ser e dever-ser. Ensina-se que do ser não se extrai o dever-ser, e vice-versa. Como a proposição descritiva é uma proposição que se volta ao ser, e a proposição prescritiva pertence ao plano do dever-ser, a incomunicabilidade entre ser e dever-ser sustenta a cisão absoluta entre descrição e prescrição. Quando se dá ouvidos à advertência de mestre SOUTO, para evitar os maniqueísmos de posições, começa-se a questionar verdades dualistas como essa<sup>686</sup>.

Dizer de uma proposição que é exclusivamente descritiva ou prescritiva, como, por exemplo, faz a doutrina tributarista, para quem a linguagem do direito positivo é só prescritiva, e a linguagem da ciência do direito apenas descritiva: avista-se, nisso, o paradigma redutor. O reducionismo epistemológico, que prega a redução da realidade complexa a um aspecto simplificado, possibilita fazer de um objeto complexo como as proposições jurídicas, de direito posto ou de ciência, algo simplificado. Um dos aspectos diferenciados por simplificação é eleito pelo estudioso, que nele se fixa, abandonando os demais. Um pensamento como esse, na intenção de compreender a realidade, em verdade, mutila-a. Um ser humano complexo, por exemplo, é visto como “um desviante” quando se insurge contra um saber pré-estabelecido, e todas as suas demais qualidades, positivas ou negativas, ficam desprezadas. Para que seja **apto a compreender e não reduzir a realidade complexa**, o pensamento deve aceitar a possibilidade de que um determinado objeto tenha características antagônicas complementares, e procurar trabalhar adequadamente com elas. EDGAR MORIN, verificando que o universo é formado ao mesmo tempo pela ordem – nos sistemas solares, por exemplo – e pela desordem – no interior de uma estrela –, ao invés de afastar uma delas e fixar-se, redutivamente, na outra, faz um esforço para tentar compreender essas características antagônicas em conjunto:

Efetivamente, para conceber a dialética da ordem e da desordem, é preciso deixar em suspenso o paradigma lógico em que ordem exclui desordem e inversamente que desordem exclui ordem. É preciso conceber uma relação fundamentalmente complexa, ou seja, ao mesmo tempo complementar, concorrente, antagonista e incerta entre estas duas noções. Assim, a ordem e a desordem são, sob um certo ângulo, não apenas distintas, mas em oposição

---

<sup>686</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 379.

absoluta; sob outro ângulo, apesar das distinções e oposições, as duas noções são *uma*<sup>687</sup>.

É possível compreender que uma proposição pode ser, simultaneamente, descritiva e prescritiva. É possível entender essas qualidades como complementares, na realidade própria das proposições, e não excludentes. Para tanto, porém, requer-se um esforço de superação do pensamento redutor, exclusivamente sintático-semântico, para cogitar, em adição, do plano pragmático. Conjugando-se esse plano, compreender-se-á que o caráter descritivo ou prescritivo de uma comunicação qualquer não depende somente da forma sintática que adota. E, também, independe, até certo ponto, das intenções de seu emissor; tal caráter não está sob seu domínio absoluto. Ainda que uma linguagem possa ser vazada com intenções de descritividade, uma vez posta, a intenção já não é mais o único elemento determinante de sua sorte. **Descritividade e prescritividade da linguagem são propriedades que devem ser analisadas em seus planos sintático, semântico e pragmático.** Os tributaristas preocupam-se bastante com os dois primeiros, mas, em geral, negligenciam o último. O que não é apanágio do direito tributário: é comum a tendência de relegar a pragmática a segundo ou terceiro plano<sup>688</sup>.

**Para adentrar o plano pragmático, adequadamente, é preciso pensar em complexidade:** não só a mensagem em sua forma sintática ou em sua significação semântica, mas quem a emite, quem a recebe, as relações entre eles, em que situação espaço-temporal é dita *etc.* É comum verificar, entre os tributaristas, referências à pragmática que se isolam nas intenções do emissor da mensagem, reduzindo toda aquela complexidade<sup>689</sup>. É uma visão parcial da pragmática. Uma investigação complexa vai além do emissor, para cogitar do receptor e de tudo que, de relevante, envolve a comunicação entre eles. Esses demais condicionamentos podem determinar os efeitos provocados, pela linguagem, no seu receptor e no próprio emissor – efeitos a respeito dos quais as intenções do emissor nada adiantam<sup>690</sup>. Nenhuma linguagem po-

<sup>687</sup> **O método**, a natureza da natureza, v. 1, p. 105-106 – originalmente, publicado como *La méthode 1: la nature de la nature*, em 1977.

<sup>688</sup> Cf. KANAVILLIL RAJAGOPALAN, Por uma pragmática voltada à prática linguística, in ANA ZANDWAIS (org.), **Relações entre pragmática e enunciação**, p. 28.

<sup>689</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 36-53; **Curso...**, *op. cit.*, p. 100.

<sup>690</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, **Causalidade e relação no direito**, p. 11.

de ser compreendida apenas a partir de uma pessoa só. Os fundamentos solipsistas precisam ser postos em suspensão para trabalhar pragmaticamente.

**No plano pragmático habita, sobretudo, a preocupação com os efeitos que o uso da linguagem causa na comunidade de usuários**<sup>691</sup>. Para atingir o nível pragmático, o estudo da linguagem precisa incorporar a preocupação com os efeitos causados no receptor, conscientemente desejados pelo emissor ou não – ou até mesmo conscientemente indesejados. E, também, os efeitos devolvidos ao próprio emissor, que já não é mais o mesmo depois do proferimento. E, eventualmente, se isso for relevante, os efeitos gerados para além dos emissores e receptores diretos da comunicação. Há que se investigar os receptores, em uma relação dialética, de modo a compreender os efeitos que a comunicação neles gera, bem como, ainda, os efeitos que a própria recepção provoca nos emissores, e assim por diante. Se é correto o teorema n. 1 de HUMBERTO MATURANA, assim nominado por HEINZ VON FOERSTER, segundo o qual tudo o que é dito é dito por um observador, também é verdadeiro o corolário n. 1 de VON FOERSTER: tudo o que é dito é dito para a um observador<sup>692</sup>. Quanto a isso, porém, concepções limitadamente sintático-semânticas nada podem esclarecer, porque suas preocupações são diversas, e, eventualmente, de forma legítima. Mas é preciso considerar que a insistência na racionalidade lógica e redutora impede a superação do dualismo entre descrição e prescrição. Uma virada pragmática no pensamento, incrementadora de complexidades, pode ajudar a superar esses dualismos. Por essa via, a linguagem científica não mais será apenas verdadeira ou falsa, mas também poderá ser sindicada em sua utilidade ou inutilidade, no caráter positivo ou negativo dos efeitos que gera *etc.* Também a linguagem do direito posto poderá ser sindicada não só em sua validade ou invalidade, mas também em sua justiça ou injustiça, utilidade ou inutilidade.

**Atente-se para a via pragmática, subutilizada no direito tributário.** Ela levará a cogitar dos efeitos da linguagem sobre os usuários – por exemplo, dos efeitos da norma tributária sobre o cidadão contribuinte<sup>693</sup>. No plano pragmático habita a preocupação com os efeitos que o uso da linguagem causa nos seus usuários, como eles a

---

<sup>691</sup> Em outro sentido, cf. RUDOLF CARNAP, **Significação e sinonímia nas linguagens naturais**, p. 128.

<sup>692</sup> Cf. MARIA JOSÉ ESTEVES DE VASCONCELLOS, **Pensamento...**, *op. cit.*, p. 244.

<sup>693</sup> Nesse sentido é o estudo de LUIS EDUARDO SCHOUERI – Cf. **Normas...**, *op. cit.*, p. 4.

recebem e como a ela reagem. Explica-o JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: de uma proposição linguística, a pragmática pensa como os destinatários a recebem, refletindo sobre seu comportamento em face da comunicação<sup>694</sup>. Quando leciona a respeito das funções da linguagem, PAULO DE BARROS CARVALHO abarca, na função conativa, as funções prescritivas, interrogativas e persuasivas, porque têm, em comum, a finalidade de influenciar o comportamento do receptor. Todas apresentam, nesse sentido, a mesma função pragmática: influir sobre o comportamento do destinatário da mensagem. Essa influência pode ser obtida com a previsão de uma sanção, ou pela força de convencimento da própria argumentação, ou ainda mediante um artifício capaz de embair *etc.* Seja como for, o que se intenta é persuadir condutas. Também exerce essa função de persuasão, de alteração de condutas, a linguagem que se pretende descritiva, mas persuade, convence. Ensina ainda o mesmo autor, percebendo a complexidade, que mesmo aquelas mensagens, às quais o emissor pretende outras funções, mantêm algo de persuasivas<sup>695</sup>. Mesmo descritiva sintática e semanticamente, a linguagem doutrinária pode ser, também, conativa: pode contribuir para a alteração de condutas, no plano pragmático. A indagação a respeito da capacidade de modificar os comportamentos dos destinatários que detêm uma linguagem doutrinária poderá receber resposta afirmativa. LOURIVAL VILANOVA esclarece essa questão:

...em nível meramente pragmático, tem-se o fato de que, quer uma proposição descritiva, quer uma proposição prescritiva, podem ser usadas para influir no comportamento. Tanto posso usar uma simples constatação descritiva (“há incêndio neste edifício”) para motivar condutas, como posso servir-me de enunciado de dever-ser para o mesmo propósito. Entretanto, motivo condutas com enunciados descritivos, com enunciados imperativos, com enunciados normativos e com enunciados-de-valor<sup>696</sup>.

Se o estudo abstrai o plano pragmático, não poderá perceber como **uma descrição pode influenciar comportamentos, com idêntica ou maior eficácia que uma prescrição**. Imagine-se como o estudante de direito recebe a proposição que descreve a ciência jurídica como estritamente descritora do ordenamento posto. Trata-se de pro-

<sup>694</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 175; **Curso...**, *op. cit.*, p. 31. No mesmo sentido, KARL-OTTO APEL, **Transformação...**, v. 1, *op. cit.*, p. 176.

<sup>695</sup> **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 43-46.

<sup>696</sup> Cf. Analítica do dever-ser, in **Escritos...**, v. 2, *op. cit.*, p. 54.



posição, sintática e semanticamente, descritiva: “a ciência unicamente descreve seu objeto”. Que, contudo, pode adquirir prescritividade no nível pragmático, desde que o estudante a receba como se dissesse: “a ciência deve unicamente descrever seu objeto, sob pena de sanção”. Passa a ser, no plano pragmático de sua recepção pelo destinatário, análoga a uma norma de conduta. Essa definição é feita sob o pretexto de descrever a atividade científica. Mas isso não impede que, por razões pragmáticas, essa descrição influencie o comportamento dos demais teóricos, que passam a compreender só estarem autorizados a laborar de forma descritiva. Ou, mais restritivamente, estarem obrigados a só trabalhar em descrição do sistema posto. Estarem, então, proibidos de exercer atividade diversa.

Nesse caso, possivelmente de forma não intencional ou despercebida, aquele que definiu o comportamento do cientista como descritivo passa a prescrever aos demais cientistas que atuem descritivamente. Também nesse sentido a ciência exerce poder. A conduta do receptor-aluno, se alterada em função da opinião do emissor-professor, revela a força, o poder que tem o emissor, sua autoridade, a dominação que exerce, consciente ou inconscientemente, deliberadamente ou não<sup>697</sup>. Para compreendê-lo, **é preciso considerar, além da mensagem em seu plano sintático-semântico, a situação espaço-temporal que envolve a comunicação entre emissor e receptor.** O discurso é conformado recursivamente pelos participantes, que geram efeitos uns sobre os outros. Não é formado apenas pelo emissor e, muito menos, apenas pela frase; é conformado, no sentido de “formado-com”, em conjunto, entre emissor, receptor, linguagem, meio em que se insere, relações de poder, exercício de violência simbólica, ainda que sutil *etc.* As circunstâncias de enunciação podem determinar os efeitos da fala no ouvinte. Um pensamento voltado exclusivamente à lógica, simplificando, desconsidera a realidade complexa, da qual fazem parte o emissor, o receptor, as relações entre eles, o momento e o local no qual o proferimento foi emitido e recebido *etc.* Por isso, para a boa compreensão, é necessário, sem abandonar a lógica, complexificar o estudo. Considerar a proposição como um proferimento, não apenas como uma sim-

---

<sup>697</sup> O exemplo do professor, como alguém dotado de um poder em face do aluno, é utilizado por GÉRARD LEBRUN – **O que é poder**, p. 18.

ples frase, à parte de todas essas contingências<sup>698</sup>. Uma vez que todo ato linguístico pode produzir efeitos no ouvinte, mesmo que à revelia das intenções de seu autor, a compreensão das dimensões perlocucionárias desse ato depende de considerar, amplamente, seus efeitos nos sujeitos<sup>699</sup>. No plano pragmático, considerando-se os efeitos gerados no receptor, não há diferença relevante entre um texto que descreva a ciência como uma atividade exclusivamente descritiva, e outro, que prescreva a utilização de linguagem restritivamente descritiva em trabalho científico, sob ameaça de reprovação, numa resolução aprovada por uma autoridade acadêmica, com norma prescribente de sanção negativa. As diferenças serão claras nos planos sintático e semânticos, mas inexistirão no plano pragmático – o que demonstra que também o plano pragmático não pode ser visto isoladamente, em novo reducionismo. Imagine-se quais os efeitos causados no estudante que lê alguém do porte de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO dizer que há “...trabalhos doutrinários... *poluídos por conceitos extrajurídicos...*”<sup>700</sup>. É razoável supor que tratará logo de despoluí-los, embora o proferimento daquele autor não seja sintático-semanticamente prescritivo.

Uma objeção é possível: a definição da ciência como descritiva não é, ela própria, uma descrição, mas uma norma metodológica, desde sempre admitida como tal. Por isso, tem, originariamente, função prescritiva, direcionada que está para a influência de comportamentos. Porém, essa é condição inerente à linguagem da própria ciência descritiva. A linguagem científica, vazada em uma tese de doutoramento ou em outro trabalho acadêmico, por exemplo, claramente busca convencer a banca examinadora ou, mais amplamente, o leitor potencial. Mais que isso, busca persuadi-la a tomar determinada conduta: aprovar a tese com conceito elevado<sup>701</sup>. **Precisa, aliás, des-se convencimento e dessa persuasão.** Embora seja ciência, sua função persuasiva é importantíssima e, poder-se-ia dizer, até, própria, sobrepujando a descritiva. O emissor

<sup>698</sup> A “frase” é um “...ente gramatical inespecífico...”, mas o “proferimento” é “...um ato de linguagem no qual se pode especificar o emissor, o momento em que ele se deu e o conteúdo...” – OLÍMPIO PIMENTA, **Razão...**, *op. cit.*, p. 58.

<sup>699</sup> Cf. HELENA HATHSUE NAGAMINE BRANDÃO, O discurso: uma abordagem pragmático-enunciativa; MARILEI RESMINI GRANTHAM, Literalidade e pragmática; ambos in ANA ZANDWAIS (org.), **Relações...**, *op. cit.*, p. 66 e 81-87, respectivamente.

<sup>700</sup> Apresentação..., *op. cit.*, p. X.

<sup>701</sup> Sobre o convencimento e a persuasão, cf. CHAÏM PERELMAN e LUCY OLBRECHTS-TYTECA, **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 29 *et. seq.* – originalmente, publicado como *Traité de L'Argumentation*, em 1992.

postula, do receptor, a aprovação, a nota. Persuadido, o receptor alterará sua conduta, em função da performance do emissor – que, a partir daí, terá, ele próprio, sua condição alterada, em face da conduta do então receptor, que, nesse segundo momento, passa a ser emissor, em uma interação dialético-comunicativa cujo fim não se vê de antemão. Para além das teses de doutorado: a intenção de convencimento da comunidade científica é própria das proposições da ciência.

A preocupação pragmática com os efeitos não está apenas no discurso judicial – ou, mais amplamente, na argumentação jurídica visando à decisão do sujeito competente. Está no discurso da norma, mas também na ciência do direito. No discurso científico produzido na academia, essa função persuasiva, caso falhe, pode implicar reprovação. **Eis o motivo pelo qual as obras de direito tributário se caracterizam por deixar bem clara a visão que o escritor tem do direito, seguindo visões sedimentadas.** PAULO DE BARROS CARVALHO chama atenção para essa uniformidade no discurso acadêmico<sup>702</sup>. Não se pode duvidar de que o postulante busque a verdade científica. Mas, para além disso, também busca que essa verdade seja, no mínimo, merecedora de um grau 7,0. Precisa convencer que merece aprovação. Precisa persuadir a banca a se conduzir de forma a lhe outorgar o título pretendido. Se o postulante não se contentar com a nota mínima, porque precisa brilhar, porque para isso foi educado, o mais recomendável é permanecer dizendo o mesmo que dizem o mestre e os demais integrantes da comunidade acadêmica. Evitará o erro, e garantirá o sucesso, embora diminuindo as possibilidades de trazer progresso à ciência<sup>703</sup>. Sobre isso, é interessante a reflexão de FRANCIS BACON, no século XVII

...nos costumes das instituições escolares, das academias, colégios e estabelecimentos semelhantes, destinados à sede dos homens doutos e ao cultivo do saber, tudo se dispõe de forma adversa ao progresso das ciências. De fato, as lições e os exercícios estão de tal maneira dispostos que não é fácil venha a mente de alguém pensar ou se concentrar em algo diferente do rotineiro. Se um ou outro, de fato, se dispusesse a fazer uso de sua liberdade de juízo, teria que, por si só, levar a cabo tal empresa, sem esperar receber qualquer ajuda resultante do convívio com os demais. E, sendo ainda capaz de suportar tal circunstância, acabará por descobrir que a sua indústria e descortino acabarão por se constituir em não pequeno entrave à sua boa fortuna. Pois os estudos dos homens, nesses locais, estão encerrados, como em um cárcere,

<sup>702</sup> Prefácio, in JULIANA BORGES, **Reincidência tributária**: teoria e prática, p. 8.

<sup>703</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 58.

em escritos de alguns autores. Se alguém deles ousa dissentir, é logo censurado como espírito turbulento e ávido de novidades... Nas artes e nas ciências..., o ruído das novas descobertas e dos progressos ulteriores deve ressoar como nas minas de metal. Assim pelo menos deveria ser conforme os ditames da boa razão, mas tal não ocorre na prática, pois, como antes assinalamos, a forma de administração das doutrinas e a forma de ordenação das ciências costumam oprimir duramente o seu progresso<sup>704</sup>.

Encontra-se exemplo interessante dessa influência acadêmica em RENÉ DESCARTES. O filósofo, ao expor sua “moral provisória”, reconhece dever governar-se segundo as opiniões aceitas e praticadas pelas “pessoas sensatas” com as quais teria que conviver. Cabe, segundo pensa, um interessantíssimo juízo de utilidade: embora possa haver pessoas sensatas também fora de sua comunidade de convivência, seria mais útil seguir o padrão de comportamento daqueles com quem compartilharia a existência. Não é certo, nem adequado, manter-se no pré-estabelecido; mas, provisoriamente e de forma significativa, DESCARTES entendeu “útil” fazê-lo: ele não desejaria se indispor com os doutos, e, por isso, deveria abster-se de suscitar controvérsias<sup>705</sup>.

**O poder do saber é algo equiparável ao poder da posição na hierarquia acadêmica, que, no limite, pode impedir que o discípulo supere o mestre.** Outro exemplo interessante é relatado por HANS-GEORG GADAMER, ao referir a habilidade de diplomata que HEIDEGGER precisou exercitar para abster-se, perante HUSSERL, de tratar da sua obra *Ideias relativas a uma fenomenologia pura*, lecionando apenas a partir das *Investigações lógicas*. HEIDEGGER considerava que, com aquela obra, de 1913, seu antigo professor retornara ao idealismo transcendental. Exercendo crítica velada, o filósofo-aluno não acompanhou essa recaída. Velada, porque, diante de seu mestre, saiu-se com a desculpa de que os alunos precisavam antes passar pelo *Investigações*, para amadurecer suficientemente a ponto de poderem seguir no estudo da obra husserliana; e ficou nesse livro. Nem HEIDEGGER ousou enfrentar a hierarquia acadêmica<sup>706</sup>. Há que compreender esses poderes, como recomenda THEODOR ADORNO: “*Quem quiser saber a verdade acerca da vida imediata tem que investigar sua configuração alienada, investigar os poderes objetivos que determinam a existência*

<sup>704</sup> *Novum...*, *op. cit.*, p. 59-60.

<sup>705</sup> Cf. *Discurso...*, *op. cit.*, p. 27-28, 47.

<sup>706</sup> Cf. HANS-GEORG GADAMER. **Hermenêutica em retrospectiva**: Heidegger em retrospectiva, v. 1, p. 13-14. Cf., também, CHRISTIAN DELACAMPAGNE, **História...**, *op. cit.*, p. 30. O livro de HUSSERL referido foi publicado, originariamente, como *Ideen zu einer reinen Phänomenologie*.

*individual até o mais recôndito nela*”<sup>707</sup>. A estrutura acadêmica universitária, adaptando as palavras de HERBERT MARCUSE, apresenta-se “...*como liberdade disciplinada, condicionada, como um mundo de autoridade...*”, mesmo que o “universo científico” mantenha “...*uma aparência de caráter público e liberdade autênticos...*”<sup>708</sup>. Todo candidato sabe que poderá, eventualmente, ser reprovado em uma banca. Mesmo não havendo essa previsão expressa, e mesmo não sendo essa a intenção do emissor, é bastante possível, senão provável, que o receptor da mensagem científica descritiva acredite, com ou sem razão, estar sujeito a sanção negativa caso não adote a mesma descrição. E, na dúvida, temendo a sanção, real ou irreal, ele poderá ajustar sua conduta à orientação do texto “descritivo”. Por outro lado, o poder, sabe-se desde MICHEL FOUCAULT, não tem apenas um lado “negativo”, mas tem também um aspecto “positivo”: não é apenas por temor que se aceita a submissão ao poder, mas também por vontade de poder. Aquele que admite se submeter ao poder acadêmico e adota a verdade pré-estabelecida pelos detentores dos altos graus universitários passa a estar, também ele, com a verdade, conseguindo também a sua parcela de poder. O poder não diz apenas “não”: ele proporciona prazer; não só reprime, mas produz. Assim, a verdade produz o poder que produz a verdade, em um circuito recursivo circular<sup>709</sup>.

Há outro ponto importante que se relaciona intimamente com essa prescritividade. **Dizer diferente do que diz aquele que tem autoridade científica envolve riscos acadêmicos relevantes, causados, sobretudo, pela vaidade.** É como se a crítica teórica fosse um agravo pessoal. No lugar dela, prefere-se recorrer aos elogios mútuos, muito mais convenientes nas relações políticas às quais estão sujeitos os integrantes da vida acadêmica. Contra isso, insurge-se JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

O estudioso deve obstinadamente recusar-se a engrossar as fileiras dos que encaram as hipóteses científicas como dogmas de fé... Desconfiar das hipóteses teóricas... é recusar-se numa atitude intelectualmente sadia – à anestesia do senso crítico. Nada tem a ver com a atitude de quem se aproxima do pensamento alheio com preconcebida hostilidade. Porém, não há lugar, no conhecimento científico objetivo, para as “corporações de elogios mútuos”, tão expressivas da indigência do próprio pensar<sup>710</sup>.

<sup>707</sup> *Minima moralia*: reflexões a partir da vida danificada, p. 7 – originalmente, publicada, sem o subtítulo, em 1951.

<sup>708</sup> *Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade*, p. 86.

<sup>709</sup> Cf. Verdade e poder, in *Microfísica do poder*, p. 8-14.

<sup>710</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 25; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 28; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 32.

O estudioso que não o faz obedecerá, integrará as hordas. Entrará na fila, como na crítica de ERNILDO STEIN: vivemos em uma heteronomia, sob o império de uma tradição e de uma autoridade, capazes de impedir, ao indivíduo, que se afirme em sua liberdade e autonomia<sup>711</sup>. A forma de trabalhar cientificamente torna-se, então, prescrita. Quem a descreve, também prescreve. FRANZ J. HINKELAMMERT denuncia:

Trata-se dos efeitos de controle das ciências que emanam do critério de demarcação desenvolvido por Popper. Ocorre que esse critério estabelece norma metodológica e não simples reflexão metodológica dos caminhos e resultados das ciências. Efetivamente, ao declarar todo enunciado científico como hipotético, não declara que todo enunciado é duvidoso. Isso é óbvio. O que declara é que todo enunciado tem a forma da falseabilidade, de modo que constitui um “deve ser” que é prescritivo e impositivo. A exigência da forma da falseabilidade é introduzida de modo apodítico e utilizada como quadro categorial para julgar a potencialidade da verdade científica. O resultado é a exigência de que, para ser científico, qualquer enunciado tem que ser falseável, bem como de que só os enunciados falseáveis podem reivindicar potencialmente a condição de verdadeiros enunciados em sentido científico<sup>712</sup>.

O critério de demarcação popperiano, então, contém, ainda que implicitamente, uma normatividade<sup>713</sup>. Já se sabe, de antemão, o que é e o que não é ciência: é o que segue a norma; não é o que a viola. Já se sabe o que o cientista pode e o que não pode fazer. MARIO BUNGE pretende, mediante um critério normativo, poder dizer o que é ou não é ciência para, inclusive, julgar os projetos acadêmicos que merecem apoio<sup>714</sup>. **Se o trabalho que se pretende científico se mantiver dentro do pré-estabelecido, merece apoio; se não se conformar às regras previamente postas, não merece.** Uma atitude assim leva a um imobilismo incompatível com a noção contemporânea de ciência. O contrário é o que deve ocorrer: o cientista mais preocupado com a originalidade e a veracidade de suas propostas, precisa, a todo momento, permanecer alerta para não rechaçar novos modelos, pelo simples fato de ameaçarem a continuidade dessas propostas. É preciso que o cientista mine, nele mesmo, seu sistema protetor, aparato psicológico de defesa contra a destruição de suas próprias ideias<sup>715</sup>.

<sup>711</sup> Cf. **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 19.

<sup>712</sup> **Crítica à razão utópica**, p. 243 – originalmente, publicada como *Crítica a la razón utópica*, em 1984.

<sup>713</sup> Cf. *ibidem*, p. 246.

<sup>714</sup> Cf. **Epistemologia**: curso de atualização, p. 24 – originalmente, publicada, no mesmo ano, como *Epistemología: Curso de Actualización*. HINKELAMMERT refere-se, no mesmo trecho, a essa passagem.

<sup>715</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Cultura de massas no século XX**: neurose, v. 1, p. 20.

### 3.6 Terceiro balanço parcial

*“O pensamento profundo não receia a vertigem do abismo ou o ar rarefeito das alturas a que o conduziu o pensar guiado pela ousadia intelectual. Nem deve recusar o combate com as dificuldades que o ofício de pensar envolve”<sup>716</sup>*

Os primeiros livros publicados por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES remetem à **fundação da ciência do direito tributário**, época de definições conceituais e metodológicas. Os conceitos fundamentais, relativos aos limites do direito tributário, à isenção tributária, à lei complementar tributária e ao lançamento tributário, são postos, e, concomitantemente, são pensadas as bases metodológicas do estudo da disciplina.

Mas mestre SOUTO, feito esse trabalho, decidiu-se por caminhar adiante. Percebeu, com isso, sérios problemas no discurso doutrinário. Problemas que ainda se mantêm, não obstante suas denúncias, severas e reiteradas. E, em muitos sentidos, **problemas que se aprofundaram**: a babel terminológica aprofundou-se, a abstração da linguagem doutrinária acentuou-se, e, à mesma proporção, a concretude jurídico-tributária quotidiana acaba sofrendo com um certo esquecimento. Para tais problemas, a obra soutiana oferece aberturas fundamentais no seu primeiro livro de ruptura. *Obrigação tributária* traz reflexões epistemológicas que permitem afastar a tendência para o repetitivo, abandonar as meras questões de palavras, e superar a idealização da teoria geral do direito. Reflexões que reconhecem a prova empírica como instância de controle da racionalidade do argumento científico, e levantam o requisito de utilidade concreta para a legitimidade da ciência do direito. Indo além de SOUTO, sem sair de SOUTO, a visitação ao plano pragmático possibilita compreender a razão de ser do repetitivo nos estudos do direito e encaminham sua superação.

**Essas clareiras permitiram, ao próprio SOUTO, lançar-se a novas empreitadas**: uma crítica mais completa aos procedimentos da doutrina, da epistemologia aos âmbitos pedagógico, ético e filosófico, em *Ciência feliz* (1994); a superação da dogmática e de sua racionalidade lógico-instrumental em *O contraditório no processo judicial* (1996); a superação dos dualismos simplificadores na *Teoria geral da isenção*

---

<sup>716</sup> *Ciência...*, op. cit., p. 28; *Ciência...*, 2. ed., op. cit., p. 31; *Ciência...*, 3. ed., op. cit., p. 35.

*tributária* (2001); e o enfrentamento de complexidades no *Curso de direito comunitário* (2005). Essas outras críticas, e as tentativas soutianas de superação, serão, agora, retomadas. Elas possibilitam uma pré-compreensão que fundamentará a ruptura com o obstáculo epistemológico no qual a produção doutrinária atual se ameaça tornar.



## 4 DAS CLAREIRAS AOS CAMINHOS SOUTIANOS

### 4.1 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e a *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos* (1994)

#### 4.1.1 A obra

*“O advento do pensar, coisa de pensamento, é uma fonte de alegria para o espírito. Assim se exerce a ciência feliz – a única que vale a pena”<sup>717</sup>*

A produção teórica soutiana, do início ao *Obrigação tributária*, mostra um cientista preocupado com a formação de sua disciplina, e atento à lição de ALFREDO AUGUSTO BECKER: compreender juridicamente os delineamentos da matéria e seus conceitos fundamentais, em toda a profundidade que o pensamento jurídico-dogmático é capaz de atingir. Superado esse ponto, mestre SOUTO, diante dos equívocos metodológicos que enfermavam o proceder da doutrina tributarista, lançou o *Obrigação tributária*, propondo correções. O livro, no entanto, recebeu pouca atenção – prova disso é que os equívocos permanecem. **Não derrotado, SOUTO aperfeiçoou sua crítica:** lançou *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*, e nele aprofundou as reflexões éticas e epistemológicas constantes dos livros anteriores, a elas adicionando, além de novas questões éticas e epistemológicas, outras pedagógicas e filosóficas. Em conjunto, as obras possibilitam caminhos de superação até então insuspeitados.

Surgido após um hiato editorial de dez anos, *Ciência feliz*, **o melhor livro do melhor jurista brasileiro**, tem um conteúdo que soa insólito, como adverte o autor, na “Apresentação Prévia”: a obra, eclética em seu temário, cede ao influxo da inspiração livre<sup>718</sup>. Insólito, contudo, apenas a um olhar menos atento, que não perceba as aberturas proporcionadas pelo livro anterior, e que desconheça o *Carnaval tributário*, de BECKER, apontado por SOUTO como um ilustre antecedente<sup>719</sup>. Assim como o *Carnaval*, *Ciência feliz* é um livro que transporta para além dos livros, como no afo-

<sup>717</sup> *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 22.

<sup>718</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 9; também, *O contraditório...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>719</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 9.

rismo nietzschiano: “Livros. – *De que vale um livro que não nos transporte para além dos livros?*”<sup>720</sup>.

O ecletismo que permeia o livro não esconde uma unidade. **A unidade é o próprio caminho, o caminho do coração.** *Ciência feliz* é um livro escrito com o coração, e exprime a busca pela felicidade sincera e espontânea que pode ser proporcionada ao seguir o caminho do coração. Diz o autor: “*Todos esses estudos se reencontram contudo numa única via: o caminho do coração. Porque a meta de todo o caminho do pensamento deve ser o saber do coração: um ensaio de felicidade. E se o caminho escolhido for o da ciência, que seja uma ciência feliz*”<sup>721</sup>. Estamos sempre a caminho, sempre em movimento. A ciência é uma via que não apresenta um ponto de chegada. Como disse HEGEL, “...o caminho para a ciência já é ciência ele mesmo...”<sup>722</sup>. Trata-se de uma via repleta de percalços: é improvável deixar de cair em um de seus buracos. Mas é um caminho cujos obstáculos não impedem a continuação da caminhada. E, sendo um caminho do coração, deve impor-se ao próprio cientista. Ele, para ser fiel à ciência, deve ser, ao mesmo tempo, fiel a si próprio, à tradição e ao novo. Sempre a caminho, como escreve JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

Estar sempre aberto ao novo é estar **em marcha incessante**. Dispor-se constantemente ao repensar e ao reexaminar é reconhecer-se alguém no estado permanente do “**em processo**”. Afastar-se do aprisco seguro das lideranças intelectuais respeitadas é aventurar-se pela novidade e pelo perigo das **novas trilhas**. Dar-se ao luxo de abandonar a certeza do sabido, provado e comprovado, para descobrir e criar, é assumir o risco de prescindir da estrada oficial, cuidada e conhecida, pelo gosto incerto do pioneirismo no abrir **novas sendas** e no descobrir **melhores atalhos**. Trata-se do ardor pela via ! Trata-se da paixão pela estrada ! Trata-se da sedução do caminho ! É a propensão do viandante ! É o pendor do caminheiro ! É a vocação do peregrino!<sup>723</sup>

*Ciência feliz* revela o filósofo JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES – além de bacharel em filosofia desde 1960, como noticia HELENO TÔRRES<sup>724</sup>. A segunda edição, de 2000, caracteriza a obra, ainda mais, como um livro que transcende o mundo jurídico. Ela perde o subtítulo, que ostentava na primeira edição, dada a supressão dos

<sup>720</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 181.

<sup>721</sup> **Ciência feliz...**, *op. cit.*, p. 9; **Ciência feliz**, 2. ed., *op. cit.*, p. 13; **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 17.

<sup>722</sup> **Fenomenologia...**, *op. cit.*, p. 72.

<sup>723</sup> Prefácio: teoria..., *op. cit.*, p. 15.

<sup>724</sup> Cf. Prefácio, in **Teoria...**, *op. cit.*, p. 12.

estudos jurídicos. De acordo com seu autor, **essa mudança fez com que a obra ganhasse em unidade**<sup>725</sup>. Dois novos estudos são inseridos, além de outros testemunhos, e de um texto sobre a Faculdade de Direito do Recife. Outro acréscimo relevante são as belas “Palavras de Apresentação da 2.º Edição”, de PAULO DE BARROS CARVALHO. A terceira edição, de 2007, vem com novos ensaios, e uma nova seção: “Pensamentos soltos” – ou, talvez melhor, “pensamentos souts”. Alguns ensaios anteriores contam com acréscimos. Na primeira edição, SOUTO é qualificado como professor honorário da PUC/SP, coordenador do curso de mestrado em direito e professor de filosofia do direito na faculdade de direito da UFPE, advogado militante, e professor dos cursos de especialização em direito tributário da PUC/SP. Na segunda, já aparece como ex-professor da universidade pernambucana.

Algumas das principais aberturas de pensamento, possibilitadas pela obra, serão, agora, exploradas.

#### 4.1.2 Erro, liberdade e autonomia de pensamento

*“O ideal de erradicar erros deve ser extirpado da ciência como erva daninha”*<sup>726</sup>

Assiste razão a HANS KELSEN quando afirma que não há um fim último absoluto, um valor absoluto, que possa ser descoberto, dedutivamente, pela razão humana, de forma definitiva e irrefutável. Valores, até certo ponto, são relativos, o que é uma lição importante no que diz respeito à tolerância e à diversidade. Esse mérito político e filosófico, como muitos outros no âmbito da teoria do direito, não podem ser retirados do pensador austro-húngaro<sup>727</sup>. Em termos de tomadas de decisão, KELSEN certamente prefere a “liberdade” à “verdade”, no léxico de RICHARD RORTY<sup>728</sup>. Porém, KELSEN contrapõe, a essa relatividade dos valores, a objetividade do conhecimento empírico. O problema é que as bases sobre as quais o jurista sustenta que os juízos de realidade podem ser experimentados e comprovados, de forma absoluta, simplesmente

<sup>725</sup> *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 13; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 17.

<sup>726</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 20; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 21; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 25.

<sup>727</sup> Veja-se, a respeito, os textos sobre relativismo, tolerância e democracia, que integram as obras *O que é ciência*, *O problema da justiça* e *A democracia*.

<sup>728</sup> *Contingência, ironia e solidariedade*, p. 16.

não existem. **A possibilidade de comprovação experimental, crença firme do neopositivismo, está superada pela evolução do pensamento.** Já não se acredita mais na possibilidade de uma comprovação definitiva de base experimental. Uma comprovação experimental é, no máximo, uma corroboração.

Acatando novamente POPPER, mestre SOUTO ensina que toda verdade, obtida mediante o contraste com a experiência, está sempre sujeita a uma nova experiência que a refute. Quem, mediante recurso à experiência, verifica que as normas jurídicas podem ser reconstruídas no esquema hipótese-consequência e, daí, induz uma regra geral segundo a qual todas as normas têm a mesma estrutura lógica, e engendra um postulado de homogeneidade sintática das normas do sistema, por exemplo, encontrou uma verdade, que se mostra operativa e fecunda para o desenvolvimento da ciência jurídica. Porém, está sempre sujeito a verificar, empiricamente, uma norma cuja transcrição na dualidade hipótese-consequência seja inviável. Isso ocorre porque a proposta teórica sobrevive apenas enquanto algum teste de refutação não a acabe por derrubar<sup>729</sup>. Surgido esse teste, dois caminhos se apresentam ao cientista. Um, legítimo: abandonar a verdade, reconhecendo que a experiência a refutou, e construir uma nova verdade. Outro, ilegítimo: contornar a experiência mediante o argumento *ad hoc*, atribuindo falsidade à realidade experimentada e verdade à tese refutada. Ainda que esse experimento falseador nunca ocorra, ele é sempre potencial, quando se toma por científica exatamente a proposição que pode ser falseada empiricamente. Por isso, toda verdade, nesses termos, científica, está sempre sob suspeita, e é sempre, por princípio, provisória, ainda que perdure. Nesse sentido, o conhecimento científico, mesmo empírico, é sempre provisório. Para SOUTO, porém, o falseamento é definitivo: falseada a proposta teórica, ela não mais reviverá nos mesmos termos. Daí enunciar uma assimetria entre a verificação, provisória, e o falseamento, definitivo<sup>730</sup>. Depois dessas reflexões, **não mais se sustenta, com coerência, a possibilidade de chegar à verdade, perfeita e acabada, a partir do trabalho científico.** De repente, os seres humanos adquirem consciência de uma certa ignorância, que habita, mesmo, a sua forma mais

<sup>729</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 19; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 19; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 24.

<sup>730</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 63; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 75. Cf., também, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 149-151.

precisa de conhecimento<sup>731</sup>. Prova definitiva de verdade, em ciência, nunca mais. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, adotando o critério popperiano da falseabilidade, afasta-se do Círculo de Viena, que depositava sua fé na verificabilidade.

A pretensão de objetividade do experimento, no sentido de ausência de participação e de influência subjetiva do observador, também já foi posta em termos menos rigorosos. Até o experimento científico, nas ciências naturais, admite influências subjetivas. Em física quântica, WERNER KARL HEISENBERG enunciou o princípio da incerteza: é inviável medir, simultaneamente, a posição e a velocidade de uma partícula subatômica. Ao medir-se a velocidade, perde-se a noção exata da posição, e vice-versa. O observador só poderá medi-los ao lançar, sobre a partícula, um fóton – o que, no entanto, altera o estado da partícula, de modo o observado já é algo diferente daquilo que havia antes da observação<sup>732</sup>. Com isso, a contraposição entre a razão conhecedora, como objetiva, absoluta, necessária e comprovável, de um lado, e a decisão voltada aos fins, como subjetiva, relativa, incontrolada e incomprovável, de outro, não tem mais todo o rigor que KELSEN, nela, enxergava<sup>733</sup>. A distinção kelseniana entre juízos de realidade, verificáveis por meio de experimentação, de um lado, e juízos de valor, insuscetíveis de verificação empírica, por outro, perde boa parte de sua força. Atualmente, esse dualismo não se sustenta, nas bases sobre as quais foi edificado: **nenhum desses juízos é verificável por meio de experimentação objetiva**. O que possibilita uma forma contemporânea de objetividade é a intersubjetividade comunicacional. O teste empírico, feito e refeito, em muitos campos, e por muitos cientistas, corrobora determinada teoria, que permanece verdadeira enquanto válida na comunidade de

<sup>731</sup> Cf. EDGAR MORIN, *O método*, v. 1..., *op. cit.*, p. 29.

<sup>732</sup> Cf. **Física e filosofia**, p. 63-64 – originalmente, publicado como *Physics and philosophy: the revolution in modern Science* (Física e filosofia: a revolução na ciência moderna), em 1958. Cf., também, ILYA PRIGOGINE e ISABELLE STENGERS, *A nova...*, *op. cit.*, p. 170; NIELS BOHR, **Física atômica e conhecimento humano**: ensaios 1932-1957, p. 24-25 – originalmente, publicado como *Atomic physics and human knowledge*, em 1958; MYRON KOFMAN, **Edgar Morin**: do *Big Brother* à fraternidade, p. 117-118.

<sup>733</sup> Em escrito de 1941, publicado na revista *Philosophy of Science*, e depois incluído em *O que é ciência?*, KELSEN escreve: “Se aceitarmos os resultados da física moderna e a significação a eles atribuídos por insígnies expoentes desta que é a mais exata de todas as ciências naturais, estaremos no meio de uma importante transformação da nossa concepção do universo. A noção de que a lei da causalidade determina absolutamente todos os eventos foi abalada e, embora essa lei não deva ser inteiramente eliminada do pensamento científico, sua interpretação deve, pelo menos, ser modificada essencialmente... Considera-se que o principal golpe contra a lei da causalidade foi desferido pela recentemente desenvolvida mecânica quântica, a mecânica das partículas subatômicas... Trata-se de uma modificação rumo a uma transição da certeza absoluta para a probabilidade...” – **O que...**, *op. cit.*, p. 301; 317.

comunicação científica. A objetividade do conhecimento envolve o consenso na comunidade comunicativa – consenso esse que, na ciência, fortalece-se pela corroboração empírica, e inviabiliza-se pela refutação experimental.

**Que a verdade científica não é definitiva, mestre SOUTO ensina com o exemplo:** No *Lei complementar* e no *Lançamento*, refere-se à obrigação tributária acessória, em alguns pontos, como “dever acessório” – talvez admitindo, implícita e parcialmente, a crítica terminológica doutrinária, que refutaria, mais tarde, no *Obrigação tributária*. No *Lei complementar*, distingue existência de validade da norma jurídica, mas passa a identificar os conceitos a partir do *Lançamento*. Sustentou, no *Imposto sobre serviços*, que a Constituição não cria tributos, apenas outorga competência; depois, tornou-se adversário quase isolado dessa perspectiva teórica. Embora essas alterações precisem ser percebidas, ao longo de sua obra, em outros pontos é expresso em sustentar que mudou de entendimento, como no caso da penalidade pecuniária aplicada pelo ato administrativo de lançamento tributário<sup>734</sup>. SOUTO jamais viu qualquer inconveniente em modificar concepções teóricas, quando convencido de sua improcedência. Rejeita a vaidade que poderia impedir o reconhecimento do erro<sup>735</sup>. A imutabilidade das opiniões, que leva à solidez da reputação, só é útil onde domina o “*instinto de rebanho*” a que se refere NIETZSCHE, que contrapõe:

Por maior que seja, de resto, a vantagem desse modo de pensar, para o *conhecimento* ele é a mais nociva espécie de julgamento geral: pois aí é condenada e difamada precisamente a disposição que tem o homem do conhecimento para, de maneira intrépida, declarar-se a qualquer momento *contra* a sua opinião prévia e ser desconfiado em relação a tudo o que em nós quer se tornar *sólido*. A atitude do homem do conhecimento, ao contradizer a “reputação sólida”, é vista como *desonrosa*, ao passo que a petrificação das opiniões tem o monopólio das honras: – sob o sortilégio de tais valores temos que viver ainda hoje!<sup>736</sup>

<sup>734</sup> Cf. *Lei...*, *op. cit.*, p. 37, 119-120, 132; *Lançamento...*, *op. cit.*, p. 10; 26-27; 43; 133-135; 138-139; 170; 221-222, n. 141; 400; 432; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 44; 57; 70; 141; 143; 145; 169; 209, n. 20; 346; 371; *Obrigação...*, *op. cit.*, p. 48-49; *Obrigação...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 62; *Ciência...*, *op. cit.*, p. 174; *Curso...*, *op. cit.*, p. 232, 235; *Imposto...*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>735</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>736</sup> *A gaia...*, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 200-201.

NIETZSCHE prega: não se deve, jamais, indagar, da verdade, se ela traz lucro ou desgraça<sup>737</sup>. Depois de SOUTO, felizmente, já não precisamos, mais, viver sob o sortilégio daqueles valores – pelo menos não no direito tributário. Mas o jurista, em todas essas mudanças, trabalhou no método empírico. Percebe-se, então, que o método não garante a exatidão da ciência. Por isso a necessidade, lembrada por ele próprio, de superar o dualismo que contrapõe as ciências exatas às não exatas: “*É incorrer em manifesta inexatidão nomear certas ciências como exatas, em oposição a outras, que não o seriam. Todas são, nesse sentido, inexatas...*”<sup>738</sup>. Não há, então, garantia de correção no trabalho intelectual humano, mesmo no científico: ele sempre pode conter o erro, até por uma condição biológica. Se o erro é inevitável, é importante aprender a conviver com ele. Mais que isso: insiste SOUTO na importância de **reconhecer os aspectos positivos do erro**. Quando o equívoco é descoberto, há progresso da ciência, de modo que o erro não é, exclusivamente, algo negativo. Engano, provavelmente, sempre haverá: cumpre descobri-lo, o mais rapidamente possível. SOUTO revela, aqui, um amor nietzschiano pela imanência e pelo destino humano, ainda que ele envolva o erro. Não opõe, em dualismo, um mundo da verdade, como único no qual o cientista deveria viver.

Saber conviver com o erro é importante, porque isso traz, ao cientista, uma tranquilidade maior para buscar propostas teóricas mais ousadas. Quem tem medo de errar, não ousa. E quem não ousa, não leva o conhecimento científico a campos ainda não visitados. Surge, então, o problema: ou ousa-se, e assume-se o risco do erro; ou não se ousa, e a ciência permanece estagnada. Diante desse dilema, a resposta de mestre SOUTO é rápida e decidida: na dúvida, **deve-se ousar, e assumir, com seriedade, a responsabilidade pelo erro**. Se essa responsabilidade não for assumida, o medo do erro mantém-se como um obstáculo ao progresso da ciência. O afã de evitar o erro tem, como consequência, o evitar a própria aventura científica. Por isso, não se deve temer o equívoco a tal ponto de evitar-se a ousadia teórica<sup>739</sup>. O medo de errar, em

---

<sup>737</sup> **O anticristo**, p. 9 – originalmente, publicado como *Der Antichrist: Fluch auf das Christentum* (Maldição sobre o cristianismo), em 1895, pela irmã do autor, então, já atingido pela enfermidade mental.

<sup>738</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 145. Cf., também, **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>739</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 20-2 e, 61; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 21-22 e 81; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 26 e 76; **Obrigação...**, *op. cit.*, p. X; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 16.

ciência, é, ele próprio, o equívoco. Em vez de se temer o erro, deve-se temer o medo de errar, como ensina HEGEL:

O temor de errar introduz uma desconfiança na ciência, que, sem tais escrúpulos, se entrega espontaneamente à sua tarefa, e conhece efetivamente. Entretanto, deveria ser levada em conta a posição inversa: por que não cuidar de introduzir uma desconfiança nessa desconfiança, e não temer que esse temor de errar já seja o próprio erro? [*sic*]<sup>740</sup>

Por isso, a própria noção de erro deveria ser alterada: seu conceito deveria ser substituído. MARCOS BAGNO propõe que não se fale mais em erro, mas em “tentativa de acerto”<sup>741</sup>.

Com essa reflexão, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES engendra uma revolução, tão relevante quanto pouco pensada: **o erro, de algo negativo a evitar, assume um aspecto positivo, e a condição de algo ser buscado !** O erro, que sempre foi o “negativo do pensamento” – na expressão feliz de GILLES DELEUZE e FÉLIX GUATTARI – adquire, em SOUTO, uma áurea nova, positiva, bem-vinda<sup>742</sup>. Longe de se contentar em evitar o erro e andar pela via segura da verdade estabelecida, o que se espera do amante da ciência – e do amigo do saber – é que, sempre de forma responsável e consequente, assuma, corajosamente, a insegurança no enunciar o novo, e a proximidade com o risco perene de errar. Como em muitos outros pontos, a proximidade entre NIETZSCHE e SOUTO, aqui, é evidente: o *amor fati*, amor pela imanência, por este mundo no qual estamos e do qual vivemos, com tudo aquilo que há de positivo ou negativo, inclusive a presença inarredável do erro. SOUTO, porém, não chega a inverter o estatuto do erro, de indesejável, para preferível ao acerto. O pensamento não deve ser maniqueísta a ponto de equiparar o acerto a tudo o que há de positivo e o erro a tudo o que há de negativo, e nem o contrário<sup>743</sup>. Mas, superar, no erro, a exclusividade do negativo, é lição importantíssima de mestre SOUTO.

Trata-se de lição de vida, que transcende em muito o aspecto meramente epistemológico. Em termos nietzschianos: a ousadia teórica é uma manifestação de vontade

<sup>740</sup> Fenomenologia..., *op. cit.*, p. 64.

<sup>741</sup> Cf. **Preconceito lingüístico**: o que é, como se faz, p. 126.

<sup>742</sup> Cf. **O que...**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>743</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 19-20 e 61; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 20 e 81; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 24-25 e 76.



de de poder positiva, de ir além, de conquistar. No entanto, será pouco provável que o cientista se entregue a elevados voos teóricos, que ouse pensar o impensado, se se mantiver fiel ao pensamento alheio. Esse pensamento é prévio, de modo que continuar a repensá-lo significa persistir no já pensado, no já estabelecido. É parar no tempo. **O progresso da ciência impõe que se pense para além do já pensado.** Que o cientista não apenas se mantenha em seus antecessores, mas que continue a obra da ciência. Que, mesmo permanecendo no campo de pensamento por eles iniciado, pense o que neles restou impensado.

Nada disso será possível se o cientista se mantiver como um satélite, que orbita em torno de reflexões alheias. Mestre SOUTO denomina esse fenômeno de “satelitização da inteligência”:

Lamentavelmente..., na vida literária, há pessoas que se contentam em gravitar ao redor de um pensador ou escritor de talento, atraídas pelo seu brilho. Renunciam, por essa via, à ousadia intelectual, numa espécie de autorregulação mutiladora de suas próprias virtudes intelectuais adormecidas. Contentam-se com um papel “modesto”, i. é., secundário na vida do espírito. Dá-se então o fenômeno, altamente perturbador pela sua persistência insinuante, da satelitização da inteligência. Essas pessoas gravitam em torno do pensamento alheio como satélites apenas iluminados pelo fulgor do astro-rei...<sup>744</sup>

A troca da ação pelo comportamento, a que se refere HANNAH ARENDT, a substituição da iniciativa pela inserção em condutas rotineiras, a troca da ousadia pela mesmice, também explicam a satelitização da inteligência<sup>745</sup>. Quem é só satélite, pensa somente o já pensado e apenas acumula conhecimento alheio, não segue o *ethos* próprio do cientista. Àquele que não é um “zero” nietzschiano, um mero seguidor, que nada critica e em nada contribui, cabe **buscar verdades ali onde ninguém antes sou procurar**<sup>746</sup>. Inclusive, arriscar ler e fundamentar suas verdades em autores ignorados, em reflexões estranhas às doutrinas em voga. Deixar de lado o falatório da comunidade científica quando ele se volta para problemas irrelevantes. E, sendo esse o

<sup>744</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 26; p. 29 e p. 32.

<sup>745</sup> Cf. **A condição humana**, p. 54.

<sup>746</sup> “Como? Você procura? gostaria de duplicar-se, centuplicar-se? Procura seguidores? – Procure zeros! –” – **Crepúsculo...**, *op. cit.*, p. 11.

caso, preocupar-se menos em acumular sabedoria alheia do que em criar conhecimento novo e útil. Para isso, porém, é preciso ser nietzschianamente “mau”:

Até agora foram os espíritos mais fortes e maus que fizeram a humanidade avançar mais longe: eles sempre inflamaram as paixões que adormeciam – toda sociedade em ordem faz adormecerem as paixões –, eles sempre despertam o senso da comparação, da contradição, do gosto pelo novo, ousado, inexperimentado, eles obrigam os homens a contrapor opiniões a opiniões, modelos a modelos. ... A mesma “maldade” que torna famigerado um conquistador se acha em cada pregador e mestre do *novo* – ainda que se expresse com maior finura, não ponha logo os músculos em movimento, e por isso mesmo não o torne tão famigerado! Mas o novo é, em todas as circunstâncias, o *mau*, aquilo que deseja conquistar, lançar por terra as antigas marcas de fronteira e as velhas piedades; e somente o antigo é bom!<sup>747</sup>

Aqui, as lições de mestre SOUTO aproximam-se muito das de ARTHUR SCHOPENHAUER. O filósofo recifense reivindica **uma educação para a sabedoria, não apenas para a memorização erudita que se mostre inimiga da criatividade**<sup>748</sup>.

Por sua vez, o filósofo de Danzig assere:

Em geral, estudantes e estudiosos de todos os tipos e de qualquer idade têm em mira apenas a *informação*, não a *instrução*. Sua honra é baseada no fato de terem informações sobre tudo, sobre todas as pedras, ou plantas, ou batalhas, ou experiência, sobre o resumo e o conjunto de todos os livros. Não ocorre a eles que a informação é um mero *meio* para a instrução, tendo pouco ou nenhum valor por si mesma, no entanto essa é a maneira de pensar que caracteriza uma cabeça filosófica. Diante da imponente erudição de tais sabichões, às vezes digo para mim mesmo: Ah, essa pessoa deve ter pensado muito pouco para poder ter lido tanto!

E conclui, com ironia, que a peruca é o símbolo mais adequado para o erudito: um ser humano que adorna sua cabeça com cabelos alheios, já que não os tem próprios<sup>749</sup>. Também NIETZSCHE leva sua reflexão final à mesma direção: para ele, o

<sup>747</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 57. No mesmo sentido, o aforismo n. 35, do mesmo livro, p. 81: “Heresia e bruxaria. – *Pensar diferentemente do costume – isso é muito menos resultado de um intelecto melhor que de inclinações fortes, más, que desprendem, isolam, desafiam, inclinações alegremente maldosas e arrogantes. A heresia é a contrapartida da bruxaria, e certamente, tal como esta, nada inofensiva ou venerável em si. Os hereges e as bruxas são duas espécies de seres maus: têm em comum o fato de também se sentirem maus, mas terem um prazer incoercível em causar dano àquilo que é dominante (pessoas ou opiniões). A Reforma, uma espécie de redobramento do espírito medieval, num tempo em que ele já tinha a boa consciência a seu lado, produziu ambos em grande quantidade*”.

<sup>748</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 35; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 44; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>749</sup> **A arte de escrever**, p. 20 e 22.

apenas erudito perde a capacidade de pensar por si só<sup>750</sup>. O que não significa, nem poderia significar, em um pensamento consequente, que se deve simplesmente deixar de ler, de pesquisar, de conhecer, de acumular informação. Deve-se sempre insistir na pesquisa farta. A diferença entre a pesquisa meramente acumulativa e a pesquisa fecunda está, ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, naquilo que o leitor faz com o conhecimento que adquire: um, o erudito, acumula conhecimentos para utilizar na afirmação de seu brilho pessoal; o outro, o sábio, preocupa-se com a destinação social do seu saber. Entre eles, há diferença não de grau, mas de essência<sup>751</sup>.

A satelitização da inteligência pode ser provocada pelo medo de errar: supostamente, não erra aquele que repete o pensamento de professores consagrados, dizendo o que já é aceito por verdadeiro. Mestre SOUTO identifica uma causa para esse medo de errar: a educação para o brilho. Há receita fácil para a boa avaliação em uma monografia: cumprir todas as normas metodológicas e expor um pensamento consagrado ao qual o avaliador é simpático, adaptando-o coerentemente a um problema pré-selecionado, e com ele compatível. **Pouco ou nenhum progresso para a ciência, contudo, nessa monografia nota dez.** Para o progresso, é necessário ousar, assumindo a responsabilidade pelo erro, e pela eventual nota baixa que dele possa decorrer. Mas quem desejará um grau baixo em seu histórico escolar, se todos são educados para brilhar, e o brilho é identificado com o sucesso acadêmico, equivalente a boas notas? Essa educação para o brilho é, para SOUTO, tirana. Na prática, prescreve, ao estudioso, que se mantenha na superficialidade; que, servilmente, repita o pré-estabelecido. Ou que escolha assuntos fechados à crítica e à contestação<sup>752</sup>. Sua crítica, ética e pedagógica, é incisiva:

Num sentido objetivo, a ciência é sempre um trabalho impessoal e patrimônio comum da humanidade, mas é esse afã de afirmação pessoal que psicologicamente explica o pavor generalizado do erro, porque induz à autocensura, ao receio da mais fascinante aventura intelectual. E, enquanto essencialmente se destina à fulguração do talento pessoal do estudioso, é essencialmente degradada a educação. Inclinando o agir humano para a platéia e o aplauso, mostra-se eticamente indigente. E toma de assalto o último sítio da racionalidade: a atitude crítica rebelde diante do que é dito e feito. Instaura,

<sup>750</sup> *Ecce...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>751</sup> Cf. *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 136-137.

<sup>752</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 59; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 79; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 74.

em sua substituição, uma impessoal unanimidade ao redor do preestabelecido, do superficial e do meramente opinativo, como uma fortaleza do saber perfeito e acabado. Ali não há, pois, lugar para a morada do erro [sic]<sup>753</sup>.

A imagem acadêmica daquele que tira nota baixa fica manchada. MARIA RITA KEHL ensina que, na nossa cultura da imagem, a fama é o substituto da cidadania, o que torna insuportável a exclusão<sup>754</sup>. E nenhuma fama positiva terá aquele que erra, ainda que por ousar, em amor à ciência. **A educação para o brilho é uma espécie de superego comum, próprio da estrutura acadêmica.** Exerce uma déspota e castradora coerção sobre o estudioso. Para inverter esse estado de coisas, é preciso outra pedagogia, que incentive o estudioso a revolucionar o pensamento. Segundo SOUTO, afastada essa educação para o brilho, a superficialidade teórica, causada pelo medo de errar, seria superada. Quando um autor amplamente acatado não é seguido por um estudioso de menor grau na hierarquia acadêmica, a este recalitrante é, reiteradamente, conferida a pecha do equívoco. Com isso, o estudioso que não segue o pré-estabelecido é acusado de não conhecê-lo, ou de não tê-lo compreendido adequadamente. Assim, a tentativa de mudança é tida, sempre, por ignorância. E o ignorante não brilha. Por isso, a educação para o brilho é uma educação inautêntica: autêntica é a educação para a liberdade<sup>755</sup>. Aquela que permitirá, ao educando, tornar-se aquilo que é<sup>756</sup>.

<sup>753</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 22; p. 23 e p. 27.

<sup>754</sup> Cf. **Sobre ética e psicanálise**, p. 25. Lembre-se NIETZSCHE: “*Quem, pela sua boa reputação, não sacrificou alguma vez – a si próprio? –*” – **Além do bem e do mal**, p. 95. Originalmente, publicado como *Jenseits von Gute und Böse*, em 1886.

<sup>755</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 60-61; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 80-81; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 75-76.

<sup>756</sup> Disse NIETZSCHE: “*Nós, porém, queremos nos tornar aquilo que somos – os novos, únicos, incomparáveis, que dão leis a si mesmos, que criam a si mesmos!*”. Sua consciência assim o determinava: “O que diz sua consciência? – *Torne-se aquilo que você é*” – **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 224, 186. NIETZSCHE tornou-se aquilo que era; e deu, disso, seu próprio testemunho, como mostra o subtítulo de sua autobiografia: “*Wie man wird, was man ist*”, traduzido como “de como a gente se torna o que a gente é” por MARCELO BACKES, por “como tornar-se o que se é”, em RUBENS RODRIGUES TORRES FILHO, e “como alguém se torna o que é” por PAULO CÉSAR DE SOUZA – cf. referências ao final. Sobre o termo “*man*”, em alemão, embora não se referindo expressamente a esse subtítulo, anota FLÁVIO R. KOTHE, no que diz respeito às traduções dos textos nietzschianos: “*Nietzsche usa muito o termo ‘man’.* Embora não seja aceito pela ‘norma culta’ (que é mais norma do que culta e quer fazer de todo brasileiro um lacaio lusitano), a expressão ‘a gente’ – que equivale ao ‘man’ alemão, ao ‘on’ francês e ao ‘man’ inglês –, é corrente no ‘brasileiro’, tornando-se às vezes imprescindível para reproduzir o tom do texto. Com frequência, palavras-chave de Nietzsche têm mais de um sentido. Para não perder isso na tradução, é preciso às vezes desdobrar uma palavra em duas ou três. Antes esse desdobramento do que perder o sentido” [sic] – Nota do tradutor, in FRIEDRICH NIETZSCHE, **Fragmentos finais**, p. 23. A polêmica contra a “norma culta” deixa aparecer uma tomada de posição, do autor, entre aquilo que MARCOS BAGNO denomina “língua” e “gramática normativa” – cf. **Preconceito...**, *op. cit.*, p. 9-10 e *passim*.

A mudança, muitas vezes, é impedida, quando os cientistas **permanecem encastelados em suas próprias conquistas teóricas**, sem se permitirem caminhar adiante. Se uma proposta teórica foi bem sucedida, o estudioso permanece nela o resto da vida, protegido, no interior dessa teoria, como se estivesse dentro de um castelo impenetrável. Esse cientista, no entanto, esquece a lição de HEIDEGGER:

O senso comum, é certo, julga que aquele que possui saber já não precisa de aprender, porque já aprendeu tudo. Não: sabedor é apenas aquele que compreende que tem sempre de aprender e que, devido a essa compreensão, se conduziu, antes de tudo, ao ponto de ser sempre capaz de aprender. Isso é muito mais difícil do que possuir conhecimentos<sup>757</sup>.

O que mestre SOUTO chama de “encastelamento teórico” tem efeitos análogos aos daquilo que BACHELARD denomina “instinto conservativo”: o cientista passa a preferir aquilo que confirma àquilo que contradiz seu saber. Prefere as respostas às perguntas, cessando o crescimento espiritual. Mas a verdade científica deve ser buscada, ainda que isso implique uma sucessão contínua de arrependimentos intelectuais, porque o conhecimento novo exsurge, de certa forma, contra o anterior<sup>758</sup>. Evitar o arrependimento, fechando-se à crítica, é sair do âmbito da ciência. SOUTO, nesse sentido, é claro e incisivo:

Essa impermeabilidade à crítica é o caminho mais curto para um dogmatismo empedernido; a crença na infalibilidade papal de nossas opiniões pessoais; a convicção de que se é portador da quintessência do saber intransitivo... Todavia, quem abdica da sensibilidade à crítica e se encastela nas suas próprias opiniões já se demitiu ipso facto da própria condição de cientista, mesmo que não o saiba<sup>759</sup>.

Com a educação para o brilho, o progresso, no saber científico, fica dificultado. É preciso eliminá-la, portanto. **Eliminá-la facilitará a dessatelitização da inteligência**. Esse fenômeno encontra analogia no descrito, por NIETZSCHE, como liberação do espírito, a emersão do “espírito livre”:

<sup>757</sup> **Introdução à metafísica**, p. 30.

<sup>758</sup> Cf. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento, p. 17-19 – originalmente, publicada como *La Formation de L'esprit Scientifique*, em 1938.

<sup>759</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 61; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 81; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 75-76.

Pode-se conjecturar que um espírito no qual o tipo do “espírito livre” deva algum dia tornar-se maduro e doce até a perfeição tenha tido seu evento decisivo numa grande liberação, e que anteriormente parecesse ainda mais atado e para sempre acorrentado a seu canto e a sua coluna. O que liga mais fortemente? que laços são quase indissolúveis? Para homens de espécie mais alta e seleta são os deveres: a reverência que é própria da juventude, a reserva e delicadeza frente ao que é digno e venerado desde muito, a gratidão pelo solo do qual vieram, pela mão que os guiou, pelo santuário onde aprenderam a adorar – precisamente os seus instantes mais altos os ligarão mais fortemente, os obrigarão da maneira mais duradoura. A grande liberação, para aqueles atados dessa forma, vem súbita como um tremor de terra: a jovem alma é sacudida, arrebatada, arrancada de um golpe – ela própria não entende o que se passa. Um ímpeto ou impulso a governa e domina; uma vontade, um anseio se agita, de ir adiante, aonde for, a todo custo; uma veemente e perigosa curiosidade por um mundo indescoberto flameja e lhe inflama os sentidos. “Melhor morrer do que viver *aqui*” – é o que diz a voz e sedução imperiosa: e esse “aqui”, esse “em casa” é tudo o que ele amara até então! Um súbito horror e suspeita daquilo que amava, um clarão de desprezo pelo que chamava “dever”, um rebelde, arbitrário, vulcânico anseio de viagem, de exílio, afastamento, esfriamento, enregelamento, sobriedade, um ódio ao amor, talvez um gesto e olhar profanador *para trás*, para onde até então amava e adorava, talvez um rubor de vergonha pelo que acabava de fazer, e ao mesmo tempo uma alegria *por* fazê-lo, um ébrio, íntimo, alegre tremor, no qual se revela uma vitória – uma vitória? sobre o quê? sobre quem? enigmática, plena de questões, questionável, mas a *primeira* vitória: – tais coisas ruins e penosas pertencem à história da grande liberação [*sic*].

Essa voluptuosa liberação leva, depois, à maturidade do espírito livre:

Desse isolamento doentio, do deserto desses anos de experimento, é ainda longo o caminho até a enorme e transbordante certeza e saúde, que não pode dispensar a própria doença como meio e anzol para o conhecimento, até a *madura* liberdade do espírito, que é também autodomínio e disciplina do coração e permite o acesso a modos de pensar numerosos e contrários...

Um passo adiante na convalescença e o espírito livre se aproxima novamente à vida, lentamente, sem dúvida, e relutante, seu tanto desconfiado. Em sua volta há mais calor, mais dourado talvez; sentimento e simpatia se tornam profundos, todos os ventos tépidos passam sobre ele. É como se apenas hoje tivesse olhos para o que é próximo. Admira-se e fica em silêncio: onde *estava* então? Essas coisas vizinhas e próximas: como lhe parecem mudadas! de que magia e plumagem se revestiram! Ele olha agradecido para trás – agradecido a suas andanças, a sua dureza e alienação de si, a seus olhares distantes e vôos de pássaro em frias alturas. Como foi bom não ter ficado “em casa”, “sob seu teto”, como um delicado e embotado inútil! Ele estava *fora* de si: não há dúvida [*sic*]<sup>760</sup>.

NIETZSCHE fala daquele que se libertou da verdade metafísica. Haveria, contudo, forma mais bela e incisiva de descrever o processo de dessatelitização da inteli-

<sup>760</sup> Humano..., v. 1, *op. cit.*, p. 9-12.

gência ? Aquele que crê cegamente, e aceita surdamente, não haver outra possibilidade para a ciência do direito que não a descrição analítica do texto legislado, incorre no mesmo erro que NIETZSCHE atribuiu a toda a tradição metafísica anterior a ele próprio: falta de visão histórica. Se a ciência veio a ser um conjunto sistemático de proposições descritivas, e, que, num espaço-tempo delimitado, assim seja, isso não implica que deva assumir eternamente essa forma. Que essa definição seja a verdade definitiva sobre a ciência<sup>761</sup>. Novamente em termos nietzschianos: medo de errar, a satelitização da inteligência e o encastelamento teórico são manifestações de vontade de poder negativa; vontade de permanecer, de estagnar, de morrer. A vontade de poder positiva é potencializada com a ousadia teórica e o desprendimento.

Esses pensamentos soutianos todos – provisoriedade do conhecimento científico, apologia do erro, ousadia intelectual, educação para o brilho, encastelamento teórico e satelitização da inteligência – proporcionam ao estudioso, em conjunto, uma abertura fundamental: permitem a dúvida, o questionamento cartesiano, a desconfiança em relação ao pré-estabelecido, a ousadia necessária para trilhar o caminho da evolução do conhecimento. **Concedem armas na luta contra o pré-estabelecido, fomentando a liberdade e a autonomia de pensamento.** Afinal, como ensina também NIETZSCHE, a dúvida e a desconfiança são aliados fiéis da ciência<sup>762</sup>. Deve-se mantê-las, portanto, a todo custo. E, se se deseja permanecer soutiano, inclusive em relação às teorias do próprio mestre.

### 4.1.3 A razão instrumental

*“...o método formal vale porque é apto para solucionar problemas concretos”<sup>763</sup>*

A ciência moderna, desde DESCARTES, e numa tendência que se fortaleceu no neopositivismo, matematiza o conhecimento. Vale-se de uma forma de pensamento calculante. Nessa racionalidade, os objetos de conhecimento científico são reduzidos à sua dimensão calculável, mensurável. Seus demais aspectos ficam relegados ao não

<sup>761</sup> Cf. *ibidem*, p. 16.

<sup>762</sup> Cf. *ibidem*, p. 31.

<sup>763</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 20; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 36.

científico, ou ao irracional. **O conhecimento científico tradicional apropria-se do real e o matematiza.** Diz JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “*Pelo conceito, o real é aprisionado nas garras do pensamento calculante, como se este fosse uma ave de rapina*”<sup>764</sup>. Esse é outro ponto para o qual *Ciência feliz* fornece as bases para uma crítica consistente.

Uma ciência, nesses moldes, fica impedida de se manifestar sobre aspectos do real que não aceitem explicação por uma racionalidade lógica ou técnica. Procurar razões para determinados fenômenos só se faz em um sentido: a razão no sentido de causa mecânica, técnica, matemática. ILYA PRIGOGINE e ISABELLE STENGERS dão um exemplo. À pergunta “por que se acelera um corpo?”, responder-se-ia: porque há uma força mecânica a atuar sobre ele, retirando-o do estado de inércia, e enunciar-se-ia a lei matemática que explica a aceleração. Porém, a uma pergunta sobre as razões pelas quais se deve acelerar um corpo, se isso é bom ou ruim, útil ou inútil, desejável ou não, a racionalidade instrumental nada pode afirmar<sup>765</sup>. Da mesma forma, **a ciência do direito tributário não se pergunta por que existe a obrigação de pagar tributo, salvo para responder, mecanicamente: porque o fato gerador ocorreu.** Mas por que tal fato foi juridicizado? A resposta é: porque existe a norma. Mas por que existe a norma? Na racionalidade técnica, porque o político assim o fez. E perguntar-se a respeito das motivações desse proceder já é resposta que está fora do âmbito científico racional. Daí, independentemente de uma busca infrutífera pela “vontade do legislador”, decorre uma dificuldade enorme para a doutrina compreender e considerar as determinações políticas, econômicas e sociais de determinadas incidências fiscais e extrafiscais, e, levando-as em conta, orientar a melhor interpretação e aplicação do direito.

O trabalho realizado numa racionalidade exclusivamente instrumental e lógico-matemática torna-se parcial, deixando de lado aspectos importantes para o direito. Para KELSEN, por exemplo, a definição de um fim não é tarefa científica, porque repousa num juízo valorativo, subjetivo, insuscetível de verificação empírica. A ciência é capaz, apenas, de explicar os meios, dominando os instrumentos necessários para o al-

<sup>764</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 36-37; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 45-46; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 46-47.

<sup>765</sup> Cf. **A nova...**, *op. cit.*, p. 43.



cance dos fins. O fim, ele próprio, fica excluído, por ser resultado de uma decisão, para a qual os temores e desejos do homem são determinantes<sup>766</sup>. Se, dominado por essa racionalidade, o jurista pretender a compreensão também do que é valorativo, e não apenas calculante, **acabará por valer-se de uma racionalidade inadequada, distorcendo o problema ou abandonando-o.**

Já se viu como a racionalidade própria da ciência moderna é incapaz de justificar decisões, que relega para o plano volitivo e irracional. A criação normativa, seja geral, seja individual, é, então, excluída das possibilidades de um trabalho racional. Daí a ética situar-se fora da razão, no plano da vontade<sup>767</sup>. Diante disso, sob o ponto de vista próprio desse tipo de racionalidade, a única conclusão lógica possível é a de que o tribunal da razão não julga nenhuma ética, pois tanto a ética quanto o julgamento se fundamentam em juízos de valor, isto é, sentimentos, emoções, volições; numa palavra: em irracionalidades<sup>768</sup>. Essa racionalidade exclusivamente empírico-matemática jamais se poderá manifestar a respeito do direito que deve ser, senão para qualificá-lo como irracional. **As limitações dessa racionalidade impõem sua crítica e sua superação.** Os problemas que ela traz ao direito são bem descritos por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

O conhecimento científico convencional e burocrático, longe de constituir um autêntico amor à sabedoria, caracteriza-se pela sua dócil submissão às tecnologias, à dominação planetária da técnica, um universo em expansão. A ciência é governada pela técnica. Assim, a própria ciência do Direito não é mais um conhecimento da justiça, da **res justa**, mas converte-se em um instrumento tecnológico de controle social fundado no ordenamento jurídico positivo. No mundo do dever-ser normativo (**Sollen**), i. é, das normas de conduta, a uma distância abissal do ser-aqui-e-agora da sociedade e suas legítimas aspirações (**Sein**), ou seja, das condutas normadas, o valor justiça é substituído pelo valor segurança jurídica. Vale somente o que é juridicamente eficaz. O controle social efetivo é o bezerro de ouro do direito moderno a serviço sobretudo do autoritarismo governamental<sup>769</sup>.

<sup>766</sup> Cf. *Teoría comunista del derecho y del estado*, p. 73. Trata-se de texto único compilando as obras *The Communist Theory of Law* (A teoria comunista do direito) e *The Political Theory of Bolshevism* (A teoria política do bolchevismo), ambas publicadas em 1955. Para uma crítica à exclusão do fim do âmbito racional pela razão instrumental, cf. MAX HORKHEIMER e THEODOR ADORNO, *Dialética...*, op. cit., p. 87.

<sup>767</sup> Cf. HANS KELSEN, *Teoria geral das normas*, op. cit., p. 15-16.

<sup>768</sup> Cf. HANS KELSEN, *O que...*, op. cit., p. 5.

<sup>769</sup> *Ciência...*, 2. ed., op. cit., p. 129-130; *Ciência...*, 3. ed., op. cit., p. 118.

A racionalidade instrumental, característica da ciência moderna e da doutrina tributarista, é resultado da concepção de ciência como domínio e controle sobre a natureza. Ela apresenta-se como a consagração histórica do paradigma de compreensão do objeto como equivalendo aos esquemas intelectuais, embora isso a afaste das próprias características do real a ser pesquisado. É que qualquer característica do real que não possa ser racionalizado, matematicamente, perde, para fins científicos, seu próprio estatuto de realidade a ser estudada<sup>770</sup>. Com esse proceder, a racionalidade instrumental deixa para o irracional tudo o que não é técnica suscetível de aferição matematizada. E, se não é racional, é volitivo, irracional, ideológico, incontrollável. A respeito de tudo aquilo que não é técnica, nada há a dizer cientificamente: **ciência e técnica passam a identificar-se.**

Isso resulta numa grave inversão: o ser humano, tentando dominar a natureza e afastar o mito com a verdade, cria a ciência e a técnica. Tudo levaria a crer que ele seria, então, o sujeito da ciência e da técnica. Mas eis que, de repente, **o homem passa a ser o objeto, e a ciência e a técnica tornam-se o sujeito.** São a ciência e a técnica que dirigem os seres humanos, e não o contrário. De sujeito da ciência, o ser humano passa a ser sujeito à ciência, um servidor seu. De dominação da natureza, a ciência, convertida em razão instrumental, torna-se dominadora do próprio cientista – dominação cuja percepção, enquanto tal, é dificultada pela “ideologia científicista”, que sustenta a incontestabilidade da ciência enquanto produtora de saber objetivo e verdadeiro<sup>771</sup>. A ciência, lembra SOUTO, torna-se escrava do método, submetendo-se à sua tirania<sup>772</sup>. E, com ela, o cientista. Criada para guiar o cientista, o método científico passa a condicioná-lo, ainda quando é flagrantemente inconveniente. Mas, enquanto criação humana, o método, se necessário, pode ser aperfeiçoado. Não é imutável.

Os tributaristas costumam tratar do conteúdo jurídico-positivo de modo a **não trazer, à presença, a realidade social subjacente.** Essa realidade, determinante para a boa interpretação e aplicação do direito, fica velada, no discurso que se volta exclu-

<sup>770</sup> Cf. HERBERT MARCUSE, *A ideologia da sociedade industrial*: o homem unidimensional, p. 145; FRANKLIN LEOPOLDO E SILVA, *Conhecimento...*, *op. cit.*, p. 1; MARILENA CHAÚÍ, *Convite à filosofia*, p. 237.

<sup>771</sup> Cf. FRANZ HINKELAMMERT, *Crítica...*, *op. cit.*, p. 220; MARILENA CHAÚÍ, *Convite...*, *op. cit.*, p. 232-240; RODRIGO DUARTE, *Adorno/Horkheimer e a dialética do esclarecimento*, p. 27-28.

<sup>772</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 11.

sivamente para a forma estrutural do direito positivo e seu conteúdo semântico – definido, este, em um método sistemático fechado, no sistema normativo, idealizado, em isolamento perante seu meio.

Embora a crítica de CARL SCHMITT a KELSEN se mostre injusta em muitos pontos, procede a seguinte objeção:

*De este modo, la “teoría gradual” con su “universalidad” de la norma acaso sea interesante para una teoría jurídica abstracta, pero no para la teoría constitucional. El problema específico queda sin resolver, porque en lugar de lograrse un fundamento teórico-constitucional no se adquiere más que un vacío sistema teórico-jurídico de lo que es “ordenación jurídica” y “estructura gradual” general, o “jerárquica” de “normas”<sup>773</sup>.*

Adaptando-se a visão do constitucionalista para o direito tributário: se é precioso o trabalho kelseniano e vilanoviano no âmbito da teoria geral do direito, é inadequado, como metodologia exclusiva, buscar transformar o direito tributário em teoria geral. Essa exclusividade faz com que o direito tributário se esvazie de matéria, convertendo-o em uma fórmula simbólica. Subjaz, a isso, **a presença única de uma racionalidade incapaz de lidar com conteúdos materiais cambiáveis e permeáveis**, sujeitos aos mais diversos condicionamentos, externos e internos.

Numa inversão, **é à metodologia do direito tributário que o estudioso se deve curvar**. Os tributaristas estão submetidos à ciência: a exemplo de Frankenstein, é criador que se submete à criatura. Eles, que conceberam a metodologia para a solução dos problemas, passam a ser proibidos de resolver problemas para os quais a metodologia não comporta solução. Se o problema não encontra solução naquele modelo, ou terá solução inadequada, ou nenhuma. THEODOR VIEHWEG tem um papel importante na denúncia dessa inversão no plano jurídico, e será um dos fundamentos de mestre SOUTO, na sua tentativa de superação da dogmática jurídica estrita, e da racionalidade que a preside<sup>774</sup>. Tentativa, no entanto, que só é possível a partir da abertura do jurista para a filosofia. Que permite, diga-se de passagem, conhecer a ácida e antiga crítica de NIETZSCHE à matematização do saber operada pela ciência – que se aplica-

<sup>773</sup> *La defensa de la constitución*, p. 82, n. 58 – originalmente, publicada como *Der Hüter der Verfassung*, em 1931.

<sup>774</sup> Mestre SOUTO vale-se da obra *Tópica e Jurisprudência*, originalmente, publicada em 1953, que tem edição nacional, em tradução de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR.

ria, com ainda maior razão, no direito, uma realidade que pode escapar a essa matematização:

O mesmo se dá com a crença que hoje em dia satisfaz tantos cientistas naturais materialistas, a crença num mundo que deve ter sua equivalência e medida no pensamento humano, em humanos conceitos de valor, um “mundo da verdade”, a que pudéssemos definitivamente aceder com ajuda de nossa pequena e quadrada razão – como? queremos de fato permitir que a existência nos seja de tal forma degradada a mero exercício de contador e ocupação doméstica de matemáticos? Acima de tudo, não devemos querer despojá-la de seu caráter *polissêmico*: é o *bom gosto* que o requer, meus senhores, o gosto da reverência ante tudo o que vai além do seu horizonte! Que a única interpretação justificável do mundo seja aquela em que *vocês* são justificados, na qual se pode pesquisar e continuar trabalhando cientificamente no *seu* sentido (– querem dizer, realmente, de modo *mecanicista*?), uma tal que admite contar, calcular, pesar, ver, pegar e não mais que isso, é uma crueza e uma ingenuidade, dado que não seja doença mental, idiotismo. Não seria antes bem provável que justamente o que é mais superficial e exterior na existência – o que ela tem de mais aparente, sua sensualização, sua pele – fosse a primeira coisa a se deixar apreender? ou talvez a única coisa? Uma interpretação do mundo “científica”, tal como a entendem, poderia então ser uma das *mais estúpidas*, isto é, das mais pobres de sentido de todas as possíveis interpretações do mundo: algo que digo para o ouvido e a consciência de nossos mecanicistas, que hoje gostam de misturar-se aos filósofos e absolutamente acham que a mecânica é a doutrina das leis primeiras e últimas, sobre as quais toda existência deve ser construída, como sobre um andar térreo. Mas um mundo essencialmente mecânico seria um mundo essencialmente *desprovido de sentido*! Suponha-se que o *valor* de uma música fosse apreciado de acordo com o quanto dela se pudesse contar, calcular, pôr em fórmulas – como seria absurda uma tal avaliação “científica” da música! O que se teria dela apreendido, entendido, conhecido? Nada, exatamente nada daquilo que nela é de fato “música”!...<sup>775</sup>

É a clareira aberta pela filosofia que permitirá, ao pensamento jurídico, superar a exclusividade da racionalidade instrumental, e aferir o controle de racionalidade das decisões. Inclusive, e principalmente, de decisões a respeito da melhor alternativa de interpretação, em trabalho científico-positivo, ou de positividade normativa, em trabalho científico-normativo. A clareira aberta pela epistemologia, por outro lado, permiti-

<sup>775</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 277-278. Há fragmentos de publicação póstuma no mesmo sentido: “*Ilusão de que algo seja conhecido onde tenhamos uma fórmula matemática para acontecer: ele está apenas designado, descrito: nada mais!*”; “*A calculabilidade do mundo, a possibilidade de expressar todo acontecer por meio de fórmulas – é isso realmente ‘entender’? O que teria sido bem entendido em uma música se tivesse sido calculado tudo o que nela é calculável e pode ser resumido em fórmulas? – Daí então as ‘causas constantes’, coisas, substâncias, portanto algo ‘incondicionado’; fictício – o que foi que se alcançou?*” – **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 157 e 164.

rá compreender a inadequação científica do pensamento reducionista, que tudo simplifica a uma relação de objetos determinados, em fórmulas elementares e universais.

#### 4.1.4 A filosofia no discurso científico

*“Para que serve a Filosofia?... A filosofia não serve para nada e serve para tudo”<sup>776</sup>*

Na terceira edição do *Ciência feliz*, o texto “Filosofia e Ciência” **abre o discurso científico para o conhecimento filosófico**, explicitando o que estava implícito nas edições anteriores. Se, desde a primeira edição, mestre SOUTO pensa recorrendo a HERÁCLITO, DEMÓCRITO, PLATÃO, ARISTÓTELES, LEIBNIZ, MARX, NIETZSCHE, HEIDEGGER, ARENDT e outros, na terceira, a própria filosofia, em suas relações com a ciência, é tema de reflexão. No texto, SOUTO pensa as relações entre ciência e filosofia em geral, e entre esta e a ciência do direito, em particular. Ao final, conclui que o conhecimento da filosofia é condição de possibilidade da construção de um sistema científico. Sem a filosofia como base, sustentáculo, a ciência estaria entregue à superficialidade e à frustração de objetivos. Seria inviável. Dentre as utilidades da filosofia está oferecer lastro e fundamento a uma ciência que se pretenda consistente, coerente e aprofundada. O autor arremata seu estudo com um pensamento importantíssimo para a presente tese: *“São as construções filosóficas requisitos epistemológicos para o controle da legitimidade das proposições científicas”<sup>777</sup>*.

**Da mesma forma que a epistemologia é uma instância de controle da racionalidade do discurso científico, a filosofia também o é**, embora em outro plano. JÜRGEN HABERMAS tem razão, ao dizer que a filosofia se não pode arvorar em um pensamento superior e infalível, mesmo porque já não pode mais ser idealista e metafísica impunemente. Mas, no mínimo, ela relaciona-se com a ciência, ao levantar questionamentos e ao suscitar pressupostos que devem ser levados em consideração quan-

<sup>776</sup> *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 160.

<sup>777</sup> *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 160. No mesmo sentido, cf. JACQUES MARITAN, **Elementos de filosofia**, introdução geral à filosofia, v. 1, p. 73 – originalmente, publicada como *Éléments de philosophie I: introduction générale à la philosophie*.

do se pretende erigir uma argumentação racional<sup>778</sup>. Uma das tarefas essenciais da filosofia, registra APEL, é fundamentar, criticamente, as ciências particulares, porque leva em consideração os interesses cognitivos humanos<sup>779</sup>. Daí, o resultado, segundo mestre SOUTO: “*O jurista que conhece e domina a Filosofia é diversificado pela excelência de sua teorização. Leva vantagem sobre os juristas convencionais – meros especialistas – dada a excelência teórica de sua visão do mundo jurídico*”<sup>780</sup>.

Pode-se, aqui, lembrar HEIDEGGER, quando argumenta a respeito da transcendência do argumento científico para o filosófico. Sua visão parte do pressuposto segundo o qual, para falar da ciência, ela própria é incompetente. No entanto, não se refere à epistemologia, mas à filosofia:

O fato de os conceitos fundamentais de uma ciência e o que esses conceitos concebem permanecer inacessível a toda ciência enquanto tal, isto é, a toda ciência enquanto a ciência que ela é, está em conexão direta com o fato de nenhuma ciência jamais poder enunciar algo sobre si com o auxílio de seus próprios meios científicos... A questão “o que é uma ciência” já não é mais *enquanto questão* uma questão *científica*. No momento em que pergunta pela ciência em geral, o que sempre significa, ao mesmo tempo, por certas ciência possíveis em específico, aquele que questiona ganha um outro âmbito dotado de outras reivindicações comprobatórias e de outras formas de comprovação que são tomadas por correntes nas ciências. *Esse é o âmbito da filosofia*. A filosofia não é afixada às ciências e edificada em um andar superior. Ao contrário, ela se acha no âmbito mais intrínseco da ciência, de modo que é válido dizer: uma simples ciência só é científica, ou seja, só se mostra como um saber autêntico para além da mera técnica, na medida em que é filosófica<sup>781</sup>.

Adverte HEIDEGGER, porém, que ter uma base na filosofia, valer-se de seus conceitos, como se a filosofia fosse uma infraestrutura da ciência, é insuficiente para tornar filosófica uma ciência. **A ciência filosófica é aquela que absorve a filosofia como um guia, capaz de modificar sua direção, quando equivocada, e de fazê-la refletir sobre suas próprias origens, determinando o proceder científico**<sup>782</sup>. Quan-

<sup>778</sup> Cf. **Consciência moral e agir comunicativo**, p. 33-34 – originalmente, publicada como *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, em 1983.

<sup>779</sup> **Transformação...**, v. 1, *op. cit.*, p. 14.

<sup>780</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 160. Em outra oportunidade: “*O jurista que domina um sistema filosófico, e não apenas recorre a citações como ‘adereço’ teórico, torna-se praticamente imbatível. Porque retorna ao campo dogmático com uma largueza de perspectivas que os juristas convencionais não têm*” – Prefácio, in HUMBERTO ÁVILA, **Sistema...**, *op. cit.*, p. XLII.

<sup>781</sup> **Nietzsche**, v. 1., *op. cit.*, p. 287-288.

<sup>782</sup> Cf. *idem*.

do a doutrina tributarista deixa de falar dos tributos e das normas tributárias, e passa a falar sobre a ciência em si, transcende o âmbito da ciência, e passa a ter de se mover no campo das reivindicações comprobatórias propriamente filosóficas, além das epistemológicas. Mas não só: também ao falar das normas tributárias, deixa, ainda que pressuposta, uma discussão filosófica e epistemológica subjacente, da qual precisa ter consciência. Nesse sentido, a filosofia presta-se, também, ao controle da racionalidade do pensamento científico. Embora não se deva esquecer que essa relação, entre filosofia e ciência, é recursiva: também o conhecimento científico pode servir de instância para o controle da racionalidade da reflexão filosófica.

A última abertura que a virada de pensamento de mestre SOUTO proporciona, e que será referida nesta tese, é a seguinte: a filosofia é instância de controle da racionalidade do discurso e dos afazeres científicos. SOUTO, praticamente, obriga o jurista a familiarizar-se com a filosofia. Ensina que, para fundamentar um discurso científico de ruptura com o pré-estabelecido, é necessário atacar o existente em suas bases filosóficas. E que, para construir um discurso científico em substituição ao anterior, é preciso construir novas bases filosóficas que lhe permitam a pretensão de racionalidade – embora não a garantam, por si sós.

Nesta tese, a filosofia é tomada, justamente, como uma instância de controle da racionalidade argumentativa. Pressupostos teóricos, como a separação absoluta entre ser e dever-ser, em seu aspecto que relaciona, de um lado, o conhecimento com a razão e, de outro, a decisão com a vontade, e tem a razão como livre da vontade e a decisão como sempre irracional, podem ser postos em discussão, com fundamento na filosofia. É o que se fará no capítulo final. De outra banda, afirmações como “todo conhecimento científico só é possível a partir de um empreendimento de redução de complexidades” podem ser confrontadas com os avanços da epistemologia contemporânea, o que também será feito. Com isso, o capítulo final desta tese assume o caráter de um **discurso prévio de fundamentação filosófica e epistemológica**. Ele, no entanto, só é possível graças aos discursos soutianos, ainda mais prévios, de demonstração da fecundidade da epistemologia e da filosofia, como metadiscursos que trabalham no controle da racionalidade do argumento científico.

## 4.2 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e os três caminhos de superação

### 4.2.1 Introdução

*“A audácia intelectual deve ser considerada uma virtude metodológica”*<sup>783</sup>

A clareira que os questionamentos epistemológicos, pedagógicos, éticos e filosóficos abre para o pensamento de mestre SOUTO permite-lhe continuar a trilhar novos caminhos, afastando-se da dogmática restritivamente voltada ao direito tributário. Nos três livros que se seguem ao *Ciência feliz*, SOUTO aponta de forma clara – embora, às vezes, implícita – para **três caminhos de superação do proceder científico**, e os segue. O primeiro desses caminhos é a busca de um pensamento mais originário a respeito do direito: um pensamento problemático, dialético e dialógico, em oposição ao sistemático, analítico e monológico. O mestre tenta essa via na obra *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. É a superação da dogmática e de sua racionalidade lógico-cientificista. Na terceira edição do *Isenções tributárias*, renomeada *Teoria geral da isenção tributária*, SOUTO insiste na superação dos dualismos, um meio legítimo para o progresso da ciência. Ao dar à luz um inovador *Curso de direito comunitário*, trabalha agregando complexidades, de forma interdisciplinar, sugerindo um caminho que supere o reducionismo epistemológico. Superar a racionalidade exclusivamente sintático-semântica, os dualismos e o reducionismo: esses são caminhos de evolução sugeridos, na obra soutiana, após o *Ciência feliz*.

---

<sup>783</sup> *Ciência feliz*..., *op. cit.*, p. 152.



#### 4.2.2 A superação da racionalidade exclusivamente sintático-semântica: *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)* (1996)

“...emoção e sensibilidade, condição sine qua non para a autêntica ciência...”<sup>784</sup>

Muitas das obras de SOUTO podem ser caracterizadas como rupturas dentro de seu próprio pensamento. Mas, dentre todas, a ruptura mais drástica dá-se com *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. **A principal ruptura proporcionada pela obra ocorre em face do pensamento dogmático e sistemático no direito, rumo a uma reflexão pautada pela dialética**<sup>785</sup>.

A teoria jurídica contemporânea preocupa-se com temas estranhos ao dogmático *stricto sensu*. Há, verdadeiramente, um arsenal de estudos nesse sentido, no Brasil e no exterior, em virtude das transformações importantes que o direito vivencia desde o fim da segunda guerra mundial<sup>786</sup>. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, nessa obra, revela preocupações análogas, de **reaproximar, no plano teórico, justiça e direito**. No livro, explica mestre SOUTO, o jurista é o sacerdote da justiça<sup>787</sup>. Se, nas obras anteriores, os nortes principais eram KELSEN e POPPER, agora, o autor aparece influenciado por MICHEL VILLEY – o que não o impede, em manifestação de desprendimento intelectual e afastando qualquer possibilidade de satelitização da inteligência, de discordar do jusfilósofo francês, denunciando aquilo que nele, para SOUTO, é equivocado<sup>788</sup>. É um livro de filosofia do direito. Então, que ninguém se engane com seu título. Assim como o *Obrigação tributária* não era um livro sobre obrigações tributárias,

<sup>784</sup> Prefácio à 3.ª edição, in **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>785</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, E, *afinal...*, *op. cit.*, p. 598.

<sup>786</sup> Veja-se a revisitação à “natureza das coisas” e ao direito natural, na *Filosofia do direito*, de GUSTAV RADBRUCH; a recuperação da tópica por THEODOR VIEHWEG, na obra *Tópica e jurisprudência*; a revalorização da argumentação, em CHÁÏM PERELMAN, tanto na *Lógica jurídica* quanto no *Tratado da argumentação*; em ROBERT ALEXY, em sua *Teoria da argumentação jurídica*, e nos outros autores referidos por MANOEL ATIENZA, em seu livro *As razões do direito*; o retorno da razoabilidade e da “lógica” do razoável em LUÍS RECÁSSENS SICHES e seu *Tratado general de filosofía del derecho*; o resgate da preocupação com *Uma teoria da justiça*, em JOHN RAWLS; a retomada da arte romana do direito por MICHEL VILLEY, notadamente em sua *Filosofia do direito*; a reconsideração da moral por RONALD DWORKIN, nos livros *Los derechos en serio*, *Uma questão de princípio* e *O império do direito*; além de outros, igualmente importantes, todos escritos após a segunda guerra mundial. Interessante notar que a maioria deles propõe, em rigor, um passo atrás como forma de dar um passo à frente, como SOUTO.

<sup>787</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 43.

<sup>788</sup> Como na passagem seguinte: “*Não se trata, porém, de uma ‘quase-dialética’, ao contrário do que sugere Villey...*” – **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 76.

também *O contraditório* não é um livro sobre processo. Seu autor é qualificado como professor titular de filosofia do direito, no curso de graduação, e de direito tributário, na pós-graduação da faculdade de direito da UFPE, além de professor-honorário na faculdade de direito da PUC/SP.

Nessa obra, a preocupação central do autor, então, é com a justiça. Como a racionalidade instrumental moderna é incompetente para pensar a justiça, a nova preocupação de SOUTO demanda uma substituição da própria racionalidade que preside sua reflexão. KELSEN já afirmara que a questão da justiça não tinha resposta em ciência<sup>789</sup>. Para que a ciência se torne capaz de pensar a justiça, precisa assumir outra racionalidade. E, se a ciência é a do direito, **o jurista precisa partir em busca de outro modo de pensar o direito, que possa dar conta da questão fundamental da justiça.** É preciso superar a dogmática jurídica, porque a realização concreta da justiça é algo que transcende os estreitos limites que lhe foram impostos pela tradição. Em 1984, SOUTO dizia que a conduta concreta transcendia os limites de especulação da dogmática. Ela só interessaria ao aplicador da norma, ao órgão competente<sup>790</sup>. O dualismo entre a ciência do direito, exercida pelo cientista, e a arte do direito, que competiria ao juiz, está aí firme. *O Contraditório* fornece aberturas para a superação desse dualismo.

Afastado o direito da justiça pela concepção moderna, impõe-se a reaproximação. Mas a justiça que preocupa mestre SOUTO não é, nesse livro, a justiça abstrata, eventualmente posta no ordenamento, ou dele ausente, ou nele pressuposta. É a justiça concreta: **a realização empírica da justiça na vida concreta dos sujeitos.** HEIDEGGER ensina que “...o essencial do revolucionário não é a virada como tal, mas o fato de ele trazer à luz em meio à virada o que há de decisivo e essencial”<sup>791</sup>. SOUTO, nessa sua obra revolucionária, traz à luz aquilo que é decisivo e essencial ao direito: a realização concreta da justiça nas relações mundanas. Nessa obra, o autor mostra-se preocupado com o direito enquanto fenômeno social, que habita as relações intersubjetivas concretas. Volta-se ao caso individual, e não mais, apenas, ao ordenamento abstratamente considerado. Não só os sujeitos abstratos, mas os sujeitos concretos devem

<sup>789</sup> Cf. **O que...**, *op. cit.*, p. 262.

<sup>790</sup> Cf. **Obrigações...**, *op. cit.*, p. 139; **Obrigações...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 142.

<sup>791</sup> **Nietzsche**, v. 1., *op. cit.*, p. 20.

ser considerados pelo jurista<sup>792</sup>. Isso, porém, impõe a consideração pragmática dos efeitos concretos do direito, o que revela um incremento de perspectiva.

Na visão de ALFREDO AUGUSTO BECKER, que influencia a dogmática tributária brasileira, o problema afeto ao cientista do direito é a validade da norma, não sua justiça. Essa distinção é relevante, e separa as preocupações do jurista e do filósofo do direito<sup>793</sup>. O que motiva o autor a defender essa tese é a necessidade de separar a tarefa do jurista da tarefa do político: conhecer a norma que existe é problema do jurista; avaliar a norma, para sua possível mudança, de acordo com valores quaisquer, é assunto do político. BECKER frisa, com razão, que **o jurista não se pode valer de seus valores pessoais próprios**, negando-se a reconhecer a juridicidade de uma norma jurídica por não concordar com ela, por entendê-la, de seu ponto de vista, injusta, imoral, inadequada, ineficaz *etc.* Quem o faz, não assume o papel de jurista, mas o de político. O jurista gaúcho não nega que o intérprete, bem compreendendo a totalidade do sistema, possa concluir pela não aplicação de uma determinada regra; mas isso é apenas admitido em virtude daquilo que denomina, na esteira de PONTES DE MIRANDA, invalidade. Isso é perceptível na sua descrição do primeiro momento da tarefa do intérprete:

*Primeiro momento: dissecar a estrutura lógica daquela determinada regra jurídica a interpretar. Desta dissecação ele obtém a regra (a regra de conduta) e a composição da hipótese de incidência (“fato gerador”, suporte fático “fatispecie”) específica àquela regra jurídica. É neste primeiro momento que assume capital importância o cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico que tanto pode revelar a existência da regra jurídica, como pode denunciar a sua inexistência (lei não-válida, sem juridicidade)*<sup>794</sup>.

Porém, existente e válida a norma, cabe aplicá-la, impondo-se a consequência abstratamente prevista. BECKER não admite qualquer possibilidade de adaptação dos efeitos jurídicos da incidência ao caso concreto, no momento da aplicação. Sustenta caber ao intérprete, verificada a ocorrência do fato correspondente à hipótese normativa válida, apenas reconhecer a irradiação dos efeitos previstos na norma, e averiguar

---

<sup>792</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 84. Sobre o “sujeito abstrato”, cf. PAOLO GROSSI, **Mitologias jurídicas da modernidade**, p. 125.

<sup>793</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 88.

<sup>794</sup> *Ibidem*, p. 114.

se foram respeitados. Não lhe é cedida **nenhuma possibilidade de avaliar criticamente os efeitos da aplicação da norma válida ao caso concreto**, para dosá-los, reconhecê-los como adequados, adaptá-los, ou evitá-los. Isso está exposto nos três momentos hermenêuticos seguintes àquele primeiro: investigar os fatos para verificar a incidência; concluir que, havidos os fatos, houve incidência infalível e automática; averiguar o respeito aos efeitos da incidência<sup>795</sup>. Seja a norma justa ou injusta: em qualquer caso, os efeitos jurídicos, postos na regra, devem ser respeitados, da mesma forma. BECKER não considera admissível uma avaliação da situação concreta que pudesse afastar os efeitos da incidência da regra. Na mesma linha, o autor nunca concordaria que, não se realizando fato correspondente a qualquer hipótese de incidência de norma válida, houvesse a aplicação de efeitos jurídicos, sequer mediante a “analogia por extensão”. Para ele, isso implicaria reconhecer, ao intérprete, a possibilidade de criar regra nova, contra o direito positivo. Significaria outorgar-lhe o poder de violar a legalidade – salvo, evidentemente, regra jurídica a autorizá-lo. Em síntese: para BECKER, nenhuma consideração do intérprete, a respeito do sujeito concreto atingido pela norma, deve ser admitida.

Aqui, verifica-se a utilidade da hermenêutica histórica, capaz de reconstituir as condições históricas que determinaram a obra de ALFREDO AUGUSTO BECKER. O justificado pavor em face das arbitrariedades hermenêuticas com as quais se escandalizava – o problema do direito tributário invertebrado – fez com que o autor gaúcho reduzisse ao mínimo as possibilidades do intérprete e do juiz. Por razões subjetivas, de acordo com concepções pessoais, arbitrariamente, o juiz não pode adaptar os efeitos da incidência da norma ao caso concreto. Não é a concepção de justo do juiz que deve permanecer, mas a do Poder Legislativo – e, complete-se, do Poder Constituinte<sup>796</sup>. As relações de decorrência automática entre incidência e aplicação tornam-se necessárias. Essa necessidade, contudo, fica **superada na guinada pragmática do pensamento de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES**, que retoma a consideração do sujeito concreto e da aplicação concreta do direito, com vistas à realização concreta da justiça. SOUTO,

---

<sup>795</sup> Cf. *Ibidem*, p. 114-115, 134, 279, 301 e 309.

<sup>796</sup> *Ibidem*, p. 82 e 100.

sem cair na subjetividade solipsista do juiz arbitrário, mostra-se preocupado com os efeitos da aplicação concreta da norma.

A retomada da justiça é empreendida da seguinte forma: A justiça grega – o *dikaion* – traduz-se numa relação entre os homens que convivem, em comunidade política, na *polis*. É, portanto, uma relação surgida de modo mais ou menos espontâneo, no cotidiano da vida cultural. Nesse sentido, **não é direito arbitrariamente imposto por nenhum ato de autoridade**<sup>797</sup>. Sendo inexistente, ainda, nessa tradição grega, a distinção tardia entre filosofia e ciência, entre valores metafísicos e verdades empiricamente testáveis, não há, também, distinção entre esse direito, surgido da cultura, empiricamente verificável, e a justiça. Ensina SOUTO: “*Dikaion, em grego, é o Direito, mas também e conjuntamente o justo, adjetivo substantivado*”<sup>798</sup>. “Também e conjuntamente”, disse o autor: o pensamento grego ainda não evoluíra para o paradigma da diferenciação, da redução de complexidades, da compartimentalização do saber.

A justiça grega materializava-se na distribuição a cada um do seu, da sua quota na proporcionalidade dos bens da vida. Dizer o que pertence a cada um é algo que só se faz adequadamente com a consideração das variáveis envolvidas. Por isso, o *suum cuique tribuere* – dar a cada um o seu – não é previamente determinado, embora dependa sempre de um pré-entendimento. Ainda assim, **a distribuição é determinável no caso concreto**, mediante a atuação prudente do juiz, que leva em consideração a argumentação das partes opostas. O juiz distribui, na proporção adequada<sup>799</sup>. Porém, não o faz em razão de uma norma prévia positivada: na origem, a decisão judicial prescindia de norma abstrata e geral posta pelo agente competente. Não havia tal norma. Sua decisão levava em conta a tradição cultural na qual se inseria<sup>800</sup>.

Isso demonstra que **o direito, na sua origem, é a realização da justiça na concretude da vida**. Justiça particular e concreta, não apenas posta em abstração. Como o dar a cada um o seu se realizava, no direito romano, no processo, com sujeitos concretos envolvidos, é para ele que se volta SOUTO – embora o autor deixe claro que todo o direito é um instrumento a serviço da justiça, não apenas as normas processu-

<sup>797</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 66.

<sup>798</sup> *Idem*.

<sup>799</sup> Cf. *ibidem*, p. 66-68.

<sup>800</sup> No mesmo sentido, cf. EUGEN EHRLICH, **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 135; HANS KELSEN, **O que...**, *op. cit.*, p. 245.

ais<sup>801</sup>. E, além de evidentes na tradição, os vínculos entre direito e justiça permanecem na modernidade, mesmo após o surgimento da ciência moderna e de sua racionalidade própria, técnica, instrumental e matemática. Sobre ser ciência, direito é justiça, diz o mestre:

A ciência do direito gravita, toda ela, em torno do justo. O problema da justiça é ineliminável das ocupações e preocupações de um jurista digno desse nome. Pois a justiça não é, para o direito, um ‘valor’ qualquer, que indiferentemente devesse o ordenamento jurídico contemplar ou não... a justiça é, a rigor, o único fim do Direito<sup>802</sup>.

No final do livro, essas considerações levam à discussão a respeito da **aplicação da norma jurídica, uma vez ocorridos os pressupostos fáticos que implicam sua incidência**. O resultado de sua reflexão leva SOUTO a defender que nem sempre as normas, ao incidirem, devem gerar, concretamente, os efeitos nela previstos. Daquilo que prescreve a norma, até o caso concreto, há um hiato, que só pode ser adequadamente transposto com a consideração da realização da justiça. Não que toda aplicação do direito ao caso concreto seja injusta; o contrário é o que se deve pressupor. Mas, há casos em que tal pressuposição deve ceder.

Essa reflexão soutiana revela **clara ruptura com a tradição doutrinária da dogmática tributarista**. Como visto, para ALFREDO AUGUSTO BECKER, a interpretação do direito não poderia levar em consideração a situação concreta, de modo a adaptar, às peculiaridades daquele caso, os efeitos da norma que incidiu. Isso implica, como efeito colateral, a impossibilidade de que o intérprete considere o sujeito concreto atingido pela norma, ainda que seja para tomar em conta valores imanentes ao ordenamento, e não pessoais do aplicador. Há, em BECKER, um exemplo bastante ilustrativo desse problema: a querela clássica entre capacidade contributiva abstrata e concreta – entendida aquela como a previsão legal do critério de medição da capacidade e, esta, como a verificação concreta da capacidade individual num caso considerado, por razões subjetivas, mediante exame das particularidades do sujeito, ou por razões objetivas, pela análise das operações concretamente realizadas<sup>803</sup>. Diz o advogado gaúcho:

<sup>801</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 69, 75 e 81.

<sup>802</sup> *Ibidem*, p. 69, 81.

<sup>803</sup> Cf. HUMBERTO ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 192 e 194.

O juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei tributária se o legislador tiver escolhido para composição de sua hipótese de incidência fatos que *não* são signos presuntivos de renda ou capital acima do indispensável. Entretanto, se a hipótese de incidência atendeu a regra constitucional, por ser uma *presunção* de renda ou capital acima do indispensável, então **o juiz não poderá nunca “deixar de aplicar” a lei tributária** (não poderá deixar de reconhecer a incidência da regra jurídica tributária), mesmo que aquela *presunção* não se realize num determinado caso concreto singular<sup>804</sup>.

À incidência tem que se seguir, sempre e necessariamente, a aplicação do direito, independentemente da realização da justiça no caso concreto. Para BECKER, inclusive se houver prova irrefutável da ausência concreta de capacidade contributiva<sup>805</sup>. No *Contraditório*, mestre SOUTO trilha caminho oposto. Afirma, contra seus próprios escritos anteriores, não haver correspondência necessária entre incidência e aplicação, de modo que certa norma, mesmo incidindo, pode deixar de ser aplicada pelo órgão competente. Inicialmente, o autor adotara a posição beckeriana, remetendo-se a PONTES DE MIRANDA: a missão dos operadores do direito é procurar a aplicação da norma que coincida com a incidência; eis, aí, uma exigência fundamental<sup>806</sup>. Porém, preocupado com a realização concreta da justiça, o autor passa a sustentar precisamente o contrário: **não é necessário que a aplicação da norma coincida com a sua incidência**<sup>807</sup>. Ainda que ocorra o fato pressuposto para a incidência da norma, e que, portanto, haja a automática e infalível incidência, não deve ocorrer aplicação em três casos. O jurista pernambucano demora-se em dois desses casos: a norma injusta e a norma que, posto abstratamente justa, revela-se injusta em sua aplicação a determinado caso concreto. São preocupações, nesse ponto, análogas às de PLAUTO FARACO DE AZEVEDO:

...pode-se admitir realisticamente a existência das leis injustas, por desconhecem ou ignorarem as necessidades sociais ou por traduzirem interesses de setores, classes ou grupos sociais em detrimento do bem-comum. Pode também acontecer que a lei atenda às exigências da justiça, revelando-se, en-

<sup>804</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 489 – os erros tipográficos do original foram corrigidos, sob pena de dificultar, em demasia, a compreensão do excerto, fora de seu contexto.

<sup>805</sup> *Ibidem*, p. 528.

<sup>806</sup> Cf. **Isenções...**, *op. cit.*, p. 175-176; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 149; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 177; **Lei...**, *op. cit.*, p. 41; **Lançamento...**, *op. cit.*, p. XVI; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 33. Na última edição do *Isenções tributárias*, a *Teoria geral da isenção tributária*, de 2001, a redação é mantida, embora seja posterior à alteração de pensamento que registramos. O mesmo ocorre com a segunda edição do *Lançamento tributário*, que é de 1999.

<sup>807</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 72.

tretanto, injusta sua aplicação ao caso concreto, cuja singularidade resiste a seu enquadramento legal<sup>808</sup>.

Para mestre SOUTO, em primeiro lugar, **não deve ser aplicada norma injusta**: “*Diante de uma lei injusta..., o juiz deve pura e simplesmente descartá-la*”<sup>809</sup>. Alguém poderia obter que a justiça, enquanto valor, não é objetivamente aferível, e que, por isso, sempre que o juiz se negasse a aplicar uma norma, levantando o argumento da justiça, agiria com arbitrariedade e subjetivismo. Realmente, se pensarmos a justiça na racionalidade instrumental e solipsista, própria da ciência moderna, essa conclusão impõe-se. A virada paradigmática, em direção a outra racionalidade, contudo, permite compreender a justiça como um argumento que, voltado para os efeitos, é controlável e validável intersubjetivamente. Resolver questões de justiça depende de tratamento dialético e dialógico. Norma injusta, ainda que incida, não deve ser jamais aplicada, mas não por arbitrariedade pessoal. Aqui se percebe a diferença: se BECKER condena, com acerto, que se deixe de aplicar a norma por razões pessoais do juiz, SOUTO ensina que o juiz não deve afastar a aplicabilidade da norma por excentricidade, ou por capricho pessoal<sup>810</sup>. Se o fizer, essas motivações subjetivistas podem ser afastadas pelos meios que o próprio sistema processual prevê, como a revisão por um órgão colegiado. Não é de um individualismo, então, que se trata. Há sempre, pressuposta, no discurso soutiano, uma comunidade de valores e de significações, na qual vigoram certos consensos irretrocedíveis, e que servem de base para a argumentação a respeito do justo.

Também a norma que se mostre justa na sua abstração e generalidade, mas cuja **aplicação a determinado caso concreto resulte em injustiça**, não deverá, a esse caso específico, ser aplicada. É por isso que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES enuncia como que uma regra primeira da prática jurídica: “*Na aplicação de toda norma geral há sempre uma cláusula demarcadora implícita: aplica-se a regra só até onde as exigências do caso particular não imponham regra diversa*”<sup>811</sup>. A razão a ser utilizada é a

---

<sup>808</sup> **Aplicação do direito e contexto social**, p. 139.

<sup>809</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 96.

<sup>810</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>811</sup> *Ibidem*, p. 93.



equidade, a justiça do caso concreto. Os fatos individuais podem impor razões de adaptação da prescrição geral<sup>812</sup>.

Disso, conclui, o autor, que, mais forte do que a vinculação entre incidência e aplicação, é a vinculação entre direito e justiça. Se a opção é entre realizar justiça ou injustiça, então, para SOUTO, em realidade, não há opção<sup>813</sup>. **E o exemplo que o mestre utiliza é, precisamente, a capacidade contributiva.** Afastando-se de BECKER, o jurista pernambucano defende que se leve em consideração as situações pessoais, individuais, concretas, cambiantes, particulares, diversas. A capacidade contributiva deve ser sindicada em cada situação concreta<sup>814</sup>. Precisamente o que a racionalidade científica vigente elimina, porque considera que seu objeto próprio se restringe ao geral, ao abstrato, ao imutável, ao eterno, ao idêntico, ao unitário. Não há nada eterno e imutável em ciência, mas pensar assim impede considerar o novo, o diferente, o individual.

HORST WALDEMAR JANSON, professor de arte da Universidade de New York, disse, certa vez: *“Mas se o progresso científico tem sido contínuo e apreciável nos últimos dois séculos o mesmo não se pode afirmar quanto à felicidade dos homens, seja qual for o modo de defini-la ou buscá-la”* [sic]<sup>815</sup>. Tem razão. E pode-se parafraseá-lo: mesmo tendo sido contínuo e apreciável o progresso da ciência do direito, o mesmo não se pode afirmar quanto à felicidade de muitos daqueles que estão sujeitos, diuturnamente, às contingências jurídicas concretas. Esses sujeitos não aparecem dentre as preocupações de uma ciência do direito tributário regida pela racionalidade matemática. Esquecer o sujeito concreto atingido – atual ou potencialmente – pelo direito, é esquecer a lição de RUBENS GOMES DE SOUSA: *“O direito não tem vida própria. Sua matéria, sua substância, seu sangue, é a realidade de cada dia; moldado a ela, o direito vive; divorciado dela, morre”*. O que mata o direito, diz o mesmo autor, é o *“...excesso de dogmatismo e carência de pragmatismo”*<sup>816</sup>. A doutrina tributarista, é preciso reconhecer, mostra-se carente desse “pragmatismo”. Não con-

<sup>812</sup> No mesmo sentido, cf. EUGEN EHRLICH, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 136-137.

<sup>813</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 93-98.

<sup>814</sup> Cf. *ibidem*, p. 102. HUMBERTO ÁVILA, ao fazer estudo dogmático da Constituição Federal de 1988, conclui pela necessidade, ao menos em princípio, de avaliar, de forma particularizada, a capacidade contributiva do sujeito concretamente considerado, verificando uma prevalência da igualdade individual em face da igualdade geral – cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 85-88.

<sup>815</sup> **História geral da arte**: o mundo moderno, p. 827.

<sup>816</sup> Prefácio, in GILBERTO DE ULHÔA CANTO, **Temas...**, *op. cit.*, p. 3.

sidera os efeitos de sua metalinguagem, ou da linguagem do direito positivo, nos receptores concretos, o que seria um aspecto pragmático. Uma paródia à física quântica seria aqui possível, lembrando BACHELARD: “*Eis, aliás, um traço bem especial da ciência física moderna: ela se converte menos numa ciência de fatos do que numa ciência de efeitos*”<sup>817</sup>. É importante que também a ciência do direito tributário se torne uma ciência de efeitos: que saia do campo exclusivamente lógico-semântico e integre cogitações pragmáticas. **Demanda-se uma guinada em direção a uma racionalidade pragmática.** Essa racionalidade tem um duplo aspecto, aqui, relevante: ela pensa preocupada com os efeitos, e admite trabalhar com proposições meramente verossimilhanças; diante disso, é a adequada para o enfrentamento concreto das questões jurídicas. Conseguir trabalhar com argumentos verossimilhanças, corroborados mas não definitivamente verificados, é um ensinamento que se pode obter da dialética, a arte de manejar as opiniões geralmente aceitas<sup>818</sup>. Elaborar concepções de justiça é algo incompatível com o pensamento calculista lógico-científico, que logo compreendeu a impossibilidade de se medir, cientificamente, a justiça. KELSEN demonstrou-o, longa e coerentemente. Mas nem todo pensamento racional precisa ser feito nos limites da ciência moderna e de sua racionalidade instrumental: há, nessa ciência, muito de irracional, ao passo que há racionalidade fora dela.

Posto o declínio da imaculabilidade do pensamento científico nesses termos – existência de irracionalidade em seu seio e de racionalidade a ele externa –, é, sobretudo, útil **reaprender a trabalhar com o pensar, na forma como ele foi desenvolvido antes da ciência e seus métodos.** A dialética prestará, nesse sentido, importantes serviços ao pensamento jurídico pós-cientificista. Dialética é arte, e seu campo não corresponde ao da ciência moderna. Ela volta-se, justamente, para as premissas não comprovadamente verdadeiras, mas apenas prováveis, na sua originária concepção aristotélica, que a contrapunha à analítica<sup>819</sup>. Como o questionamento epistemológico contemporâneo destruiu a separação absoluta – no plano concreto, não no conceitual – entre o provável e o comprovado, pensar dialeticamente é um tema que retorna. Todo comprovado, só o é, enquanto provável.

<sup>817</sup> **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 65.

<sup>818</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 25.

<sup>819</sup> Cf. *ibidem*, p. 31.

Partindo da premissa, atualmente admitida como correta, no pensamento científico, segundo a qual nenhuma verdade pode ser havida como definitiva, poder-se-á opor um ceticismo tal que dirá, então, que qualquer proposição é sempre idêntica a qualquer outra em sua não confiabilidade. Porém, isso não autoriza a igualar hipóteses apenas criadas *ex nihilo* e proposições obtidas do trabalho sério e exaustivo, fundado na “testabilidade” empírica e na aceitação intersubjetiva regrada por determinados pressupostos discursivos. Uma verdade incomprovada pode ser, ainda assim, confiável, dado o grau de seriedade que preside o processo que a antecede. E será, essa verdade, **tanto mais confiável quanto mais incessantemente for submetida a testes intersubjetivos**, e deles sair bem-sucedida. Mesmo a verdade não definitivamente verdadeira pode ser suficientemente fundamentada; basta que se admita outro conceito de fundamentação, outra forma de validação do conhecimento. Essa validação deixa de ser lógico-semântica – na qual questões não científicas, como a justiça, ficam de fora – e passa a ser pragmática, fundada dialeticamente.

Considerar a justiça é considerar os efeitos do direito no sujeito concreto, em um plano pragmático. Impõe-se, para sua adequada consideração, portanto, que se assumam uma racionalidade diversa daquela racionalidade lógica, dominante na ciência moderna. **Uma racionalidade pragmática, voltada para os efeitos concretos.** O estudo do direito tributário, sob o ponto de vista normativo, sob influência da racionalidade científica que o preside, negligencia a vida concreta na qual atuam as normas estudadas. Na epistemologia do direito tributário brasileiro, não há espaço para considerações a respeito da justiça da aplicação de uma norma a uma hipótese qualquer. Nem sequer da justiça abstratamente considerada<sup>820</sup>.

Mas, na virada pragmática de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, pode-se colher elementos para a superação do dogmatismo sintático-semântico, em direção à consideração dos efeitos concretos do e no direito tributário. Em direção a uma pragmática tributária. O argumento pragmático perelmaniano é o argumento da consequência, que avalia algo em função dos efeitos positivos ou negativos que pode gerar<sup>821</sup>. Essa consideração deverá permitir uma aproximação maior com a jurisprudência – da qual se

---

<sup>820</sup> Cf. RENATO LOPES BECHO, **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 16.

<sup>821</sup> Cf. **Retóricas**, p. 11 – originalmente, publicado como *Rhetoriques*, em 1989.

encontra, tradicionalmente, algo afastada. Além do juiz, também a doutrina deve ter a preocupação pragmática com os efeitos concretos de seus escritos, e com os efeitos concretos da aplicação do direito, de modo a participar desse difícilíssimo trabalho de aplicação. **A ciência do direito tributário deve orientar, com teoria útil, o órgão competente para criar e aplicar o direito.** Dentre suas finalidades encontra-se – algumas vezes, destacada pela própria doutrina – essa função de orientar a jurisprudência<sup>822</sup>. A relevância dessa função cresce à medida que se eleva o padrão de exigência feito, contemporaneamente, aos poderes judiciários<sup>823</sup>. E não só a orientação ao juiz, mas também ao órgão legislativo competente<sup>824</sup>. Não se deve cindir, em dualismo, a arte da criação e aplicação, de um lado, e a ciência da descrição, de outro. Ambas devem caminhar juntas, para aprimoramento da realização concreta do direito e da justiça. Não é o que ocorre atualmente: registra-se o elevado número de questões tributárias que chegam aos tribunais, administrativos ou judiciais, no Brasil, e seu custo econômico, decorrentes, muitas vezes, de má elaboração legislativa<sup>825</sup>. De outro lado, grande parte dos estudos justributários brasileiros, sérios e dedicados, muitas vezes notáveis, não encontra eco nos tribunais superiores. Tanto hoje, quanto no passado, registra-se o descompasso entre a produção teórica e a prática jurisprudencial<sup>826</sup>. Por outro lado, é, também, comum que a doutrina outorgue pouca relevância à jurisprudência, sem levar seus julgados em consideração, e sem pesquisar quais os motivos que condicionam a produção jurisprudencial. Incide aí a advertência de EHRLICH: “*Quem só conhece o Code Civil, tem apenas uma idéia pálida do direito civil válido diante dos tribunais*”<sup>827</sup>. Todos esses condicionamentos, se excluídos do discurso cien-

<sup>822</sup> Cf. GERALDO ATALIBA, Prefácio, in AIRES BARRETO, **Base...**, *op. cit.*, p. 14; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, Prefácio, in RENATO LOPES BECHO, **Sujeição...**, *op. cit.*, p. 14; PAULO DE BARROS CARVALHO, Prefácio, in DANIELA DE ANDRADE BRAGHETTA, **Tributação no comércio eletrônico**, p. 19; MARCELO CARON BAPTISTA, **ISS...**, *op. cit.*, p. 57; DEJALMA DE CAMPOS, **Direito...**, *op. cit.*, p. 13; FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI, **Pedágio**: natureza jurídica, p. 9.

<sup>823</sup> Cf. CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **Medidas provisórias**, p. 160.

<sup>824</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 21 e 26.

<sup>825</sup> Cf. HELENÍLSON CUNHA PONTES, Coisa julgada tributária, in HUGO DE BRITO MACHADO (coord.), **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária, p. 131; MARCOS CINTRA, **Paradigmas...**, *op. cit.*, p. 24.

<sup>826</sup> Na década de 1980, GILBERTO DE ULHÔA CANTO, a respeito de determinado assunto relativo à repetição de indébito, registrou que “...a orientação jurisprudencial encontra a oposição da quase totalidade dos especialistas” – **Direito tributário aplicado**: pareceres, p. 4. O V Congresso de Estudos Tributários do IBET teve como tema central, em 2008, o seguinte: “*Direito tributário, linguagem e método: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual*”.

<sup>827</sup> **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 136.

tífico, fazem com que ele perca em capacidade de explicação da realidade jurídica<sup>828</sup>. Esses são, inegavelmente, situações problemáticas, que a metodologia da tributária brasileira não tem contribuído para solucionar. Como solucioná-los, assumindo que decidir a respeito de uma das possíveis interpretações do direito é tarefa irracional, meramente política e volitiva, e, portanto, algo sobre o que a ciência não se pode manifestar, sem perder a racionalidade? Aceitando-se esses pressupostos, de forma alguma: a ciência permanecerá em sua metafísica platônica, alheia ao mundo da facticidade concreta.

Para que a doutrina assuma esse papel de orientação da melhor decisão, deve incorporar uma fundamentação prévia que supere a hermenêutica kelseniana. A dogmática jurídico-tributária está naquela dicotomia ainda presente: a filosofia acadêmica, enquanto sistema de conhecimento racional, e a filosofia mundana, enquanto sistema de conhecimento voltado ao que tem interesse prático<sup>829</sup>. A doutrina academicista não se volta para o que tem interesse prático. Daí a necessidade de uma mudança de rumo, de ir adiante, o que implica abandonar as concepções kelsenianas que a doutrina tributarista enuncia como premissas. Deve caber ao jurista cogitar da criação e da aplicação concreta do direito, mantendo a honestidade para anunciar esse trabalho enquanto tal: recusando-se a fazê-lo, a ciência não tem cumprido os objetivos a que se propôs, de fornecer segurança e domínio sobre o objeto. A babel terminológica e insistente dissonância entre doutrina e jurisprudência demonstram falta de segurança e domínio, tanto no plano teórico, quanto no concreto. Deve ser admitida, à ciência, a superação do papel restrito que a hermenêutica kelseniana admite<sup>830</sup>.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES dá interessante exemplo de solução doutrinária e jurisprudencial para problemas que a abstração normativa causa à vida concreta. Trata-se do preceito constante da Constituição Mexicana de 1917, que prescreve, em seu artigo 28, a vedação da concessão de isenções tributárias: “*En los Estados Unidos Mexicanos no habrá... exención de impuestos...*”. Ora, a proibição completa de isen-

---

<sup>828</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Introdução, in CLAUS-WILHELM CANARIS, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, p. XXIV.

<sup>829</sup> Cf. JÜRGEN HABERMAS, **O discurso...**, op. cit., p. 74 – originalmente, publicado como *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, em 1985.

<sup>830</sup> No mesmo sentido, cf. HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO, As contribuições no sistema tributário brasileiro, in HUGO DE BRITO MACHADO, **As contribuições...**, op. cit., p. 270.

ções **certamente pode causar situações insustentáveis, por injustas**. Dado esse problema, surge a solução:

Todavia, refletindo as exigências dos fatos sociais e, até certo ponto, a sua revolta contra os códigos, a doutrina e a jurisprudência daquele país não se detiveram ante a literalidade do texto, mas, contrariamente, procuraram abrir uma brecha na extensão do preceito nele estabelecido.  
A problemática da interpretação do art. 28 da Constituição ampliou-se, no esforço exegético de conciliar sua proibição terminante com as exigências da justiça tributária...<sup>831</sup>

Haverá algum mal em permitir-se, à doutrina, que ofereça elementos racionais para uma tomada de decisões nesse sentido ? Certamente que não: mal haverá em vedar-se o fornecimento desses critérios, abandonando a decisão ao órgão competente, que decidirá sem a orientação dos especialistas. Essa superação dos condicionamentos metodológicos, que, por vezes, levam a ciência a voltar-se para um direito ideal, e não ao direito real e concreto, depende de que se compreenda **a necessidade e a oportunidade da superação dos dualismos teóricos**. Se o órgão competente para aplicar o direito ao caso concreto deve dialogar, na busca da melhor aplicação, deve fazê-lo não só com as partes no processo, mas com a doutrina – que, pretensamente, compreende aquele assunto melhor do que ninguém, dada sua especialização temática. Para tal, porém, é preciso que a doutrina forneça subsídios para a melhor interpretação e aplicação concreta do direito, preocupada com o sujeito atingido pelas normas. Mestre SOUTO, no *Contraditório*, ainda mantém certos posicionamentos dualistas: “*Não se aplica a vetusta fórmula no campo sistemático (onde procede a crítica kelseniana), mas no da arte do Direito, onde ela não encontra morada*”<sup>832</sup>. Ainda pende de superação o dualismo entre arte e ciência no direito, um aspecto do dualismo entre ser e dever-ser. Superá-lo é preciso, para que a doutrina assuma, expressamente, a tarefa de orientar a criação e a aplicação do direito, abrindo-se para considerações a respeito do direito que deve ser. Impõe-se o abandono do dualismo metafísico, e a assunção do cuidado com o mundo real e concreto, onde moram as angústias dos sujeitos ao direi-

<sup>831</sup> **Isenções...**, *op. cit.*, p. 38; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 28-29; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>832</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 88.

to. Que supere o dualismo entre ser e dever-ser, e que faça de sua ciência uma arte, participando de comunidade de comunicação apta a possibilitar a realização da justiça.

#### 4.2.3 A superação dos dualismos: *Teoria geral da isenção tributária* (2001)

*“Se uma descrição unifica, é só por isso mais abrangente e se sua margem de erro não for maior que a das teorias unificadas, melhor e mais abrangente será o seu conteúdo de descrição. Por esse caminho evolui o conhecimento humano e progride a ciência, inclusive a ciência jurídica”<sup>833</sup>.*

A terceira edição do *Isenções tributárias*, atualizada e significativamente ampliada, aparece rebatizada como *Teoria geral da isenção tributária*. Dentre outros, é dedicada a PAULO DE BARROS CARVALHO, o que não impede que o livro incorpore críticas à sua doutrina. Eis uma concepção marcante de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: **as críticas não se dirigem às pessoas, mas voltam-se às concepções científicas**. As teorias estão em um plano impessoal e intersubjetivo, o da comunidade científica; as conquistas e os equívocos da ciência são patrimônio comum da humanidade – que, em tempos de mundialização, assumirá, em conjunto, as consequências, tanto dos erros, como dos acertos.

A obra rebate algumas das críticas feitas à primeira edição. Essas críticas, para o autor, não feriram sua teoria em ponto fundamental: fizeram-lhe alguns reparos, em razão dos quais a teoria fica fortalecida, e não refutada. Incorpora inovações importantes, como no que respeita às isenções em direito internacional e em direito comunitário, já antecipando seu *Curso de direito comunitário*; e trata de isenções relativas a tributos específicos. Mas, possivelmente o mais importante, inova, ao introduzir – de forma inaugural, em um livro – a hermenêutica histórica, num amplo estudo. Há outras novidades relevantes, embora de percepção difícil para quem não se volte, com cuidado, à totalidade da produção teórica do autor. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem, na qual a preocupação de mestre SOUTO não é somente com a descrição do direito positivo, mais vai além, até a **consideração do sujeito concreto cuja conduta sofre a incidência do direito:**

<sup>833</sup> *Teoria...*, *op. cit.*, p. 380.

Imagine-se o tumulto, o congestionamento irracional de papéis que ocorreria no processo econômico circulatório se os adquirentes das mercadorias tivessem que syndicar e comprovar, caso por caso, produto por produto, operação por operação, se o IPI devido (ou seu similar, o ICMS) fora efetivamente recolhido aos cofres públicos<sup>834</sup>.

Pensa-se, pragmaticamente, o efeito concreto que a norma pode causar na conduta do sujeito. E quem reflete sobre esses efeitos assina com o mesmo nome do autor que, em 1975, vedara proposições dessa espécie à ciência do direito, deixando-as para a sociologia jurídica<sup>835</sup>. Não consta que mestre SOUTO se tenha passado a ver como um sociólogo do direito. O que ocorre é o incremento na argumentação da ciência jurídica, que, em evolução epistemológica, **passa a admitir proposições anteriormente afastadas**. A direção dessa evolução é a consideração concreta, pragmática, dos efeitos da norma sobre o sujeito concreto. Percebe-se que *O Contraditório* gerou efeitos duradouros na obra soutiana.

Mas o que se quer destacar, nesse livro, aqui, é a investida contra os dualismos do pensamento científico moderno. **O saber científico desenvolve-se mediante classificações**: a inclusão do objeto de estudo dentro de uma determinada classe, e, portanto, fora de outra. Assim, uma molécula que contenha um átomo de carbono é classificada como integrante da química orgânica, enquanto as demais são classificadas como objeto da química inorgânica. Esse afã de classificar, muitas vezes, implica um procedimento redutor: um animal ou é racional ou irracional, e não pode ser um e outro ao mesmo tempo. Além de redutor, esse procedimento pode, sob o pretexto de explicar e conhecer, esconder a realidade: pode induzir ao velamento do que de irracional há no humano, por exemplo. Aí surgem os dualismos, dos quais a ciência do direito também não se livra facilmente. Assim, um direito ou é real, ou pessoal; uma decisão judicial ou é declaratória, ou constitutiva. Uma norma ou é de conduta, ou de competência.

A ciência jurídica, assim como o saber, em muitos outros campos, constrói-se em torno de dualismos. São tantos e tão presentes que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, recentemente, chega a considerá-los como um verdadeiro método, o método dualista:

---

<sup>834</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 364.

<sup>835</sup> **Lei...**, *op. cit.*, p. 53.



A ciência jurídica moderna se move, toda ela, em torno de classificações dualistas: natureza/cultura, ser/dever-ser, direito nacional/direito internacional, direito interno/direito externo, direito público/direito privado, direito objetivo/direito subjetivo, direitos reais/direitos pessoais e muitas outras. Mais recentemente são introduzidos outros dualismos: preceito/norma, vinculação/discrecionabilidade etc. De tal sorte esses dualismos condicionam o direito moderno que não será despropositado considerá-los como um método, a saber, *método dualista* de apreensão de seu objeto pelo conhecimento jurídico<sup>836</sup>.

De acordo com a visão soutiana, **a superação desses dualismos sempre traz evolução ao conhecimento**. Daí sua investida contra muitos desses dualismos. Alguns, inclusive, nas obras mais distantes. No *Lançamento tributário*, o autor investe contra o dualismo entre direito real e direito pessoal; entre ato e procedimento, no que tange ao lançamento tributário; e entre erro de fato e erro de direito<sup>837</sup>. Não falava expressamente, entretanto, em “superação de dualismos” – embora a *Teoria pura do direito*, de KELSEN, seja a inspiração principal daquele livro, e o último item do capítulo IV dessa obra seja intitulado, na tradução de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *A superação do dualismo de direito no sentido subjetivo e direito no sentido objetivo*<sup>838</sup>. Isso já demonstra que a superação de dualismos não é algo restrito ao direito tributário. Mas também não é restrito ao direito. A superação dos dualismos tradicionais da física pela teoria da relatividade é exposta, por BACHELARD, em termos interessantes:

Violentando hábitos – talvez leis – do pensamento, aplicou-se a captar a relação independentemente dos termos relacionados, a postular ligações mais que objetos, a só dar significação aos membros de uma equação em virtude dessa equação, tomando assim os objetos como estranhas funções da função que os põe em relação. Tudo pela síntese, tudo para a síntese, tal foi o alvo, tal foi o método. Elementos que a sensação apresentava num estado de análise que muito bem se pode, sob vários pontos de vista, classificar como naturais, foram relacionados, e a partir de então adquiriram um sentido apenas por essa relação... Que exemplo mais belo que o da fusão matemática do espaço e do tempo! Essa união tem tudo contra ela: nossa imaginação, nossa vida sensorial, nossas representações; só vivemos o tempo ao esquecer o espaço; só compreendemos o espaço ao suspender o curso do tempo. Mas o espaço-tempo tem para si sua álgebra. Está em relação total e relação pura. É pois o fenômeno matemático essencial<sup>839</sup>.

<sup>836</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 92.

<sup>837</sup> Cf. *Lançamento...*, *op. cit.*, p. 15-18, 79-86, 102-105 e 297-322; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 48-50, 99-105, 117-119 e 267-286.

<sup>838</sup> Cf. *Teoria pura...*, *op. cit.*, p. 212-213.

<sup>839</sup> *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 32.

Não só na relatividade: também a física quântica empurra o pensar para além dos dualismos, como matéria e energia, como estabilidade e movimento. Vão nesse sentido as indagações de BACHELARD:

No mundo desconhecido, que é o átomo? Acaso haveria uma espécie de fusão entre o ato e o ser, entre a onda e o corpúsculo? Devemos falar de aspectos complementares ou de realidades complementares? Acaso não se tratará de uma cooperação mais profunda do objeto e do movimento, de uma energia complexa em que convergem aquilo que é e aquilo que se transforma?<sup>840</sup>

No livro *O contraditório*, reaparece o tema, preocupado, o autor, com o dualismo entre direito material e direito processual. Na segunda edição do *Ciência feliz*, há um ensaio destinado a superar a distinção entre trabalho intelectual e trabalho manual, complementado, depois, na terceira<sup>841</sup>. Em obra mais recente e mais abrangente, lá está, novamente, mestre SOUTO, a defender a mesma ideia:

Essa é a saga de todo dualismo, de que é vulnerável a ciência do direito (direito objetivo/ direito subjetivo, direito público/ direito privado, direito interno/ direito internacional, monismo/ pluralismo e tantos outros): eles perdem sempre terreno para as teorias científicas unificadoras, ou seja, hipóteses teóricas que unificam os fenômenos até então estudados sob perspectiva pluralista. Qualquer descrição/explicação teórica unificadora, se efetivamente abrangente das hipóteses dualistas (duplicidade de hipóteses), será por isso digna de preferência teórica: a ciência é tendencial para a unidade do conhecimento<sup>842</sup>.

Seu *Curso de direito comunitário* é repleto de denúncias de dualismos pouco consistentes ou inconsistentes, como o dualismo entre direito escrito e direito não escrito e o dualismo entre fato e evento<sup>843</sup>. Na *Teoria geral da isenção tributária*, SOUTO **ataca a distinção entre normas de conduta e normas de competência**, caracterizando-a, expressamente, e pela primeira vez, como uma superação de dualismos no campo jurídico.

A teoria geral do direito costuma **diferençar as normas jurídicas em razão de seus destinatários e da conduta prescrita**. Destinatário da norma é aquela pessoa

<sup>840</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>841</sup> Cf. *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 139; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 125.

<sup>842</sup> *Curso...*, *op. cit.*, p. 286.

<sup>843</sup> Cf. *ibidem*, p. 6-8; 33-35.

cuja conduta, em razão da incidência da norma, fica condicionada: pode, deve ou está proibida de fazer algo. Toda norma teria um destinatário, como ensina HANS KELSEN<sup>844</sup>. Há normas que, quando de sua incidência, diretamente regulam as condutas intersubjetivas, impondo direitos e deveres aos sujeitos de forma imediata. São chamadas normas de conduta. Em função delas, alguém terá um dever, um poder ou estará submetido a uma proibição em face de alguém. O comportamento regulado por normas dessa classe não é o comportamento de produzir alguma nova norma: é outra conduta qualquer. Mas há normas, por outro lado, que irradiam o poder, o dever ou a proibição de editar novas normas jurídicas. São, por isso, exclusivamente destinadas àqueles sujeitos credenciados pelo sistema para nele inserir novas disposições normativas<sup>845</sup>. São denominadas normas de estrutura, normas de organização, ou normas de competência<sup>846</sup>. HART, com algumas especificidades, fala das normas secundárias, em oposição às normas primárias, que seriam as normas de conduta – ou, na sua terminologia, de obrigação; BOBBIO, em dualismo semelhante, utilizou as expressões “normas primárias” e “normas secundárias”<sup>847</sup>.

Porém, essas normas de competência também são, em última análise, normas de comportamento ou de conduta, embora endereçadas diretamente à conduta de produzir novas normas, e, apenas de forma mediata, às condutas intersubjetivas dos demais cidadãos<sup>848</sup>. Precisamente por entender que todas as normas são sempre normas de conduta, embora as de competência se voltem à conduta de produzir novas normas, que a distinção é atacada por SOUTO, pois nela identifica **um dualismo desafortunado, desnecessário, tênue e pouco funcional**. Se as normas de estrutura também regulam comportamentos, também são normas de conduta, de comportamento. O dualismo, então, dissolver-se-ia na unidade: só há normas de conduta. A distinção não é, portan-

<sup>844</sup> Cf. *Teoria geral das normas...*, *op. cit.*, p. 37; *Teoria geral do direito e do estado*, p. 487.

<sup>845</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito tributário: fundamentos...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>846</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 522; *Direito tributário: fundamentos...*, *op. cit.*, p. 42; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 376.

<sup>847</sup> Cf. HERBERT L. A. HART, *O conceito de direito*, p. 103 – originalmente, publicado como *The concept of law*, em 1961; NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma jurídica*, p. 178.

<sup>848</sup> Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 45; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Lançamento...*, *op. cit.*, p. 104-105; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 119; PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito tributário: fundamentos...*, *op. cit.*, p. 42. SOUTO explica, por exemplo, em relação ao Código Tributário Nacional: “*Estabelece normas de sobredireito, no sentido de que o comportamento que elas regulam é o do próprio órgão legislativo habilitado a produzir a norma... O comportamento regulado corresponde, em tais casos, à criação legislativa, que configura, ao mesmo tempo, aplicação...*” – *Lançamento...*, *op. cit.*, p. 49; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 75-76.

to, de essência normativa, porque ambas as espécies de normas regulam condutas. Trata-se apenas de uma desigualdade em razão da matéria regulada: a conduta de produzir normas ou outra conduta qualquer. Por isso a norma de competência é, para ALF ROSS, uma norma de conduta indiretamente expressada<sup>849</sup>. A diferença, relativa aos destinatários, para SOUTO, é pouco para justificar a relevância da distinção, e insuficiente para abonar uma classificação operativa. É um dualismo inconsistente, que merece superação<sup>850</sup>.

O ímpeto de soutiano decorre de uma certa inconsistência, que percebe, no discurso da doutrina tributarista. Ao passo em que se sustenta serem, as normas de competência, voltadas à conduta de criar normas, também se afirma que a regra de isenção é regra de estrutura que não se dirige a condutas, mas a outras regras, mutilando-as. Isso é feito na tentativa de suplantar a teoria soutiana da isenção tributária. A regra de isenção, então, investiria contra outra regra, dirigir-se-ia a outra norma, não à conduta de criar normas. Haveria, na isenção, um encontro normativo: uma norma dirigindo-se a outra norma<sup>851</sup>. Para SOUTO, porém, regra destinada a outra regra é algo que não existe. A teoria da isenção como regra de estrutura fundamentar-se-ia no dualismo absoluto entre norma de conduta, que se dirige às condutas, e norma de competência ou estrutura, que se dirige às outras normas. SOUTO tenta a superação desse dualismo, ao admitir que toda norma é norma de conduta: toda regra volta-se às condutas, inclusive a norma revogadora, e inclusive a norma de isenção. Daí a inconsistência que enxerga na utilização do dualismo para explicar as isenções tributárias. **Diante disso, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES prefere superar o dualismo, e tentar uma explicação unitária.** Ensina que há uma preferência epistemológica por uma explicação unitária diante das dualistas ou pluralistas. E a descrição unificadora que fornece é a seguinte: tanto a norma que prescreve a obrigação tributária principal, relativa ao tributo, quanto norma que outorga isenção tributária, são normas de conduta<sup>852</sup>.

Um dualismo muito aceito, e cujas bases não têm sido postas em discussão pela doutrina tributarista, é o dualismo kelseniano, de matriz humiana, baseado na distinção

<sup>849</sup> Cf. **Direito e justiça**, p. 76.

<sup>850</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 376-378.

<sup>851</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 206 e 523; PEDRO LUNARDELLI, **Isenções tributárias**, p. 87 *et. seq.*

<sup>852</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 380.

entre vontade e liberdade, de um lado, e razão e necessidade, de outro. Ele fundamenta a frustrante hermenêutica kelseniana. É base, também, do dualismo entre o direito positivo e a ciência do direito. Superá-los é levar o trabalho de mestre SOUTO adiante. Mas deve-se ter cuidado ao advogar essa tese: **a superação dos dualismos deve ser feita no sentido do incremento da complexidade, e não da simplificação.** Se se supera um dualismo simplificador em nome de uma teoria capaz de compreender, no mesmo objeto, as duas características opostas pelo dualismo, há aumento de complexidade – e, conseqüentemente, crescimento na compreensão do objeto. O exemplo do lançamento tributário é bom: se se supera o dualismo entre lançamento-ato e lançamento-procedimento, para compreender que o lançamento é um complexo, que ora admite sua versão ato, e ora admite sua versão procedimento, está-se a progredir na compreensão da realidade complexa. Supera-se a mutilação do real pela teoria que o enxerga apenas parcialmente. Algo análogo ao dualismo onda-corpúsculo que, na física quântica, foi superado pela unidade onda-corpúsculo, complexificando-se a compreensão da realidade, ao contrário de simplificá-la, em alternativas “ou, ou”. A tendência científica é a da redução de complexidades, focando um aspecto do objeto e abstraindo os demais. Isso leva aos dualismos maniqueístas: o lançamento tributário é só ato, ou é só procedimento. Tanto uma quanto outra visão, nos seus pressupostos epistemológicos, são o mesmo: redutoras. E danosas, como lembra EDGAR MORIN: *“Os piores danos intelectuais são provocados pelos grandes maniqueísmos...”*<sup>853</sup>. Por outro lado, superar um dualismo em direção a uma unidade simplificadora que escondesse a complexidade do real seria caminhar em sentido contrário aos anseios da ciência contemporânea.

A superação de uma teoria por outra, e isso inclui a superação de uma proposta dualista por uma proposta unificadora, deve obedecer a uma das “regras de ouro” de que fala JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES – no fundo, uma regra de complexidade:

Uma regra de ouro no trabalho científico: quando, numa determinada ciência empírica..., uma teoria inovadora reveste-se de um nível superior de universalidade, vale dizer, é mais abrangente que a teoria antiga, há sempre uma correção da velha teoria pela nova e essa correção consiste em explicar, a te-

---

<sup>853</sup> Para..., *op. cit.*, p. 128.

oria nova, todas as hipóteses explicadas pela teoria velha e mais outras que a velha teoria não pode explicar<sup>854</sup>.

A teoria resultante explica mais do que explicava a anterior. Cresce em complexidade, como explica, ainda, SOUTO, em outra passagem:

Toda teoria inovadora refuta a teoria que ela pretende, com vantagem teórica, substituir e por sua vez abre-se à refutação e sua substituição por outra que venha a contradizê-la. Como, no entanto, operar uma seleção darwiniana de teorias? Uma teoria supera a outra quando (a) explica tudo o que explicava a teoria antecedente (fala-se nesse caso de uma dimensão *conservadora* da teoria vitoriosa) e simultaneamente (b) explica fatos inexplicados pela teoria antecessora...<sup>855</sup>

Complexidades devem ser enfrentadas, e não reduzidas. A superação dos dualismos já é um caminhar em direção à complexidade. Mas a superação do pensamento reducionista é aberta ao pensamento tributário com o enfrentamento do direito comunitário, na obra seguinte de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.

#### 4.2.4 A superação do reducionismo metodológico: *Curso de direito comunitário* (2005)

*“No ofício do pensamento, o mais importante da exposição é o que nela está implícito, apenas sugerido, não explicitado”*<sup>856</sup>

**A aparição do *Curso de direito comunitário* surpreende.** Mestre SOUTO, que jamais escrevera um curso de direito tributário, aparece com um de direito comunitário. É verdade que suas preocupações com o direito comunitário já eram conhecidas: além um capítulo de livro, dois novos parágrafos foram incluídos, no *Teoria geral da isenção tributária*, contemplando o tema<sup>857</sup>. Mas tais textos não chegavam ao ponto de anunciar a emergência de trabalho tão abrangente.

<sup>854</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 86; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 95.

<sup>855</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 10.

<sup>856</sup> **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 177.

<sup>857</sup> Cf. Isenções em tratados internacionais de impostos dos estados-membros e dos municípios; Isenções tributárias em direito comunitário, in JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 282-333; Isenções em tratados internacionais de impostos dos estados-membros e dos municípios, in CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (coord.), **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**, p. 166-178.

Na orelha da obra, o autor esclarece que **ela decorre de uma segunda viravolta em seu caminho de pensamento**; que resulta de um impasse teórico. Esse impasse é assim explicitado, no mesmo local:

Convenceu-se o autor de que não lhe era possível avançar nos estudos de Direito mantendo-se no restrito campo de referência da ciência dogmática do Direito Tributário. Viu-se o autor diante do dilema entre estagnar ou progredir, buscando outros caminhos – que não se confinassem nas fronteiras e no campo do direito nacional, mas se alongassem até o âmbito de atuação do direito comunitário, a maior inovação no mundo jurídico desde a segunda metade do século passado. O direito de integração introduz um abalo sísmico nas estruturas jurídicas tradicionais, como o dogma da soberania, a relação entre direito nacional e internacional, os tratados internacionais e tantos outros aspectos. O autor optou então por este caminho inovador. Daí este **Curso de Direito Comunitário**, que demandou mais de cinco anos de elaboração e visa preencher uma lacuna na literatura jurídica nacional...

**Ela veio, portanto, da necessidade de romper limites, de assumir preocupações mais complexas.** Um saber não simplificador é percebido, na produção doutrinária do autor, desde muito antes de seu *Curso*. A linha doutrinária de simplificação, que costuma sempre enxergar uma determinada realidade complexa como confinada em um esquema simplificador, há muito não era seguida com rigor. As simplificações, que analisavam o lançamento tributário, ora como ato e somente ato, ora como procedimento e somente procedimento, foram denunciadas pelo autor já no início da década de 1980<sup>858</sup>. SOUTO, já na época, pensava no mesmo sentido do “princípio dialógico” da complexidade, de que fala EDGAR MORIN, superando dualismos: um mesmo objeto pode ter características, ao mesmo tempo, antagônicas e complementares, e privilegiar uma delas no trabalho descritivo da ciência é, longe de conhecer, mutilar o objeto real e conhecer um objeto meramente ideal. Por outro lado, a linha metodológica estritamente normativista é anunciada no prefácio ao *Curso*<sup>859</sup>. Mesmo em uma obra na qual guarda certa distância de sua origem, o direito tributário, mestre SOUTO mantém, como que em um ato, agora, de fidelidade à sua origem, a metodologia normativista kelseniana.

<sup>858</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 102 *et. seq.*; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 117 *et seq.*; EDGAR MORIN, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 74.

<sup>859</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. XXXV

O direito comunitário é um objeto novo de estudo. Seu estudo favorece a criação de uma disciplina jurídica nova. Daí, o recurso ao normativismo kelseniano: ele é o método do qual se valeram os tributaristas no início da criação de sua disciplina; **na-da mais coerente, para um tributarista, do que fundar o direito comunitário nos mesmos moldes.** No início do trabalho científico no direito tributário, o método normativista pareceu, aos estudiosos, o mais adequado para a demarcação do objeto de estudo e para sua compreensão apropriada. Assim se inaugurou a ciência do direito tributário; assim se está a inaugurar a ciência do direito comunitário. É, novamente, aqui, uma volta à origem. Uma defesa da necessidade de assumir a visão kelseniana, no começo do trabalho jurídico-científico, é feita pelo autor, ao estudar o direito comunitário. Explica que, dada a complexidade da matéria jurídica, impõe-se a seleção daquilo que será objeto de estudo. O primeiro corte implica separar, da vida social, e do direito, em sua complexidade constitutiva, uma determinada parcela, para fins de estudo: as normas. Mesmo dentro mundo de normas, outra seleção é necessária: a separação dos sistemas – nacional, internacional, comunitário – e dos subsistemas – direito constitucional, administrativo, tributário e outros<sup>860</sup>. O autor também se manifesta sobre a formação do direito ambiental, seguindo o mesmo método<sup>861</sup>. É dizer: inicia-se a ciência pela diferenciação, pelo recurso ao pensamento analítico. Diz o autor: “*Como o direito comunitário não comporta, ou não comporta ainda, campos de especialização, é geralmente estudado sob uma perspectiva holística ou totalizadora*”<sup>862</sup>. Ora, uma visão holística ou totalizadora é também uma visão redutora: reduz o complexo, que é a interação recursiva entre o todo e as suas partes, unicamente, ao todo, cortando, num entendimento simplificador, as partes. A ciência, na sua origem, é holística, porque ainda não diferenciada. É uma primeira etapa. Nela, ainda não se atingiu o ponto da redução de complexidades, que caracteriza uma segunda fase. Mestre SOUTO propõe-se a fazê-lo, em relação ao direito comunitário, como já fizera em relação ao direito financeiro, em seu primeiro livro publicado. O tempo de insistir na questão conceitual e terminológica, no direito tributário, já está encerrado, para o mestre pernambucano, há quatro décadas. Mas, em relação ao direito comunitário, está apenas

<sup>860</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 419-420.

<sup>861</sup> Cf. *ibidem*, p. 510-517.

<sup>862</sup> *Ibidem*, p. 16.



em seus primeiros passos. Em SOUTO, o direito comunitário caracteriza esse movimento: da totalidade em direção à análise. O procedimento analítico, agregado à síntese, é um procedimento complexo. Nem só a análise, nem só a visão totalitária: ambos, isolados, são simplificadores.

Reduzido o objeto e compreendido em suas partes, torna-se viável propor um estudo que retome a complexidade. Um caminho de volta à origem, porém, qualificado em relação à origem, porque já consciente de todos os eventuais avanços e retrocessos do processo analítico, inclusive para corrigi-lo, considerando o que ele afastara. Que se volte, por exemplo, não só ao critério espacial da hipótese de incidência, mas à norma toda, ao sistema todo e à vida concreta na qual essa norma e esse sistema se inserem, e sobre a qual atuam. E, curiosa e paradoxalmente, **o direito comunitário também caracteriza esse movimento de retorno à complexidade**. Afirma SOUTO:

De certa forma, no direito comunitário, mais do que em qualquer outro campo do direito, evidencia-se a necessidade de superação do confinamento (auto-enclausuramento) que sempre caracterizou o estudo das disciplinas jurídicas especializadas. Sem porém implicar em abandono do critério de demarcação que confere unidade a cada uma delas<sup>863</sup>.

O terceiro passo, a assunção da complexidade, implica **um retorno à origem, e, ao mesmo tempo, um passo em direção ao futuro**. Futuro porque é sucedâneo do presente redutor, mas não se confunde com o passado, porque é qualificado, justamente por ser sucedâneo do presente. É dizer: não é o passado, porque incorpora as conquistas e as dificuldades do presente, que, no passado, antes da análise, inexistiam. É um retorno, e é um avanço. O cientista, agora, já conhece os problemas de um saber desorganizado, anterior ao momento de redução de complexidades; já compreende diversos aspectos isolados da realidade na qual se insere, e os problemas que esse conhecimento isolado pode trazer, juntamente com os avanços que pode proporcionar; já enfrentou as dificuldades, e já colheu os frutos, bons e ruins, da compartimentalização; e, tendo aprendido, já é capaz de enfrentar as complexidades, algo que o estudioso do início desse percurso não estava, ainda, capacitado a fazer.

---

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. XXXVII.

**Mesmo normativista, o estudo é interdisciplinar e, nesse sentido, está na via da complexidade, embora apenas em seu início.** Mestre SOUTO sustenta a adequação do método interdisciplinar para o estudo do direito comunitário europeu<sup>864</sup>. O tributarista pode trabalhar em complexidade: bom exemplo é essa obra. Surgido o fenômeno comunitário, não é admissível que o tributarista lhe volte as costas, haja vista as numerosas implicações entre as comunidades de estados e a tributação. Isso, contudo, transcende as preocupações somente do tributarista: os juristas devem preocupar-se, doravante, com o direito comunitário<sup>865</sup>. A complexidade manifesta-se, uma vez que o estudo se volta a um terceiro sistema, inconfundível tanto com o direito interno, quanto com o direito internacional<sup>866</sup>. Supera-se, aqui, o dualismo, agregando-se complexidade. Afinal, no livro, SOUTO, além de professor honorário da PUC-SP, é ex-professor titular de filosofia do direito e de direito tributário da UFPE. E, agora, professor de direito comunitário, por sua obra. Um caminho de aprofundamento na complexidade. Em 2009, foi publicada uma segunda edição da obra, acrescida de novo capítulo, acerca da Constituição Europeia.

### **4.3 Para além de SOUTO, sem sair de SOUTO: crítica à doutrina do dualismo entre fato e evento**

#### **4.3.1 O dualismo e suas bases teóricas: PONTES, VILANOVA, STRAWSON e HABERMAS**

*“Não é fácil resistir aos dualismos na teoria jurídica”<sup>867</sup>*

Mesmo diante dos reclamos de mestre SOUTO à observância da epistemologia e da filosofia, como instâncias de controle da racionalidade do discurso científico; à

<sup>864</sup> Cf. *ibidem*, p. 106.

<sup>865</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 294; ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, Apresentação, in **Elementos de direito internacional público**, p. XVI; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Aspectos tributários no Tratado de Assunção, in IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (coord.), **Tributação no Mercosul**, p. 53.

<sup>866</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>867</sup> Hermenêutica histórica em direito tributário, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, p. 148; in FREDIE DIDIER JR. e MARCOS EHRHARDT JR. (coord.), **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**, p. 341.

consideração da vida concreta do sujeito atingido pela norma, e à justiça na aplicação do direito; à superação dos dualismos, que entravam a evolução do conhecimento; ao enfrentamento da complexidade; à superação dos formalismos e da lógica calculante; ao fazer teoria útil; a doutrina tributarista atual erigiu e prende-se a **uma concepção teórica que se distancia de todas essas diretrizes: o dualismo entre fato e evento**. Esse dualismo tem problemas diante da epistemologia e da filosofia, e, contra as conquistas desses saberes, pretende-se plenamente verdadeiro, e eterna e universalmente válido; desconsidera qualquer necessidade de justiça e de consideração aos efeitos da aplicação do direito ao sujeito concreto; pretende-se maximamente redutor e formalista, considerando apenas, como realidade, o documentado; incrementa a confusão terminológica e as dificuldades teóricas. E, dado relevante: é um dualismo.

Diante da relevante presença do dualismo entre fato e evento na doutrina tributarista, e de sua nocividade para o progresso da ciência jurídica, SOUTO opôs, no seu *Curso de direito comunitário*, críticas contundentes e decisivas a essa concepção. Somou-se às avaliações negativas, então solitárias, de ADRIANO SOARES DA COSTA<sup>868</sup>. As objeções dos dois autores, contudo, não são as únicas cabíveis ao dualismo: há outros aspectos passíveis de crítica. **É preciso tratar dessa doutrina dualista**. Quem pretende um progresso científico para além do pensamento exclusivamente lógico-semântico, unicamente analítico, exacerbadamente formalista e redutor, precisa enfrentar o dualismo, que está entre as teorias mais formalistas e redutoras que já foram concebidas na ciência do direito tributário.

O dualismo modifica a compreensão que se tem do fenômeno da incidência. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES parecia prever sua eclosão quando, quase duas décadas antes da sua inserção no discurso doutrinário, dizia:

...a doutrina tradicional somente vislumbra obrigações onde existe uma norma individual – ou, se se prefira outra formulação, quando uma norma geral é individualizada. Melhor ainda, quando se especificou que ‘concretamente’ uma determinada conduta é obrigatória para uma certa pessoa, um sujeito individualmente considerado<sup>869</sup>.

<sup>868</sup> Feitas três em artigos, depois reunidos no livro *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*, cuja primeira edição é de 2003, e a segunda, de 2009.

<sup>869</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 112; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 125.

E, particularmente no campo tributário, a avaliação era idêntica: “A doutrina do Direito Tributário, que é conservadora como a doutrina geral do Direito, ordinariamente só cogita de dever tributário quando presente uma norma tributária individual e concreta”; e, mais adiante: “Geralmente a doutrina tradicional só vislumbra obrigação tributária se presente uma norma individual e concreta”<sup>870</sup>. O dualismo pretende-se uma via de modificação, algo de novo. Mantém-se, contudo, no mesmo. Continua no formalismo e no reducionismo à norma, agora levados às suas consequências mais extremas. **Ainda que fosse novo, é repetitivo.** Quinze anos antes do dualismo, SOUTO reclamava que as renovações na ciência do direito tributário apresentavam certa tendência ao repetitivo<sup>871</sup>. Não se modificam os rumos teóricos, embora tudo aparente novidade. Em lugar de progresso, conservam-se esses rumos. Permanecem formalistas e redutores, mas, agora, ainda mais. O diagnóstico do autor, dois anos antes do dualismo, também é aplicável a essa teoria:

Sob pretexto de corresponderem à quinta-essência da inovação e modernização dos estudos jurídicos, tendem, essas doutrinas, a um entrenchamento teórico que mal dissimula o seu caráter de ideologia conservadora. Porque uma concepção imobilista e reducionista do fenômeno tributário está nas suas bases<sup>872</sup>.

Para bem compreender o dualismo, é importante atentar para o fato de que ele parte da aceitação, como um dado que não submete à crítica, da noção de causalidade no direito, que remete a PONTES DE MIRANDA e a LOURIVAL VILANOVA. Segundo essa concepção, mantida pelo dualismo fato/evento, direitos e deveres jurídicos só existem no interior de relações jurídicas, e tais relações só nascem, concretamente, quando ocorrem fatos jurídicos. **Direitos e deveres jurídicos, tanto para PONTES e VILANOVA, quanto para a doutrina do dualismo entre fato e evento, só surgem para sujeitos determinados quando ocorrem fatos jurídicos.** Antes do fato jurídico, nenhum direito e nenhum dever jurídicos<sup>873</sup>.

<sup>870</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 6 e 500; p. 41 e 423.

<sup>871</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. XV; p. 32.

<sup>872</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 104.

<sup>873</sup> JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES adota há muito tempo essa visão. O primeiro registro que me foi possível encontrar está no artigo *O impôsto predial no município do Recife [sic]*, publicado na **Revista de Direito Administrativo**, v. 79, do primeiro trimestre de 1965, p. 481.

Porém, para PONTES e VILANOVA, os fatos jurídicos são as ocorrências do mundo concreto, que correspondem a previsões normativas. São acontecimentos, no plano da facticidade, da concretude, da realidade sensorialmente perceptível. Veja-se o pensamento causal: há algo, para além da norma, que precisa “causar” o surgimento de direitos e deveres, de modo que, sem esse “algo”, direitos e deveres jamais surgirão. O “algo” é o fato jurídico, o evento concretamente ocorrido no plano da realidade social, “colorido” pela incidência da norma jurídica. O fato jurídico é uma causa, e os seus efeitos são o surgimento de direitos e deveres. Direitos e deveres só aparecem enquanto eficácia do fato jurídico. Daí tanto PONTES quanto VILANOVA falarem em “eficácia” do fato jurídico, condicionarem a existência de efeitos jurídicos à ocorrência dos fatos jurídicos, e o primeiro elevar a causalidade a princípio jurídico<sup>874</sup>. A noção de causalidade permanece no dualismo, na esteira do pensamento dos juristas que lhe servem de suporte: mais do que uma hipótese explicativa, um dado necessário, universal, eterno e imutável da realidade jurídica. Sempre, invariavelmente, onde houver alguém com direitos e deveres, envolvido em uma relação jurídica, isso se dá como efeito da ocorrência de um fato jurídico, que é causa. **Mas o “fato jurídico” já não é mais o mesmo.** Nesse ponto, o dualismo afasta-se de PONTES e VILANOVA.

Na concepção pontiana e vilanoviana, os fatos jurídicos são eventos, de ocorrência no plano da facticidade concreta, que correspondem às previsões abstratas das normas jurídicas. Quando um evento ocorre, concretamente, no mundo da facticidade social, e ocorre de forma a corresponder ao fato descrito hipoteticamente em uma norma jurídica, essa norma “colore” o evento, tornando-o jurídico. Irradia-se então a relação jurídica, e surgem direitos e deveres<sup>875</sup>. Em síntese: há a norma, sucede o evento; ele é causa, que tem como efeito o surgimento da relação jurídica, com direitos e deveres correlatos. Não há direitos e deveres sem a ocorrência de fato jurídico que lhes sirva como causa de surgimento, e este inexistente sem uma norma jurídica que juridicize o fato concreto. **O dualismo mantém toda essa doutrina, afastando-se em um único ponto: ao sustentar um novo conceito de fato jurídico.**

<sup>874</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. 1, p. 19; LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade...*, *op. cit.*, p. 54; A teoria do direito em Pontes de Miranda, *in Escritos...*, v. 1, *op. cit.*, p. 410.

<sup>875</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 6.

O fato jurídico deixa de ser a ocorrência concreta, que se dá no plano da facticidade, no mundo da vida concreta dos sujeitos, para ser, na maioria dos textos da doutrina dualista, a descrição linguística desse fato, documentada em um suporte físico, a partir do qual o intérprete constrói uma norma jurídica “concreta”. Norma “concreta” é vista como uma norma que, em seu antecedente, descreve uma ocorrência passada, já verificada no tempo e no espaço, juridicamente comprovada, e não uma ocorrência hipotética, o que seria próprio das normas “abstratas”. O fato ocorrido no mundo da vida concreta, chamado de “fato jurídico” por PONTES, VILANOVA, BECKER e SOUTO, é renomeado “evento”. Aparece o dualismo: onde havia só o fato jurídico, há agora o “evento”, restando o nome “fato jurídico” para denominar uma realidade pretensamente linguística, em contraposição dualista. O fato jurídico identificava-se com a ocorrência concreta, no mundo da facticidade. Agora, essa noção divide-se: **uma coisa é o fato jurídico enquanto linguagem que descreve uma ocorrência, e outra coisa é a própria ocorrência descrita, chamada evento**. Essa ocorrência é o “evento”; aquela descrição linguística do evento, em uma norma “concreta”, mediante o uso da “linguagem competente”, é o “fato jurídico”. No mais, tudo permanece o mesmo: a relação jurídica, os direitos e os deveres, todos só nascem quando o fato jurídico ocorre. Contudo, o fato jurídico agora é outro, de modo que a relação jurídica passa a existir não mais quando ocorre o “evento”, mas quando ocorre o “fato jurídico”: quando é descrita no antecedente de uma “norma individual e concreta”. A própria relação jurídica será o consequente dessa norma – é o “fato-relacional”. Permanece a ideia segundo a qual só há direitos e deveres jurídicos quando ocorre o fato jurídico; porém, agora, esses deveres e direitos surgem quando houver a descrição linguística e a “norma individual e concreta”, não mais quando ocorre o fato social no plano da facticidade.

Nessa nova-velha concepção, havendo a norma geral e abstrata, e ocorrendo o “evento” que a ela se subsume, **não há mais incidência da norma**. Ocorrido o “evento”, não há fato jurídico nem relação jurídica, e, portanto, não surgem direitos nem deveres jurídicos. Eles só surgirão com a edição da “norma individual e concreta”. Essa edição, desde então havida como aplicação da norma, passa a ser confundida com a incidência: aplicação e incidência, conjuntamente, fundem-se no mesmo ato de edi-

ção de “norma individual e concreta”. Incidência e aplicação, até então havidos como conceitos distintos, são co-fundidos.

**O dualismo, com isso, equipara incidência e aplicação.** O fato jurídico torna-se o antecedente da “norma individual e concreta”; logo, é quando surge essa norma, posta pela linguagem competente, que haverá incidência, direitos subjetivos e deveres jurídicos. Isso porque, como dito, a teoria dualista mantém toda a concepção pontiana, à exceção do conceito de “fato jurídico”: ainda sustenta só haver incidência com o fato jurídico, e só esse fato “causa” o surgimento de relações jurídicas, direitos e deveres correlatos. Só que o “fato”, agora, é um segmento da “norma individual e concreta”: há fato jurídico quando há a norma, quando há a criação de norma. Como criar uma norma, em regra, é, também, aplicar uma norma, a partir do momento em que se considera só haver incidência quando há edição da “norma individual e concreta”, só há incidência quando houver aplicação. E como é essa “norma individual e concreta” que contém o fato jurídico, então, igualmente, só com ela haverá tal fato: só haverá fato jurídico com a aplicação, só há incidência quando houver aplicação. Assim, há incidência exatamente quando há aplicação: criação de “fato jurídico”, descrição do “evento” na “linguagem competente”. Logo, aplicar é fazer incidir. Quem aplica, faz a incidência<sup>876</sup>.

Por fim, **o dualismo pretende-se de aplicação universal.** A compreensão dessa fenomenologia de incidência normativa seria base para todo e qualquer conhecimento jurídico, dado que todo direito atuaria da mesma forma. Essa atuação seria universal, valendo em qualquer espaço-tempo<sup>877</sup>. De modo que, em qualquer quadrante de qualquer direito presente, passado ou futuro, sempre e sempre, para que haja direitos e deveres jurídicos, seria, invariavelmente, necessário que houvesse “norma individual e concreta” e “linguagem competente”. Com isso, o dualismo é universalizado, acedendo à teoria geral do direito<sup>878</sup>.

Outra base fundamental para o dualismo é a distinção, que busca em JÜRGEN HABERMAS, entre “eventos”, enquanto acontecimentos ocorridos no mundo concre-

---

<sup>876</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>877</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 279; **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 587; **Direito tributário: fundamentos...**, *op. cit.*, p. 9.

<sup>878</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso...*, *passim*.

to, e, portanto, empiricamente verificáveis; e “fatos”, enquanto versão meramente linguística do evento, e, portanto, sem existência física que permitisse a verificabilidade empírica. HABERMAS busca essa distinção nas reflexões de PETER FREDERICK STRAWSON. Ao expor a distinção, este filósofo afirma: “*O fato de eu dizer alguma coisa é, certamente, um evento. O que eu digo não é*”<sup>879</sup>. Qual a diferença? “**Fato**”, **nessa teoria, é a articulação linguística, de existência meramente ideal, insuscetível de verificação empírica.** É aquilo que se fala. Evento, por sua vez, é uma ocorrência concreta, suscetível de ser verificada empiricamente. É aquilo de que se fala. Evento, o episódio empiricamente verificável; fato, uma articulação linguística que, enquanto idealidade, não está sujeita à verificação empírica.

O dualismo de STRAWSON e HABERMAS, entre evento e fato, **é um dualismo entre o que tem existência empírica, de um lado, e os meros enunciados, de existência não empírica, de outro.** Esses enunciados seriam assemelhados ao “terceiro mundo”, de KARL POPPER, ou ao “mundo noológico”, de EDGAR MORIN<sup>880</sup>. Pergunta-se HABERMAS, ao pôr em questão o conceito de verdade como correspondência, que subjaz à visão da ciência como metalinguagem descritiva: “*¿Cómo se relacionan los hechos que afirmamos, con los objetos de nuestra experiencia?*” E segue: “*Strawson ha vuelto a sacar a relucir en su discusión con Austin la diferencia entre hechos y objetos de la experiencia o sucesos tratada ya por Ramsey...*”. Em seguida, conclui:

*En cambio, las cosas y sucesos, las personas y sus manifestaciones, es decir, los objetos de la experiencia son aquello acerca de lo que hacemos afirmaciones o de lo que enunciamos algo; aquello que afirmamos de los objetos, es un hecho cuando tal afirmación está justificada. Los hechos tienen, pues, un status distinto de los objetos. ... Con los objetos hago experiencias, los hechos los afirmo; no puedo experimentar hechos ni afirmar objetos (o experiencias con los objetos).*

<sup>879</sup> La vérité, in *Études de logique et de linguistique*, p. 218 – originalmente, publicada como *Logico-linguistic papers*, em 1971 – tradução livre pelo autor. Na tradução francesa: “*Le fait que je dise quelque chose est certainement un épisode. Ce que je dis ne l'est pas*”. Aqui traduziu-se o francês “*épisode*” como “evento”, para manter fidelidade à versão brasileira do dualismo, e porque a própria tradutora explica que poderia ter também utilizado, na tradução francesa consultada, a forma “*événement*” – cf. Nota da tradutora, na nota de rodapé n. 1., p. 218.

<sup>880</sup> Cf. KARL POPPER, *Objective...*, op. cit., passim; EDGAR MORIN, *O método*, v. 4..., op. cit., passim.



Portanto, é um “*hecho*” aquilo que não pode ser experimentado, diferentemente de um objeto, ou um “*suceso*”. HABERMAS, ainda no mesmo trecho, expõe: “*Al afirmar un hecho me puedo basar en experiencia y referirme a objetos. Y si los objetos de nuestra experiencia son algo en el mundo, entonces no podemos decir igualmente de los hechos que sean 'algo en el mundo'*”<sup>881</sup>. Não podemos dizer, dos fatos, que sejam algo no mundo, como são os eventos, porque aquelas articulações linguísticas não são objetos da experiência. KARL-OTTO APEL retoma a questão, também no texto em que trata da verdade por correspondência, para entendê-la como fraca e construir, a partir de PIERCE, uma verdade como consenso, adotando a mesma distinção:

*A mi parecer, difícilmente se puede discutir el argumento de Strawson acerca de que el hecho de que César fuera asesinado en el Senado no sea idéntico al suceso que tuvo lugar en el año 44 a.C. y del cual se tuvo experiencia. El hecho de que... que se puede afirmar y negar en el discurso, no es algo en el mundo de la experiencia. No es localizable ni datable, sino que pertenece, en cierto modo, al ámbito lógico-lingüístico que pertenecen también las “proposiciones en si” – verdaderas o falsas – de Bolzano, las “ideas” de Frege, las proposiciones (las lekta de los estóicos) y las entidades popperianas del “tercer mundo”.*

Veja-se: um “fato” não é localizável nem datável, porque pertence somente ao âmbito lógico-linguístico. Como é impossível ter contato empírico, não é algo no mundo da experiência. APEL vale-se, então, em suas palavras, da “...*distinción de Strawson entre sucesos experimentables y hechos afirmables en enunciados...*”<sup>882</sup>. Acontecimentos, eventos, são experimentáveis; fatos, não: são apenas afirmáveis. Por fim, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, fundado na mesma distinção, afirma: “‘Fato’ não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”<sup>883</sup>. O fato não é algo passível de experiência sensorial. Não tem concretude.

Certos textos que adotam o dualismo entre fato e evento emprestam, a documentos empiricamente verificáveis, a condição de fato jurídico tributário, como declarações do contribuinte, ou recibos de pagamento, contrapostos aos meros eventos.

<sup>881</sup> *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, p. 117 – originalmente, publicado como *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*.

<sup>882</sup> *Teoría...*, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>883</sup> *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 274.

Mesmo quando esses documentos não são “fatos jurídicos”, são, sempre, linguagem competente, capazes de constituir um evento enquanto fato, porque o descreveriam em linguagem, e o fato é uma linguagem. Mas, se é um documento, uma certidão, uma guia de pagamento, um recibo, então não é uma articulação lógico-linguística insuscetível de experimentação empírica, não datável nem localizável, como são os “fatos” strawson-habermasianos. Ao contrário: são eventos, coisas no mundo da possibilidade de experiência concreta. **O “fato”, no direito tributário, é, na doutrina strawson-habermasiana, onde busca fundamento, um “evento”.**

Exigir-se, do evento, que seja provado em linguagem escrita em documento competente, para que se constitua como fato, significa, ao contrário, fazer o evento retornar, imediatamente, à condição de evento. Torna-se, novamente, uma ocorrência empiricamente verificável: antes era o evento, agora é a prova, ou o documento – sentença, ato administrativo, guia de lançamento –, empiricamente verificável; isto é: também um evento. Desses documentos, pode-se afirmar, precedentemente, que são algo no mundo, “*cosas*” ou “*sucesos*” empiricamente verificáveis: na distinção de STRAWSON e HABERMAS, são eventos, e não fatos. A sentença, o ato administrativo, a prova, a petição, a certidão, a guia de IPTU; em suma, a linguagem competente do dualismo: todos são “algo”. Mas o “*hecho*” strawson-habermasiano não seria “algo” experimentável, apenas uma idealidade linguística, insuscetível de verificação empírica. Ora, ser insuscetível de verificação empírica, ser “*hecho*” em HABERMAS e STRAWSON, é exatamente o contrário da prova do evento, o contrário do documento em linguagem competente: se este fosse insuscetível de verificação empírica, não seria uma prova, nem um documento, nem uma “linguagem competente”. Mas, o dualismo chama essa prova de “fato”, para contrapor ao evento. Seu fato, em realidade, é um evento. A linguagem competente constitui o evento enquanto fato: **essa linguagem competente, se confrontada à concepção de STRAWSON, HABERMAS, APEL e TERCIO, não é um fato, mas um evento.** Aqui, o dualismo já revela alguma incoerência entre suas construções e as teorias filosóficas que aponta como fundamento.

### 4.3.2 O sistema de referência do dualismo e suas críticas

*“...aceito que sejam os meus pontos de vista inteiramente refutados e até me alegraria com isso, pois a constatação do erro é um caminho para a aproximação da verdade”<sup>884</sup>*

Para o dualismo entre fato e evento – que, como visto, unifica toda a realidade, social ou jurídica, aos “*sucesos*” empiricamente verificáveis –, a norma geral e abstrata, e a ocorrência do “evento” a ela subsumido, não são suficientes para criar direitos e deveres jurídicos. Com isso, eliminam-se os conceitos pontianos de incidência e de fato jurídico. Essa conclusão é obtida a partir da consideração segundo a qual **a norma “geral e abstrata” é insuficiente para motivar alterações de conduta**: a exclusividade de normas gerais e abstratas seria sempre um impeditivo para a realização concretado previsto no ordenamento jurídico. Para tal realização, seria preciso a edição de “normas individuais e concretas”. As normas gerais e abstratas são, por si só, insuficientes para que haja eficácia. A premissa, então, envolve uma questão psicológica – a motivação – e outra sociológica – a eficácia<sup>885</sup>.

Esse é um primeiro pressuposto fundamental do dualismo entre fato e evento: normas abstratas e gerais seriam insuficientes para motivar a conduta humana, e elas não incidiriam sem a edição das “normas individuais e concretas”. Construir e levar em conta esse pressuposto demanda que a doutrina se afaste do âmbito restrito que se autoimpõe. Demanda que **deixe o seu campo próprio de cogitações**, por ela mesma demarcado, em termos bastante estritos. Como visto, o trabalho da ciência do direito tributário limitar-se-ia à descrição de normas positivadas. A conduta – de acordo, inclusive, com o dualismo – estaria excluída das preocupações da ciência do direito. De acordo com o “sistema de referência” adotado, a conduta está fora do direito: as ações humanas concretas são excluídas pelo corte metodológico<sup>886</sup>. Além disso, também a motivação da conduta ficaria alheia às cogitações da ciência do direito: ela seria preocupação da psicologia do direito. Se a motivação dos comportamentos é um ato psicológico, o cientista do direito, que não é psicólogo, não pode dele tratar: estaria a imitir-

<sup>884</sup> **Ciência feliz**, 2. ed., *op. cit.*, p. 168; **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 217.

<sup>885</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 141, 169.

<sup>886</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 431-432.

se em território alheio. Se é assim, sustentar que a norma abstrata e geral é insuficiente para “motivar” condutas demandaria apoio consistente em teorias sociológicas e psicológicas. O jurista, caso tenha interesse em incluir o problema da motivação na sua teoria, precisa trabalhar de forma interdisciplinar, buscando, nessas outras ciências, elementos de convicção aptos a permitir tal inclusão. Seria, certamente, uma providência interessante, no sentido da complexificação do discurso jurídico, trazendo aportes de outras ciências. Porém, esse aporte não é buscado. A afirmação pela insuficiência das normas abstratas e gerais, para a motivação de condutas, ainda carece de apoio científico – sob pena de permanecer uma afirmação dogmática, arbitrária, que, de forma münchhauseniana, sustenta-se sobre ela própria.

Esse pressuposto psicossociológico, contudo, é fundamental para a teoria dualista: se ele for falso, não há razão para sustentar que só há aplicação e incidência com a edição da “norma individual e concreta”. **Além de outros, toda a teorização dualista é arquitetada sobre esse pressuposto.** De modo que, das duas, uma. Ou se sustenta uma legitimidade universal para falar a respeito da recepção psicológica da mensagem normativa, e então, já não é mais sustentável lecionar a restrição, para o jurista, em considerar exclusivamente o direito positivo e seus documentos. Não subsiste a razão para a redução. Ou, de outro lado, pode-se acreditar que o cientista do direito só se pode manifestar a respeito de normas e documentos; nesse caso, o dualismo perde em consistência, porque se pretende fundado em uma premissa sóciopsicológica, enunciada sem o apoio de sociólogos e psicólogos. Objeção análoga foi, muitas vezes, levantada contra DESCARTES: seu modelo de razão seria inconsistente, porque construído sobre bases formadas por enunciados de caráter psicológico<sup>887</sup>. Quando se demonstra que, a essa premissa, falta fundamento, desaparece o motivo para sustentar que a norma abstrata e geral não incide sozinha, demandando um ser humano que edite a “norma individual e concreta”.

Uma segunda premissa doutrinária, que sustenta a teoria do dualismo entre fato e evento, é a seguinte: **não se transita livremente do mundo do dever-ser para o mundo do ser, da esfera das normas para o âmbito das condutas**<sup>888</sup>. Essa afirma-

<sup>887</sup> Cf. OLÍMPIO PIMENTA, *Razão...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>888</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito tributário: fundamentos...*, *op. cit.*, p. 10 e 251; cf., também, EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição no direito tributário*, *op. cit.*,

ção é admitida como uma premissa-postulado, que não é posta à prova. O argumento, assim desenvolvido, envolve uma petição de princípio: a premissa que sustenta todo o dualismo, que provaria que a norma abstrata e geral não toca a conduta, deveria ser provada de antemão. Admitir que a premissa é impossível de ser provada implica aceitar que o dualismo busca fundamento num princípio metafísico. Suspenda-se, todavia, esse ponto, para ir adiante. A doutrina admite que não se transita do mundo do dever-ser para o mundo do ser e, por isso, as normas abstratas e gerais não tocam materialmente a conduta. Daí a necessidade de que, delas, extraiam-se “normas individuais e concretas”, tarefa a ser realizada pelo ser humano. Ele criará, ao editar a “norma individual e concreta”, o dever e o direito, que antes não havia; ele criará a relação jurídica, fará a incidência, porque as normas jurídicas não incidiriam por sua própria força. O sujeito do verbo incidir não seria a norma, mas o ser humano<sup>889</sup>. Essa segunda premissa do dualismo, então, admite como postulado que a norma “geral e abstrata” não incide por força própria, e requer o ser humano aplicando-a, criando outras normas, para que haja incidência. No entanto, nenhuma prova dessa afirmação é oferecida. Um exemplo: a norma abstrata e geral que proíbe dirigir a 200 Km/h não incide por força própria. Como, nos pressupostos pontianos do dualismo, as relações jurídicas, dentre elas as proibições, só surgem quando há incidência, não havendo essa incidência-aplicação inexistente proibição para um sujeito concreto. Assim, as normas do Código de Trânsito nada proíbem. O mesmo valeria para todas as normas, de todas as leis ou constituições: elas nada proíbem, permitem ou obrigam. O ser humano precisaria criar a “norma individual e concreta”. Que norma é essa? No direito tributário é o lançamento; no exemplo dado, deveria ser a multa de trânsito. Quer dizer: é multando que o guarda proibiria, finalmente, o sujeito de dirigir a mais de 200 Km/h. A partir da multa, ele estaria proibido; antes, não. Porém, ocorre, de fato, situação diversa: o ato administrativo impõe o pagamento de um valor, uma obrigação; não impõe a proibição de dirigir em alta velocidade. Esta é imposta pela norma abstrata e geral, e por nenhuma outra. É ela, aliás, que autoriza a sanção ao infrator: sem ela, a conduta não poderia

---

p. 56, embora o autor obtempere pela possibilidade de transposição do portal que separa o ser e o dever-ser, na página 62.

<sup>889</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 416; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição...*, *op. cit.*, p. 59.

ser considerada um ilícito, e sanção alguma poderia ser aplicada. Aquela norma geral e abstrata, ou incide, necessariamente, ou não há proibição jurídica de dirigir nessa velocidade. Como o dualismo afasta a ideia de incidência necessária e automática, mas continua a entender que só há relação jurídica quando há o fato jurídico, agora transmutado em linguagem competente, precisa concluir que, antes desse fato, nenhuma obrigação, permissão ou proibição existiria. Antes da linguagem competente, nada existiria para o mundo do direito, nenhum efeito jurídico seria verificado<sup>890</sup>. É dizer: sem a aplicação concreta da multa de trânsito, que se reporta a um fato passado, não haveria nenhuma obrigação de dirigir dentro dos limites da lei. E essa obrigação, criada pela multa, remete-se à ocorrência anterior, mas não juridiciza eventos futuros: depois da multa, já volta a inexistir qualquer obrigação jurídica de respeitar os limites de velocidade. Antes da multa de trânsito, nada existiria para o mundo do direito, porque daquela norma abstrata e geral não se transitaria livremente para o mundo do ser das condutas. A conduta permaneceria indiferente ao direito, por ele intocada.

O trânsito é exemplo encontrado nos textos que explicam o dualismo. Sustenta-se que, quando alguém atravessa um sinal vermelho, surge, para ele, um dever de pagar multa. Mas esse dever seria unicamente de ordem moral, ética ou religiosa. **Sem linguagem competente, o dever jurídico ainda não teria aparecido**<sup>891</sup>. Novamente, nenhuma prova disso é produzida. Tudo fica entregue ao “sistema de referência” – expressão-chave, uma espécie de salvo-conduto para sustentar qualquer afirmação, sem a necessidade de assumir responsabilidades teóricas por isso. Inicialmente, pondera-se: dizer que há deveres morais, éticos ou religiosos, novamente, é sair do seu campo próprio de cogitações: se a competência da doutrina é restrita para descrever normas positivadas, não lhe caberia falar sobre deveres éticos, morais ou religiosos. Esse ponto, contudo, é de menor importância. Existam ou não os deveres éticos, morais ou religiosos, a premissa fundamental é que deveres jurídicos não existem, quando há apenas normas abstratas e gerais. Porém, se são jurídicas as normas que, em linguagem prescritiva, constituem esses deveres, é surpreendente dizer que os mesmos deveres, postos em normas jurídicas, não são jurídicos, mas de outra ordem. Por que só é

---

<sup>890</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 411.

<sup>891</sup> Cf. *ibidem*, p. 415.

direito o que está documentado ? Porque sim, porque esse é o “sistema de referência”, eleito arbitrariamente, sem nenhuma justificativa fundamentada para tal, salvo num “giro linguístico” todo próprio, a sustentar que, sem documento escrito e empiricamente verificável, nenhuma realidade existe. Desconhece-se paralelo a esse “giro linguístico” em outro campo do conhecimento.

Dizer que uma norma “geral e abstrata” não é suficiente, por si só, para motivar a conduta humana, é dizer algo cuja correção dependeria de uma prova psicológica. Porém, nas atividades diárias, em muitos momentos, os sujeitos reconhecem a existência de obrigações que decorrem de normas jurídicas, cumprindo-as ou não. O sujeito que estaciona em local proibido, e vê a placa com um “E” riscado, se conhece a lei, sabe que está a cometer um ilícito; diante disso, pode sair dali, em busca de uma vaga onde seja lícito estacionar. Se o fizer, cumprirá a obrigação que sabe ter em função da lei: não estacionar onde é proibido. Nesse caso, a lei funcionou, foi eficaz; foram atingidos os objetivos previstos por quem definiu aquele local como de estacionamento proibido. Noutro giro: nesse caso, como em muitos, o direito funcionou sozinho – desde que se admita que a lei de zoneamento urbano é direito, e não algo dele excluído pelo “sistema de referência” adotado. Na hipótese pensada, ninguém aplicou nenhuma multa; ninguém comprovou nenhum fato; ninguém apitou e mandou o motorista deixar a vaga; não há qualquer “linguagem competente”. Mas uma obrigação posta em lei, em norma abstrata e geral, foi cumprida. **O direito, a lei, a norma abstrata e geral foi suficiente para que a conduta fosse alterada.** Sempre que alguém observar uma norma e a cumprir, o direito certamente terá, sem qualquer sombra de dúvida, atuado, funcionado, sem necessidade de nenhum burocrata a expedir algum comprovante, recibo ou nota fiscal. A proibição de estacionar já existe; o sujeito que retira seu carro do local proibido pode fazê-lo em cumprimento a essa proibição. A obrigação de retirar o carro da vaga proibida, provavelmente, não é religiosa: não consta haver uma religião que vede o estacionamento proibido. Pode ser uma obrigação moral, se for válida a norma moral segundo a qual a lei deve ser obedecida. Pode também ser uma obrigação de convívio social, sem dúvida. Nada disso será, aqui, posto em discussão. Porém, o dualismo nega que a obrigação de cumprir uma norma jurídica abstrata e geral seja uma obrigação jurídica.

Para o dualismo, uma obrigação como essa é apenas moral, ética, religiosa: “*O 'dever de pagar multa', instituído em nossa mente, quando da ocorrência do evento, em decorrência da ciência de uma norma jurídica que contém tal prescrição, não é jurídico. É de ordem ética, moral, religiosa*”, sustenta AURORA DE CARVALHO, que recomenda “...*muito cuidado para não confundir efeitos de ordem moral, ética ou religiosa, com os efeitos jurídicos...*”<sup>892</sup>. **O dever, decorrente de uma norma jurídica, não seria jurídico.** Pelo menos não o decorrente da norma abstrata e geral; o dever decorrente da “norma individual e concreta”, esse sim, é jurídico. A “norma individual e concreta” é norma jurídica que gera efeitos jurídicos; a norma abstrata e geral, diferentemente, seria norma jurídica que geraria efeitos não jurídicos, apenas morais e religiosos. Essa situação seria devida ao “sistema de referência” adotado: nele, só é jurídico o evento cuja ocorrência concreta e passada estiver descrito na “norma individual e concreta”. Esse sistema esvazia de juridicidade todo o resto do direito, que se torna moral e religião. A própria edição da “norma individual e concreta” é uma conduta entregue à sorte da moral e da religião. O juiz tem a obrigação de prolatar a sentença ? Jurídica, não, porque antes da sentença não há “norma individual e concreta”. Tem obrigação, se tiver, apenas de ordem moral ou religiosa. O mesmo vale para o administrador público e para o próprio cidadão. Como nem a moral nem a religião impõem sanções pela via estatal, o juiz poderia, livremente, deixar de sentenciar. Seria o fim do direito, pelo fim da coercibilidade. O sistema de referências mostra-se, como se nota, inconveniente. O administrador tem a obrigação de fazer o lançamento tributário ? Só se for obrigação moral ou religiosa. Juridicamente, no sistema de referência do dualismo, ele não está obrigado, porque não há norma individual e concreta. Se o auditor fiscal for ateu e se sua ética for a desobediência ao estado, não fará o lançamento. E o direito nada terá com isso, porque nenhuma obrigação jurídica havia. Acabou o direito. E o contribuinte, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação ? Está juridicamente obrigado declarar e pagar o tributo ? Também não: no sistema de referência doutrinário, a obrigação surgirá quando ele fizer a declaração; antes disso, sua obrigação de declarar, quando muito, é religiosa ou moral. Desaparece o direito, que não mais coage ninguém. Para o sistema de referências adotado, nenhum efeito jurídico

---

<sup>892</sup> Cf. *ibidem*, p. 414 e 415.



surge sem “norma individual e concreta”. Assim, se uma pessoa empresta uma coisa para outra, sem recibo, nada de jurídico aconteceu. Se uma ação não é proposta antes do prazo prescricional, nenhum efeito jurídico daí decorre. São ocorrências meramente sociais, morais, religiosas; não jurídicas.

Além de inconveniente, esse é **um sistema de referência infirmado pela experiência**. Acatando a lição soutiana, segundo a qual a experiência jurídica é uma experiência do normativo, de modo que a teoria jurídica que vier a contrariar essa experiência estará refutada por falseamento empírico, o sistema de referência é falso, porque contraria textos expressos de lei. Assim, se for possível encontrar, no ordenamento jurídico, previsões explícitas que desautorizem esse sistema de referência, ele estaria empiricamente falseado<sup>893</sup>. Previsões com essa qualidade são contraditórias em nosso direito positivo: o juiz tem obrigação jurídica de prolatar sentença, sem “norma individual e concreta” (art. 126 do Código de Processo Civil); o administrador tem obrigação jurídica de fazer o lançamento tributário, também sem “norma individual e concreta” (art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional); o sujeito passivo tem obrigação jurídica de declarar e antecipar o pagamento à fiscalização, igualmente sem linguagem competente (art. 150, *caput*, do Código Tributário Nacional); um emprestimo, mesmo sem recibo, havendo tradição, gera efeitos jurídicos (art. 579 do Código Civil); se uma ação não é proposta dentro do prazo prescricional, desaparece o direito jurídico ao recebimento da ação pelo juiz, mesmo sem sentença que o declare (art. 295, IV, do Código de Processo Civil).

**Esse sistema de referências é posto à margem de qualquer crítica.** Quem pretender criticá-lo, é, imediatamente, acusado de não compreender que trabalha em outro sistema de referência, de modo que sua oposição será sempre improcedente, ou, no mínimo, equivocada. A crítica, com isso, já está repelida *a priori*, tornando despiciendo superá-la<sup>894</sup>. Aceita a acusação segundo a qual o adversário, no jogo argumentativo, não compreendeu o que está a criticar, o objeto de crítica torna-se, imediatamente, imune a ela. Seria sempre possível o argumento *ad hoc*: onde se identificam obrigações jurídicas, decorrentes de normas jurídicas abstratas e gerais, surge a correção, a

<sup>893</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, “Lançamento por homologação”: decadência e pedido de restituição, *in* Repertório IOB de Jurisprudência, n. 3/97, p. 74-75.

<sup>894</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 416.

sustentar que essas obrigações não são jurídicas no sentido próprio, o do seu sistema de referência. Mesmo resultantes de normas jurídicas, não são jurídicas, mas éticas, morais, religiosas. Para SOUTO, a introdução da hipótese *ad hoc* é um estratagema convencionalista, que, evitando o falseamento, imuniza a teoria à crítica<sup>895</sup>. Mesmo o desafio, para que alguém apresente um fato jurídico sem linguagem competente, é restrito ao sistema de referência adotado. Sob a aparência de cientificidade, baseada na abertura ao falseamento empírico, o que se tem é uma imunização *a priori* contra qualquer experiência em sentido contrário. A teoria fica imune à crítica. E, imune à crítica, a eleição do sistema de referência torna-se um dogma de fé. Esta própria argumentação estará, certamente, sujeita à seguinte objeção: mas os textos de lei citados não contam, porque não fazem parte do sistema de referência eleito, e trazê-los ao debate só prova que o autor da crítica não compreende que está em outro sistema de referência. O direito positivo não se encaixaria no sistema de referência eleito, e levá-lo em consideração seria fruto de incompreensão. A imunização *a priori* contra qualquer objeção não garante força ao dualismo, ao contrário do que se pode supor. Enfraquece o enquanto argumento científico. Ensina SOUTO: “...entre a ousadia teórica (regra de ouro metodológica) e a formulação de hipóteses *ad hoc*, imunizadoras de teorias conclusivamente falseadas, que podem ir até a circularidade na argumentação, interpõe-se distância de anos-luz na atividade científica”<sup>896</sup>.

#### 4.3.3 A inexistência de relevância jurídica sem “norma individual e concreta” e sua crítica

^...há na ciência uma preferência epistemológica da refutação sobre a corroboração das teorias – inclusive as teorias jurídicas”<sup>897</sup>

Para a teoria dualista, **sempre é preciso uma “norma individual e concreta” para que haja incidência**. Isso é assim porque essa “norma” seria a única capaz de alterar as condutas humanas. O processo de positivação do direito culminaria em uma

<sup>895</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>896</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>897</sup> **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 148.

norma terminal, que “feriria a conduta”. Que significa ferir a conduta ? Uma possibilidade seria “tocar materialmente a conduta”. Se for assim, então o dualismo entre fato e evento é coerente: seria necessário o processo de positivação, gerando a “norma individual e concreta”, porque, sem ela, o direito não atingiria a conduta humana concreta. Com essa “norma individual e concreta”, finalmente, tocaria.

**Admitir essas considerações implica negar premissa segundo a qual o dever-ser não toca o plano do ser.** A “norma individual e concreta” está no plano do dever-ser, da mesma forma que a norma “geral e abstrata”. Se uma não cria obrigação, porque não toca a conduta materialmente, a outra também não o faz. De modo que, das duas, uma. Ou vale a premissa segundo a qual não se transita, livremente, sem solução de continuidade, do dever-ser das normas para o ser das condutas; mas, nesse caso, a “norma individual e concreta” é tão insuficiente quanto a abstrata e geral para a incidência normativa, e não há porque a considerar necessária para a incidência, e à norma abstrata, não. Ou, então a “norma individual e concreta” transita para o plano das condutas, e o dever-ser encontra o ser; mas, então, desaparece o motivo pelo qual a norma abstrata e geral seria incapaz desse trânsito, não sobrando razão suficiente para dizer que a norma abstrata e geral, sozinha, seria insuficiente para a incidência jurídica. Tanto num caso, como no outro, desaparece qualquer fundamento para a incisiva reivindicação da “norma individual e concreta”.

Em certos textos que expõem o dualismo, a “norma individual e concreta” não se comunica com o mundo do ser. Por isso, aquele “ferir a conduta” não pode significar “tocar materialmente a conduta”: porque a “norma individual e concreta”, dever-ser que é, não tem essa prerrogativa, porque dela não se transita para o mundo do ser. O processo de positivação, no máximo, impõe ao sujeito da conduta uma carga maior de motivação, criando um estímulo a mais para que, por uma tomada de decisão, o sujeito adote determinado comportamento<sup>898</sup>. Admite-se, então, que aquilo que, segundo o dualismo, a norma “geral e abstrata” não pode fazer, também não é feito pela “norma individual e concreta”. Sendo assim, se a norma “geral e abstrata” não cria direitos e deveres, porque não toca materialmente a conduta, a “norma individual e

---

<sup>898</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário: fundamentos...**, *op. cit.*, p. 11; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Decadência e prescrição...**, *op. cit.*, p. 55-56; FABIANA DEL PADRE TOMÉ, **A prova...**, *op. cit.*, p. 30; AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 453-454.

concreta” também não o faria. **Não resta motivo para dar, à “norma individual e concreta”, a primazia no criar obrigações, proibições ou permissões,** ou em impedir à concreta modificação da conduta humana, em contraposição à norma abstrata e geral.

O dualismo sustenta que as normas abstratas e gerais são insuficientes para criar obrigações, proibições ou permissões, isto é, para modalizar deonticamente a conduta. Só quem teria o condão de fazê-lo seria a “norma individual e concreta”. É dizer: **antes da “norma individual e concreta”, nenhuma conduta é juridicamente obrigatória, permitida ou proibida.** Para que haja a própria obrigação, permissão ou proibição, é necessária a “norma individual e concreta”. Uma afirmação como essa depende de se definir previamente o que é uma obrigação, uma proibição ou uma permissão, o que não é feito. Admita-se, porém, que, também aqui, a doutrina tributarista siga a proposta teórica kelseniana, porque nada em seus textos infirma essa pressuposição, exceto a necessidade de “norma individual e concreta” para modalizar deonticamente uma conduta. Se, em KELSEN, uma obrigação existe onde houver uma sanção pela conduta oposta, então já há obrigações que decorrem diretamente das normas abstratas e gerais. Imagine-se uma norma “geral e abstrata” que prescreva que, dada a ocorrência de um “evento” qualquer, surgirá o dever de pagar um tributo, antecipadamente a qualquer fiscalização. Se o sujeito passivo não fizer o pagamento no prazo, antes de qualquer fiscalização, estará sujeito à sanção, pela falta do pagamento. Se há sanção pela falta do pagamento, é porque havia a obrigação de realizar a conduta contrária: pagar o tributo. Essa obrigação é prévia à sanção. Seu descumprimento “causa” a incidência da norma sancionadora. Logo, se há aplicação legítima de sanção jurídica, é porque, previamente a ela, havia uma obrigação jurídica, que fora descumprida. É dizer: antes da “norma individual e concreta”, a conduta já estava modalizada como obrigatória; se não estivesse, o direito não autorizaria a edição dessa “norma individual e concreta” sancionadora. Portanto, para abandonar a noção segundo a qual a norma abstrata e geral já modaliza a conduta, o dualismo teria que explicar o que autoriza a sanção, se não é, precisamente, a norma abstrata e geral adicionada ao fato ilícito a ela subsumido. Mais amplamente, precisaria explicar o que “causa” a edição das “normas individuais e concretas”. Isso, contudo, não é feito.

Um acontecimento como aquele tomado como exemplo – o estacionamento proibido – está, para o dualismo, entre os meros eventos do mundo social, que não são jurídicos, porque não foram relatados pela linguagem juridicamente competente. Claro que, se se tiver, como sistema de referência de juridicidade, apenas as normas postas mediante documentação empiricamente verificável, esse acontecimento, embora influenciado por uma norma positiva, não ingressou, normativamente, no sistema. Porém, pense-se: se o sujeito, permanecendo no local proibido, for sancionado porque permaneceu, é precisamente o evento “permanecer”, prévio à “norma individual e concreta”, o ilícito que, juridicamente, autoriza a edição dessa norma. Se há um ilícito, é porque houvera relação jurídica, cujo dever, que a integra, fora desrespeitado. E se há uma relação jurídica, só pode ser – diz o dualismo – porque **já houve incidência da norma jurídica**. Então, segundo os pressupostos pontianos, que o dualismo mantém, se já há proibição violada, a autorizar a edição da “norma individual e concreta” que aplica a sanção, já existe relação jurídica; logo, ocorre incidência mesmo sem comprovação documental, há fato jurídico sem linguagem competente, há proibição sem “norma individual e concreta”. Enxergando o mesmo por outro ângulo: se há obrigação ao agente de trânsito de editar a “norma individual e concreta” ao verificar o “evento” ilícito, é porque já há um dever prévio, a ele acometido, e que se concretiza, precisamente, diante do ilícito, que documentará na multa, mas que é, a ela, prévio. E, se já há esse dever de multar, já há relação jurídica. E se já existe relação jurídica, é porque já ocorreu incidência. Mas o dualismo sustenta que esse dever, do agente, não é jurídico, apenas moral, ético, religioso. Se ele descumprir o dever, pode ser sancionado pelo estado de acordo com as prescrições jurídicas aplicáveis – mas isso, para o dualismo, é insuficiente para reconhecer esse dever como jurídico. Continua somente ético, moral, religioso.

O fato de o sujeito estar estacionado em local proibido tanto tem consequências jurídicas que, a partir desse fato “estacionar”, deve ser aplicada uma sanção. Se o local não fosse proibido, se não houvesse norma a qualificá-lo como tal, não poderia ser aplicada qualquer sanção. Mas, estando proibido, deve ser a sanção. E porque deve ser a sanção? Porque o fato é jurídico; não fosse jurídico, a sanção jurídica não poderia ser. **Jurídico, e não meramente social:** fato social é tanto estacionar onde é proibido

quanto estacionar onde não há qualquer norma. Qual a diferença ? Jurídica: onde há proibição por lei, estamos diante de uma ilicitude jurídica. É a proibição que torna o fato ilícito, não a eventual multa, que pode nem ocorrer. Erra a doutrina ao dizer que quem juridiciza o fato é o ser humano. Ao contrário: é porque o fato já é jurídico em razão das normas abstratas e gerais, que o ser humano competente pode aplicar alguma sanção – sanção esta cujo documento veiculador pode ser chamado, sem inconveniente, de “linguagem competente”.

Se o infrator não sair do local proibido onde estacionou, pelo fato de não ter saído, deve ser multado. Acreditando-se na relação entre causa e efeito jurídico, de PONTES e VILANOVA, adotada pelo dualismo, dir-se-á que a multa virá como efeito de uma causa: o fato de o sujeito ter permanecido no local proibido, um ilícito jurídico, a autorizar uma sanção jurídica. Não é a multa que cria o ilícito: é o ilícito que cria a possibilidade da multa, e dela é pressuposto. Se o ilícito não fosse jurídico, apenas moral, ético ou religioso, não caberia a multa jurídica, apenas uma penitência religiosa, uma censura social, ou um arrependimento interno. É porque ocorreu o ilícito que deve ser a multa. Portanto, antes da multa, antes da “linguagem competente” do burocrata, o ilícito jurídico já ocorrera, e, precisamente porque ocorrera, é que esse agente deve multar. Se já há ilícito, a impor a aplicação de penalidade, um ilícito criado pela norma jurídica, é porque já há incidência. **A “linguagem competente” só deve vir porque houve a incidência criando o dever de emití-la;** na falta da incidência, essa linguagem é que será ilícita, e poderá ser anulada. Logo, quando se sustenta que só há efeito jurídico quando há incidência, então não é a “linguagem competente” que causa a incidência, mas, inversamente, é a incidência que “causa” a possibilidade de linguagem competente. Essa linguagem é “fato jurídico” para os dualistas e, portanto, algo já no mundo jurídico, que só pode ter sido causado por uma incidência prévia. É a incidência que causa a obrigação – ou a permissão, ou a proibição – de que seja posta a “linguagem competente”. É porque há norma jurídica, e fato a ela correspondente, que a “linguagem competente” pode surgir, e não o contrário.

Toda essa inconsistência fica clara na tentativa de explicação do lançamento por homologação<sup>899</sup>. Nesses casos, o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento

---

<sup>899</sup> Cf. ADRIANO SOARES DA COSTA, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 97-118; *Teoria...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 124-140.

do tributo, como prescreve o Código Tributário Nacional, em seu artigo 150, *caput*: “O lançamento por homologação... ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa...”. O sujeito passivo, então, ocorrido o fato gerador, fato jurídico tributário em sentido estrito, tem o dever de antecipar o pagamento. Já está obrigado, e o sujeito ativo já tem crédito: “O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento” (CTN, art. 150, § 1.º). Já há fato jurídico, incidência e relação jurídica; não houvesse, não existiria o “dever”, aquele que paga não estaria a isso “obrigado”. Mas está, deve cumprir a obrigação jurídica, já pré-existente. Para o dualismo, porém, é o ato de declarar e pagar que faz surgir a obrigação para o sujeito passivo. A doutrina – que deveria, segundo seus próprios propósitos, apenas descrever essa realidade normativa – constrói suas proposições desvinculando-se do direito positivo. **Refugia-se no plano noológico de suas propostas teóricas, que entende oponíveis à realidade concreta, numa inversão do empirismo científico.** Sustenta que, antes do pagamento antecipado, não haveria obrigação alguma, pela falta de “norma individual e concreta”. Contra o direito positivo. O sujeito não está juridicamente obrigado a realizar o pagamento antecipado; ao realizá-lo é que, finalmente, sua obrigação de pagar surgiu; mas, aí, não precisa cumprir essa obrigação, porque já fez o pagamento, e a obrigação já nasceu extinta...

De fato, o sujeito tem a obrigação de antecipar o pagamento. Essa obrigação é jurídica, criada pela lei tributária. Ele tem o “dever de antecipar o pagamento”, está a isso “obrigado”, prescreve o CTN. Normalmente, ao cumprir esse dever, é obrigado a fazer, também, alguma declaração, preencher algum documento, obter recibo. No dualismo, porém, essa sua obrigação, de antecipar o pagamento, só surge no momento em que... o pagamento foi antecipado (!): “...o contribuinte antecipa-se aos procedimentos administrativos e cumpre sua obrigação tributária, nascida, sim com a incidência normativa... mas com a incidência normativa que ele mesmo promoveu”<sup>900</sup>. A obrigação de antecipar o pagamento não existe até que o sujeito passivo antecipe o pagamento. Mas qual a razão que impele o sujeito passivo a antecipar o pagamento ? Sua

---

<sup>900</sup> JULIANA BORGES, *Reincidência...*, *op. cit.*, p. 38.

consciência ética de que é importante pagar tributos ? Sua consciência social da relevância do dinheiro público para o Estado Democrático de Direito ? Uma eventual obrigação religiosa de pagar tributos ? Até pode ser; mas, sendo assim, de nada serve o direito, que faleceria, tornando-se totalmente inefetivo<sup>901</sup>. O que impele o sujeito passivo a antecipar o pagamento é, fundamentalmente, o fato de ele estar juridicamente obrigado a isso. É porque está juridicamente obrigado que ele deve fazer a declaração e pagar. Não é porque ele faz a declaração que, ao fazê-la, passa a estar juridicamente obrigado a fazê-la. Ao contrário: **é porque está juridicamente obrigado que deve fazer a declaração**. E, ao fazê-la, sua obrigação cessa. O pagamento, prescreve o CTN, extingue o crédito tributário, relação jurídica a ele prévia. Tanto existe essa obrigação jurídica que, em sua ausência, haverá sanção. Mas, se está juridicamente obrigado, é porque, pontianamente, está numa relação jurídica; e, se está numa relação jurídica, é porque, também pontianamente, há incidência normativa. É porque norma incidiu, antes da declaração e do pagamento feitos pelo sujeito passivo, obrigando-o a fazê-los. Ele está “obrigado”, tem o “dever”, prescreve o direito positivo, em preceitos que falseiam a tese do dualismo entre fato e evento. Sem essa incidência, e sem o surgimento da obrigação jurídica de declarar e pagar, ficar-se-ia a depender da consciência ética ou social do sujeito passivo, e o direito perderia toda sua praticidade. Seria, como fica claro, o fim do direito.

Ao emitir suas declarações, o sujeito passivo deverá seguir os comandos legais; relatar em linguagem competente é cumprir os deveres legais. O contribuinte está obrigado a formalizar o crédito tributário<sup>902</sup>. Dizer “dever seguir os comandos da lei” equivale a falar “dever cumprir uma obrigação jurídica”. Se há esse dever, admitindo-se a causalidade pontiana, é porque há fato jurídico. A conclusão é decorrência inevitável da doutrina pontiana – adotada, nesse ponto, pelo dualismo: se só há dever quando houver incidência, e se só há incidência se houver fato jurídico, fato jurídico e dever existem antes da linguagem competente, antes da “norma individual e concreta”. Já houve fato jurídico e já há a obrigação, de declarar ou pagar. A considerar-se que

---

<sup>901</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 22-25.

<sup>902</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 468-470; Obrigação tributária: definições, acepções, estrutura interna e limites conceptuais, *Revista Interesse Público*, ano 10, n. 49, p. 226-227; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição...*, *op. cit.*, p. 121.



dever jurídico só surge com a incidência, então incidência já houve, antes da linguagem competente. **A inversão de raciocínio, e de tempos lógicos e cronológicos, que essa teoria envolve, ficam patentes.**

Quando o dualismo sustenta que as declarações são entregues em cumprimento aos deveres estabelecidos em lei, fatalmente reconhece que as normas abstratas e gerais, prescribentes dos “deveres instrumentais”, **são suficientes para alterar as condutas dos sujeitos passivos.** Realmente: se não fossem, eles poderiam descumprir os “deveres” e não editar a “linguagem competente”. Mas eles as cumprem, e editam tais linguagens, sob pena de sanção. Quando se verifica isso, empiricamente, cai a premissa do dualismo, segundo a qual a norma abstrata é insuficiente para motivar conduta. A própria construção do dualismo, ao sustentar o dever de declarar e pagar, nega sua premissa. E, ainda: se esses “deveres” surgiram, e devem ser cumpridos, só pode ser porque uma norma prescreve nesse sentido, essa norma incidiu, houve fato jurídico, sem linguagem competente, e daí surgiu o “dever instrumental” a ser cumprido, de editar essa linguagem. A não ser que se contorne essa aporia dizendo-se que esse “dever instrumental” surge sem incidência, e sem relação jurídica, o que fulmina os próprios pressupostos pontianos do dualismo.

Dizer que essas relações jurídicas – obrigações, como a obrigação tributária – não existiam, juridicamente, e que só passaram a existir quando foram cumpridas, é inverter o fenômeno da incidência do direito, sem rigorosamente nenhum ganho para a ciência jurídica. Ao contrário, provocam confusão conceitual extremamente danosa. Incrementam a babel terminológica. Por isso, além de incorreta, e de descansar em bases arbitrárias e empiricamente incomprovadas, é, também, uma teoria pragmaticamente inadequada. **Provoca desacertos e desencontros, ao invés de impingir progresso à ciência do direito,** como seria de se esperar. O dualismo fato-evento, “...desnecessário e impreciso...”, nesse sentido, “...se insinua como elemento perturbador da teoria jurídica”, e “...em nada contribui para o desenvolvimento dos estudos jurídicos. *É mais um dualismo desafortunado que nada explica, a pretexto de tudo explicar*”, na sincera e desapaixonada avaliação de mestre SOUTO<sup>903</sup>. Não merece, por seus próprios méritos, a surpreendente acolhida que lhe é dada.

---

<sup>903</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 33-35.

Além de que a experiência jurídica o contradiz, **o dualismo entre fato e evento também está na contramão da evolução da filosofia da linguagem.** Explica KARL-OTTO APEL: “...a prioridade do interesse epistemológico ao longo do desenvolvimento da filosofia lingüístico-analítica foi transposta sucessivamente da sintaxe para a semântica, e a seguir para a pragmática”<sup>904</sup>. Na doutrina tributarista, porém, essa evolução não se manifesta – revela-o a carência de produção literária que integre o plano pragmático. No *Tractatus logico-philosophicus*, WITTGENSTEIN assume a identidade de estrutura lógica entre o mundo empírico e as construções linguísticas, como explicativa da possibilidade de que a linguagem fale do mundo. Porém, isso implica que já não mais se possa falar a respeito dessa estrutura linguística. Para fazê-lo, é preciso valer-se da estrutura sobre a qual se quer falar, numa argumentação logicamente circular. Daí o paradoxo: um tratado sobre a linguagem é incompetente para falar da própria linguagem, porque, para isso, precisa pressupor a linguagem: deve, então, calar-se. BERTRAND RUSSELL, na introdução à edição inglesa do *Tractatus*, propõe a distinção entre linguagem e metalinguagem, como forma de superação dessa aporia, com a contraindicação da potencial regressão ao infinito. Com isso, devolve a semântica à sintaxe das relações entre entidades linguísticas, levando ALFRED TARSKI a tentar reabilitar a semântica, e permitir, à linguagem, falar de entidades extralinguísticas. A ciência do direito, enquanto metalinguagem que se volta para a linguagem do direito positivo, em função descritiva, permanece no plano sintático das relações entre entidades linguísticas; para superá-lo, em direção ao plano semântico, é preciso pressupor a linguagem do direito positivo como “...objetos ou estados de coisas extralingüísticos que são representados por meio de signos”, adaptando-se a explicação apeliana da semântica: objetos que estão fora da metalinguagem descritiva, que sobre eles se volta<sup>905</sup>. Ou, na referência a fatos extralinguísticos: é o que ocorre, por exemplo, quando o jurista fala dos fatos sociais, das provas, das qualidades dos sujeitos no processo *etc.* Mas, quando se insere o dualismo entre fato e evento no discurso doutrinário, separando o lingüístico do extralingüístico, e expulsando o último do campo jurídico, demanda-se um retorno à sintaxe pura. Tratar a linguagem como

<sup>904</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 204.

<sup>905</sup> *Ibidem*, p. 202-203. Sobre todo esse ponto, cf. o estudo *O desdobramento da filosofia “analítica da linguagem” e o problema das “ciências do espírito”*, no mesmo volume, às p. 33-110.

autorreferencial, excluindo da realidade tudo aquilo que não é contado em palavras, longe de atender aos reclamos da virada linguístico-pragmática da filosofia contemporânea, é caminhar na contramão da história: quando, em outros campos, avança-se em direção à pragmática, integrando-a aos demais planos de estudo da linguagem, no direito tributário regride-se à sintática pura.

#### 4.3.4 A “norma individual e concreta” produzida pelo sujeito passivo como argumento *ad hoc*

*“O caso mais freqüente é o da imunização da teoria conclusivamente falseada, mediante o recurso a uma argumentação *ad hoc*”<sup>906</sup>*

O dualismo entre fato e evento imuniza-se contra a crítica ao sustentar a viabilidade de todo e qualquer sistema de referência, inclusive o seu, de forma incontestável com a experiência. Com isso, despede-se do debate científico. Mas esse não é o único argumento *ad hoc* que imuniza a teoria à crítica, contornando, ilegitimamente, o experimento falseador. **A atribuição do caráter de “norma individual e concreta” ao recibo de pagamento é outro argumento *ad hoc*.** Não se levou em conta o JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES do *Obrigação tributária* e do *Ciência feliz*, que tanto explicou a respeito da ilegitimidade científica do recurso à hipótese *ad hoc*. Em vez de refutá-lo, preferiu-se ignorá-lo.

No dualismo, a “norma individual e concreta”, que constituiria o fato jurídico tributário em linguagem competente, é o lançamento tributário<sup>907</sup>. Mas, nos casos em que não há ato administrativo necessário para o pagamento do tributo, porque há a obrigação de antecipar o pagamento, não há ato administrativo, inexistindo a “norma individual e concreta”. Isso **mina a pretensão de universalidade do dualismo entre fato e evento**: é um caso, empiricamente verificável, em que a obrigatoriedade do pagamento do tributo surge, única e exclusivamente, em função da norma tributária abstrata e geral e do “evento” a ela subsumido. É cumprindo essa norma que o sujeito

<sup>906</sup> *Ciência...*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>907</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 432; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição...*, *op. cit.*, p. 58.

passivo antecipa o pagamento. Fica, também, falseada a premissa segundo a qual as normas abstratas e gerais são insuficientes para motivar condutas: aqui, a norma abstrata e geral motiva a conduta de pagar, e o pagamento é a conformação da conduta à norma que a impõe<sup>908</sup>.

**Para salvar a teoria, o dualismo vale-se de um argumento *ad hoc*:** equipara o documento produzido pelo sujeito passivo, quando do pagamento, a uma “norma jurídica individual e concreta”. Nos casos em que, no lugar do lançamento, é feita a antecipação do pagamento pelo sujeito passivo, o recibo – ou a declaração, ou a nota fiscal, ou a guia de recolhimento que acompanham o pagamento – funciona como “linguagem competente”, e é tido como uma “norma jurídica individual e concreta”<sup>909</sup>. Trata-se de expediente *ad hoc* para salvar a teoria dualista do falseamento.

O documento é produzido, pelo sujeito passivo, diante de obrigação jurídica prévia, sem linguagem competente e sem “norma individual e concreta”. O documento virá depois, e, com ele, a obrigação deverá ser considerada cumprida. Mas, para além disso, nenhuma norma jurídica haverá, mesmo com o cumprimento. **Que norma jurídica surge aí ? Nenhuma.** Essa singela verificação seria suficiente para falsear a doutrina do dualismo entre fato e evento, segundo a qual, sempre e sempre, em qualquer espaço e tempo, invariavelmente, há necessidade de “norma individual e concreta” para a existência de direitos e deveres. No caso do pagamento antecipado, não há. Mas argumentos *ad hoc* para salvar teses do falseamento não é algo novo entre os tributaristas, como na tese da patrimonialidade universal das obrigações. Agora, também é feito com a tese da necessidade universal de “norma individual e concreta”: nos casos em que essa norma não existe, o documento, produzido pelo sujeito passivo, é, arbitrariamente, convertido em uma “norma individual e concreta”.

Norma, diz a doutrina, é aquilo que prescreve uma conduta: o discurso normativo é um discurso prescritivo de condutas. **Que conduta o documento produzido pelo sujeito passivo prescreve ? Nenhuma.** O sujeito passivo não prescreve, a si próprio,

<sup>908</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 433-434; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 372-374. O subitem VI do Capítulo III do Título III dessa obra, a propósito, é intitulado “*A simples observância do direito no lançamento por homologação*” – cf. *ibidem*, respectivamente, p. 456-460 e 389-393.

<sup>909</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 471; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Decadência e prescrição...**, *op. cit.*, p. 122.

a obrigação de pagar tributos. O documento que emite não é norma, porque não contém nenhum imperativo, nenhum comando. Mas, sem qualquer explicação que contorne essa ausência de imperativo coercitivo, o documento é, arbitrariamente, convertido em uma “norma jurídica individual e concreta”, para salvar a doutrina do falseamento. Como o fato de qualificar o documento produzido pelo sujeito passivo como norma não objetiva outra coisa senão confirmar a teoria, é genuinamente um argumento *ad hoc*: adaptando-se SOUTO, “...sua finalidade se esgota nesse desiderato”<sup>910</sup>.

**Chamar o documento produzido pelo sujeito passivo de norma jurídica subverte a teoria geral do direito e o direito tributário.** No plano da teoria geral do direito, não se pode dizer que o documento produzido pelo sujeito passivo seja uma norma jurídica. Não o é, porque não impõe nenhuma obrigação, porque não traz nenhum imperativo, nem nenhum comando. Por outro lado, seria uma norma que não poderia ser descumprida, porque é emitida, justamente, quando do cumprimento do dever de produzi-lo. Se é uma norma que não pode ser descumprida, é uma norma supérflua, sem juridicidade. A norma “é obrigatório respirar” não tem sentido deôntico, porque não pode ser violada. Além disso, é uma norma desprovida de qualquer sanção, porque não impõe nenhuma obrigação, já que a norma surge quando a obrigação precedente – meramente moral, ética ou religiosa, na pretensão doutrinária – é adimplida. No plano do direito tributário, não se pode dizer que o documento produzido pelo sujeito passivo seja a “norma individual e concreta”, que criaria o dever de pagar o tributo. Porque, se fosse, seria norma produzida pelo sujeito passivo que obrigaria a si próprio. Algo como um contrato de direito privado. Mas o dever jurídico de pagar tributos, assim como o de declarar, não surge da manifestação de vontade do sujeito passivo, e sim da lei, ou da “legislação tributária”, conjugada à ocorrência do fato – “evento” – nela previsto (CF, art. 150, I; CTN, art. 3.º, art. 113, §§ 1.º e 2.º, art. 114 e art. 115). Ter-se-ia uma norma jurídica que nada obriga, uma norma jurídica que surge quando a obrigação nela prevista é extinta, uma norma jurídica que não admite descumprimento, e uma norma na qual uma sanção é incabível. O recibo de pagamento, claramente, não é norma jurídica. A “norma individual e concreta” só é norma num

---

<sup>910</sup> Em socorro da obrigação tributária, in HELENO TÔRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 71; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 405.

conceito de norma totalmente novo, e sem nenhuma das qualidades comumente atribuídas à normatividade: cogência, coercibilidade, sanção, vontade... Para tanto, uma nova teoria da norma jurídica deveria ser produzida e sustentada com possibilidade de adquirir validade na comunidade comunicativa do direito, mas isso sequer é esboçado. Sem fundamento nem proveito algum, chamar o documento produzido pelo sujeito passivo de “norma jurídica individual e concreta” é criar uma hipótese *ad hoc* para salvar a teoria – o que, recorde-se SOUTO, é recurso epistemologicamente ilegítimo. O fato de que, no direito tributário, praticamente tudo deve ser documentado, é o que viabiliza a construção desse argumento *ad hoc*. Fora do tributário, o argumento fica inviável.

Mesmo nos casos em que o cumprimento da obrigação é documentado, a teoria falha, mas pretende salvar-se, mediante o recurso a um argumento *ad hoc*. Acaso fosse procedente, seria apenas para esses casos em que há documentação. Como não explica os casos em que não há documentação, em que não há a “linguagem competente”, explicando – embora deficientemente – apenas os casos em que há a tal linguagem, perderia, na seleção darwiniana de teorias científicas, para uma teoria unificadora. A teoria da incidência pontiana, do fato jurídico, é superior à teoria do dualismo entre fato e evento, porque tem um conteúdo de explicação mais abrangente. Ainda que fosse verdadeiro esse dualismo, no que se refere aos cumprimentos documentados de obrigações, sua substituição pela teoria unificadora impor-se-ia, a aceitar-se o argumento soutiano: uma teoria unificadora é sempre superior às teorias unificadas, pois seu campo de explicação é mais abrangente<sup>911</sup>. No caso, é o contrário o que se procurou fazer: procurou-se substituir uma teoria unificadora, por uma teoria dualista. **Até por essa via o dualismo é improcedente.**

Uma ressalva necessária: há tempos, o Superior Tribunal de Justiça entende que a entrega, pelo sujeito passivo, de declarações, como cumprimento de obrigações acessórias, constitui crédito tributário, sem necessidade de outra providência por parte da fiscalização tributária. O mesmo ocorre com os pedidos de parcelamento, nos quais os débitos são informados, mas não se aplica aos valores remanescentes de negativas de

---

<sup>911</sup> Cf. *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 121; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 111.

compensação<sup>912</sup>. Recentemente, porém, houve caso em que determinado julgamento baseou-se no dualismo entre fato e evento e, em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça considerou que “...a exegese adotada pelo acórdão impugnado encontra-se albergada por abalizada doutrina...”, e esse argumento integrou as razões da decisão pela manutenção do acórdão *a quo*<sup>913</sup>. Nesse panorama, impõe-se ao tributarista que conheça profundamente o dualismo, dominando suas estruturas teóricas e suas consequências práticas, tendo desenvoltura para lidar com ele. Mesmo que dele discorde, não o pode ignorar. É realidade presente no direito tributário brasileiro. É, portanto, parte relevante da complexidade de seu objeto de estudo e de seu campo de trabalho. Seu desconhecimento impede entrar no jogo argumentativo da comunidade jurídico-tributária, e seu domínio é requisito, hoje, necessário, para a boa desenvoltura, tanto acadêmica, quanto processual, no direito tributário.

#### 4.3.5 O excesso de formalismo, a babel terminológica e sua crítica

*“A clareza de uma teoria é um valor estético, nada desprezível, ao contrário do que geralmente se supõe”<sup>914</sup>*

Outra premissa que sustenta o dualismo é a de que o direito se reduz a um sistema de normas. Apenas admitindo-a é possível aceitar o dualismo. É preciso essa premissa para a conclusão pela necessidade de revestimento em linguagem competente<sup>915</sup>. O artifício metodológico para a compreensão do direito converte-se em uma afirmação ontológica. Uma audiência no fórum, uma sustentação oral num tribunal, uma petição em autos de um processo, um voto vencido em um julgamento, nada disso faz parte do mundo do direito, para o dualismo, pois nada disso é norma. Aparece aí o

<sup>912</sup> “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco” (Súmula n. 436, do STJ). Cf., também, REsp 576661/RS, 1.º Seção, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, publ. 16/10/2006; AgRg no REsp 1126548 / RS, 1.º Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, publ. 14/12/2010; REsp 1125710 / SP, 2.º Turma, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, publ. 17/08/2010; REsp 1187995 / DF, 2.º Turma, Rel. Ministra ELIANA CALMON, publ. 18/06/2010, todos disponíveis em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>913</sup> REsp 944744 / SC, 1.º Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, publ. 02/12/2010 – disponível em [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13088719&sReg=200700925971&sData=20101203&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13088719&sReg=200700925971&sData=20101203&sTipo=91&formato=PDF), acesso em 25/06/2011.

<sup>914</sup> O princípio..., *op. cit.*, p. 246.

<sup>915</sup> Cf. EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, Planejamento..., *op. cit.*, p. 237.

caráter extremamente formalista dessa teoria. Se a redução do direito à norma foi, de início, um mero artifício metodológico de redução de complexidades, o dualismo toma essa redução como um dado ontológico, de modo que não será direito o que não estiver descrito em norma concreta, em linguagem competente. O subterfúgio metodológico de redução de complexidades para estudo do fenômeno jurídico complexo converte-se em pressuposto ontológico para a constituição de realidades jurídicas<sup>916</sup>. Transforma-se, o que é método, em parâmetro para determinação do real. O dualismo é tão formalista que até o cumprimento de uma norma jurídica é algo juridicamente irrelevante. Cumprir a lei deixa de ser algo relevante para o direito. É por isso que o documento emitido no momento em que a lei é cumprida precisa ser equiparado a uma “norma individual e concreta”: porque, se não o fosse, também ele não seria jurídico, porque só normas formam a realidade do direito.

Usa-se, como exemplo, o nascimento de uma criança: nascida, mas ainda não registrada, nada existe para o direito. O nascimento, por si só, não é um fato jurídico, não cria direitos nem deveres. Para a ordem jurídica, não existe esse “centro de imputação de direitos e deveres” que é a criança nascida<sup>917</sup>. **Nota-se um fundo ideológico elitista:** o sujeito que nasce, e não é registrado, não é sujeito de direitos, não adquiriu ainda a dignidade jurídica. Depende do cartório para tornar-se um sujeito de direitos apto a receber tutela estatal. Só os untados pela certidão cartorária é que terão dignidade suficiente para ter direitos. Uma doutrina que outorga o *status* de sujeito de direito apenas àquele que teve a bem-aventurança de ser registrado em cartório. Admitindo-se que só há fato jurídico quando juridicamente comprovado, somente com a prova, a certidão de nascimento, a criança passaria a existir enquanto sujeito de direitos. Porém, não há aí nenhuma norma jurídica. Cairia por terra o dualismo; haveria um caso de fato jurídico sem norma jurídica concreta. Mas, para salvar o argumento, recorre-se à hipótese *ad hoc* segundo a qual a certidão de nascimento é norma jurídica. Não há norma jurídica alguma; há uma certidão de nascimento. Mas ela tem que ser, em um

<sup>916</sup> Cf. CRISTIANO CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 187; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição...*, p. 58.

<sup>917</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 391; FABIANA DEL PADRE TOMÉ, Inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito: sigilo bancário e conflito de leis no tempo, in ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 264; CHRISTIANE MENDONÇA, *A não-cumulatividade do ICMS*, p. 22.



argumento *ad hoc*, equiparada a uma norma, que cria direitos e deveres, direitos e deveres esses que não existiam antes: tudo para salvar a teoria.

A consequência, inaceitável, desumana e antijurídica, que surge é a seguinte: **antes da certidão, a criança não tinha direito à integridade física, nem à liberdade, nem à vida, nem à dignidade, e ninguém tinha o dever de respeitá-los.** Não havia ainda fato jurídico, incidência do direito, relação jurídica, direitos, deveres... O nascimento com vida, por si só, não é fato jurídico, e não gera dever jurídico nem direito subjetivo. Precisa-se da certidão. Conclusão: pode-se matar a criança, torturá-la, abusá-la sexualmente, jogá-la pela janela, porque ela não tem nenhum direito, e ninguém tem dever algum em face dela. Toda a realidade não transcrita na linguagem juridicamente competente, em “norma individual e concreta”, não terá reconhecimento jurídico. A criança, sem a certidão, não é reconhecida pelo direito. Em termos jurídicos, é um nada. Não faz jus a qualquer proteção estatal ou jurídica. Salvo se registrada: a certidão de nascimento é a hóstia de salvação da criança; sem esse pedaço de papel, o inferno. A proteção à integridade física, social e psicológica da criança é devolvida à moral e à religião. Num mundo complexo, com diversidade cultural, moral e religiosa, o direito cumpre a relevante função de direção de condutas e de realização de valores em sentidos comuns, que, conquanto possam ser convergentes, independem da moral ou do sentimento religioso individual, atuando, inclusive, contra eles. O dualismo entre fato e evento, porém, anula essa função jurídica, devolvendo a proteção individual e social às religiões e às morais, reduzindo drasticamente o direito, a ponto de equipará-lo a quase nada.

Também nesse exemplo se percebe como **o dualismo pretende impor-se, mesmo contra lei expressa.** Diz o Código Civil brasileiro, nos seus artigos 1.º e 2.º: “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”; “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Mas, no dualismo entre fato e evento, o direito positivo e a pessoa humana não têm relevância jurídica; importante é a certidão. Essa situação de fato, para o dualismo, é inexpressiva juridicamente, como o são as circunstâncias materiais. O artigo 116, I, do Código Tributário Nacional, também é negado: “*Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I*

- *tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*". O dualismo, expressamente, sustenta que o direito positivo, ao prever que, do "fato", surjam os efeitos, está errado, e certa está a teoria<sup>918</sup>. Assim, errada está a prova empírica, o direito positivo, e não a teoria que o deveria descrever. Essa teoria permanece isolada, no mundo supraempírico da verdade absoluta e incontrastável. Longe de evitar a presença do pensamento metafísico, o dualismo sustenta-se, ele próprio, em uma série de suposições metafísicas.

Essa excessiva formalização, sob o pretexto de criar uma linguagem coerente, rigorosa e unívoca, trouxe uma torre de babel. E, em vez de resolvê-lo, **o dualismo exacerbou o problema da babel terminológica**. Conceitos fundamentais do dualismo são tratados de forma confusa. Isso ocorre, por exemplo, com os conceitos de fato jurídico e de evento, sobre os quais essa doutrina é fundada. O fato jurídico, em alguns textos, é tratado como o relato em linguagem competente; em outros, o fato jurídico é aquele evento que pode ser relatado em linguagem competente; em outros, ainda, o fato jurídico é o próprio evento realizado. Em alguns textos, o fato jurídico é a prova; em outros, é o antecedente da "norma individual e concreta"<sup>919</sup>. O evento, por sua vez, é algumas vezes tido por desnecessário para a incidência, que pode haver independentemente de sua ocorrência, inclusive em não havendo evento algum. Em outros pontos, porém, a incidência requer a realização do evento, e sua transcrição em linguagem. E, em outros, a versão do evento, em linguagem competente, é decorrência daquele acontecimento. Por fim, há escritos nos quais os eventos previstos pelas normas abstratas e gerais são o que causam o surgimento de obrigações. Portanto, algumas vezes demanda-se uma relação semântica entre a descrição linguística e o objeto descrito; outras vezes, ao contrário, isso é desnecessário, ou impossível, devendo haver apenas uma

---

<sup>918</sup> Cf. PAULO CESAR CONRADO, *Processualidade e extinção da obrigação tributária*, in **Processo tributário analítico**, p. 43.

<sup>919</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 268, 129 e 340; TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, **Fontes do direito tributário**, p. 135; FABIANA DEL PADRE TOMÉ, **A prova...**, *op. cit.*, p. 79-80; RODRIGO DALLA PRIA, *O direito ao processo*, in PAULO CESAR CONRADO (coord.), **Processo...**, *op. cit.*, p. 13; *O processo de positivação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuinte e Fisco*, in *ibidem*, p. 53; MARCIO PESTANA, **A prova no processo administrativo tributário**, p. 81 e 82.

relação sintática entre a descrição e ela mesma, em autorreferência linguística<sup>920</sup>. Percebe-se que o discurso do dualismo ainda precisa ser melhor elaborado, depurado de algumas inconsistências e incoerências. Esse acerto, porém, não será capaz de contornar os problemas com a premissa segundo a qual normas abstratas jamais serão suficientes para motivar condutas, e com o sistema de referência, segundo o qual um dever estatuído por uma lei não é um dever jurídico.

A redução do direito ao universo das normas, dos documentos, dos papéis, dos comprovantes, das cópias autenticadas e das assinaturas com firma reconhecida impede que se compreenda que o direito tem uma atuação diária, cotidiana, ingrediente importante, senão determinante, para uma vida comum em harmonia mínima. Se, para funcionar, o direito sempre precisasse ser aplicado pelo órgão competente, mediante a extração de uma linguagem competente, possivelmente viver-se-ia no caos. Mas, não é assim. Obrigações e proibições surgem a todo momento, muitas são cumpridas, outras não. Normas incidem sem parar, criando efeitos jurídicos concretos, algo que uma análise meramente sintática do direito terá dificuldades em compreender. A evolução do direito tributário passa, necessariamente, pela superação dessa concepção e da racionalidade meramente instrumental que a preside, e pela renúncia a esses métodos redutores que, em vez de permitirem o conhecimento do objeto complexo, mutilam o objeto e examinam apenas uma parcela mínima, inviabilizando a compreensão dos amplos problemas aos quais os cientistas do direito precisam dar resposta.

**A doutrina tributarista andava melhor antes do dualismo entre fato e evento.** Embora as deficiências de seu suporte epistemológico, e os problemas graves que então já acarretava, a doutrina anterior ao dualismo tinha o mérito de ser um projeto fundado numa concepção filosófica bem definida, de LOURIVAL VILANOVA, levada, com notável coerência, às últimas consequências. O dualismo, que se enraíza num amálgama, resultado da compreensão equivocada e da somatória de concepções e sistemas filosóficos diferentes e até conflitantes – fenomenologia, kelsenismo, neopositi-

---

<sup>920</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 393; *Obrigações...*, *op. cit.*, p. 229-230 e 224; “Guerra fiscal” e o princípio da não-cumulatividade no ICMS, in ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 665; EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, *Decadência e prescrição...*, *op. cit.*, p. 114; FABIANA DEL PADRE TOMÉ, *A prova...*, *op. cit.*, p. 29-31, 171-172; RODRIGO DALLA PRIA, O direito ao processo, in PAULO CESAR CONRADO (coord.), *Processo tributário analítico*, p. 14; CRISTIANO CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 186; MARCIO PESTANA, *A prova...*, *op. cit.*, p. 82, 83.

vismo, hermenêutica filosófica, “verdade por consenso”, “verdade por correspondência”, giro linguístico – representa, também nesse sentido, um retrocesso. Sua não recepção coerente pela prática judiciária é indício de sua inviabilidade; sua recepção acrítica por grande parcela dos estudiosos é prova da prescritividade que, no plano pragmático, assumem as proposições descritivas.

#### 4.3.6 A inadequação pragmática do dualismo

*“O direito do setor público da economia deve ser desvinculado de especulações abstratas que resultem em teoria inútil; de pseudoproblemas que só entravam a evolução do direito e contribuem para o seu desprestígio no quadro das ciências sociais.”<sup>921</sup>*

Tradicionalmente, entende-se que a aplicação do direito corresponde à criação do direito, de modo que aplicar o direito é criar uma norma jurídica. Contudo, agir de acordo com o prescrito no direito nem sempre implica criar uma norma jurídica. O sujeito, ao agir de acordo com o prescrito em norma jurídica, cumpre-a; ao agir em desacordo, descumpre-a; mas, apenas acidentalmente há aplicação – não necessariamente, portanto. Só haverá aplicação quando, da conduta do agente, em cumprimento à norma jurídica, resulte outra norma<sup>922</sup>. Quem desejar manter o dualismo, a despeito de suas aporias e inconsistências, deverá **abdicar de uma série de categorias da teoria geral do direito**. Dentre elas, a eficácia técnica, na forma como exposta por PAULO DE BARROS CARVALHO: “...a condição que a regra de direito ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano do real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos de ordem material que impediam tal propagação”<sup>923</sup>. Se for aceito o dualismo entre fato e evento, nenhuma norma terá essa eficácia, uma vez que nenhuma norma, nessa teoria, tem a condição de irradiar efeitos jurídicos quando ocorrem acontecimentos no plano real-social. Ensina, ainda, o mesmo autor: “Diremos ausente a eficácia técnica de u’a nor-

<sup>921</sup> Prefácio à 1.º edição, in **Isenções...**, *op. cit.*, p. 11; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 3; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 9.

<sup>922</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 8; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 42-43.

<sup>923</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 83.

ma.... quando o preceito normativo não puder juridicizar o evento... [sic]”<sup>924</sup>. O preceito, porém, nunca pode: quem juridiciza, no dualismo, é o ser humano, que emite a “linguagem competente” e edita a “norma individual e concreta”. Toda e qualquer norma, no dualismo, careceria de eficácia técnica. Ou, noutra direção, toda e qualquer norma teria eficácia técnica: basta que alguém emita a “linguagem competente”. A categoria da eficácia técnica, então, deixa de fazer sentido: não depende da norma, nem do sistema, mas da aplicação, equiparada à incidência, sujeita ao arbítrio da “linguagem competente”. Com a “vigência” dá-se fenômeno semelhante. A vigência é definida, pelo mesmo autor, como uma “...propriedade das regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fático, os eventos que elas descrevem”; ou da norma que tem “...a força que lhe é própria para alterar, diretamente, a conduta dos seres humanos, no contexto social”<sup>925</sup>. Então, no dualismo entre fato e evento, nenhuma norma terá vigência, porque nenhuma está pronta para propagar efeitos tão logo aconteçam os eventos. Nenhuma altera diretamente a conduta dos seres humanos. Restam apenas normas não vigentes, aquelas que, “A despeito de ocorrerem os fatos previstos em sua hipótese, não se desencadeiam as conseqüências estipuladas no mandamento”<sup>926</sup>. O mesmo ocorre com a “eficácia social”. Dizendo ela respeito, ainda com o mesmo professor, “...aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada”, sendo “...eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador...”, nenhuma norma a terá<sup>927</sup>. Porque nenhuma norma, no dualismo, conduz a conduta humana a uma ou outra direção. Para o dualismo, não se caminha do mundo do dever-ser ao mundo do ser. Ninguém, no mundo do ser, observa ou cumpre concretamente qualquer norma, porque isso nenhuma norma tem o condão de fazer. Não havendo incidência, não havendo cumprimento, apenas aplicação, desaparece também a eficácia social. Diga-se o mesmo do ângulo pragmático da linguagem jurídica. PAULO DE BARROS CARVALHO explica, embora em análise parcial: “Como motivar a conduta, realizando os valores

---

<sup>924</sup> *Idem.*

<sup>925</sup> *Ibidem*, p. 84 e 87.

<sup>926</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>927</sup> *Ibidem*, p. 84.

*da ordem jurídica, é o grande tema da pragmática*”<sup>928</sup>. Como não se passa do mundo do dever-ser para o do ser, e como nenhuma norma é capaz de ferir concretamente a conduta humana, motivando comportamentos, então nenhuma pragmática jurídica pode haver. Elimina-se, também, esse conceito. Entrega-se, ainda, nova condição ao conceito de norma de conduta, contraposto à norma de competência. Toda norma abstrata e geral é norma de competência, porque impõe a criação de outra norma. Apenas a “norma individual e concreta” seria norma de conduta.

Aceita a teoria do dualismo, a consequência é a subversão de todos esses conceitos. Abandonar ou alterá-los é **rompimento epistemológico que só se justificaria se as premissas que impõem esse abandono estivessem sintaticamente ordenadas, corroboradas semanticamente, e válidas em seus efeitos pragmáticos**. Como nada disso ocorre, não há razão para abandonar toda a experiência anterior. Caberá, aqui, também a ponderação de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES acerca da expressão “fontes do direito”: “...a metáfora das fontes tem a seu prol o peso de uma construção jurídica antiqüíssima. Ao que se sabe, foi CÍCERO, no De Legibus, quem primeiro a utilizou. Não se deve descartar um legado cultural como esse sem graves razões que fundamentem a eliminação”<sup>929</sup>. No caso presente, as fortes razões seriam a procedência dos alicerces sobre os quais se constrói a teoria inovadora. Que, contudo, não procedem. Pode-se, aliás, e ainda, dizer que esses conceitos seriam garciamarquianos, assemelhados a Úrsula Iguarán. São velhos, porque “...firmes, consistentes, estáveis, sólidos e seguros...”, além de “...pensados, refletidos, experientes e maduros”. Adaptam-se, então, as palavras de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, pronunciadas em defesa do IPI, ao sustentar que as “...décadas de paciente construção... minuciosamente testada pelas vicissitudes de um longo e sofrido quotidiano” não devem ser deitadas fora, e que pugnar por sua substituição implica desprezar “...a riqueza histórica do seu sereno e paulatino desenvolvimento...” e “...a fecundidade científica da sua lenta e segura elaboração...”<sup>930</sup>. Não há motivos para abandonar aquelas categorias: eficácia social, eficácia técnica e vigência. Ao contrário: há razões fortíssimas para mantê-las, dada a

<sup>928</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>929</sup> *Curso...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>930</sup> *Imposto sobre produtos industrializados: uma águia...*, *op. cit.*, p. 171.

improcedência do dualismo, a babel terminológica que ele gera e sua inadequação pragmática à vida jurídica quotidiana.

Nada disso se identifica com qualquer imobilismo ou conservadorismo. Ao contrário: sendo relevantes os motivos da mudança, trazendo evolução, devem ter sua aceitação considerada. Porém, em sendo o caso contrário, merece rechaço. Aqui, é relevante a categoria da **inadequação pragmática da teoria científica**: quando sua inserção, na comunidade científica, pode trazer mais desastres do que progresso, a proposta, no plano da teoria geral do direito, merece rejeição. Ocorre inadequação pragmática nos casos em que o uso da teoria nova traga efeitos negativos à ciência e ao seu entorno, ao invés de benefícios. É precisamente o que ocorre com o dualismo entre fato e evento, e seus desdobramentos. Ele traz problemas demais para ser visto como útil ao progresso do direito tributário.

#### 4.3.7 A relativização do dualismo

*“...não é possível nunca comprovar definitivamente a verdade de uma teoria...”<sup>931</sup>*

**O dualismo, mesmo reivindicando universalidade, é relativizado em textos importantes.** A relativização é percebida quando se sustenta que as obrigações acessórias são obrigações jurídicas de produzir as “normas individuais e concretas”. Ora, se são obrigações jurídicas, são, dentro dos pressupostos pontianos, integrantes de relações jurídicas, que surgiram com a incidência, tudo isso sem “norma individual e concreta”. Há, claramente, uma relativização: no plano das obrigações acessórias, admite-se, como antes do dualismo, a existência de deveres jurídicos, cujo descumprimento é juridicamente sancionável, antes da edição de “norma individual e concreta”. Admitindo deveres jurídicos, admite também a existência de relação jurídica, fato jurídico e incidência normativa, sem linguagem competente no antecedente de nenhuma “norma individual e concreta”.

Em certos textos, **o dualismo entre fato e evento já não é, mais, algo universal**, ínsito a todo o direito. Nem mesmo como algo que se aplique a todo o direito tri-

<sup>931</sup> **Obrigações...**, *op. cit.*, p. 18-19; **Obrigações...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 34.

butário brasileiro: nem nesse universo estrito há aplicação universal. O fato jurídico sem linguagem competente foi encontrado. O dualismo fica, então, bastante limitado. O exemplo é o das obrigações acessórias, que impõe uma revisão das bases do dualismo. Admite-se, como uma peculiaridade da obrigação acessória, o fato de existir sem linguagem competente e sem “norma individual e concreta”. Ao contrário das obrigações tributárias principais, relativas ao tributos, que dependeriam de “normas individuais e concreta”, as obrigações acessórias podem existir independentemente dessas normas<sup>932</sup>.

Seria de se esperar que fosse assumido não haver “norma individual e concreta” com o pagamento antecipado, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, revogando-se o argumento *ad hoc*. E que o ato administrativo de lançamento tributário documenta uma incidência prévia, aplica a norma incidente ao caso concreto, e só pode surgir porque há fato jurídico pretérito. Em outras palavras: que esse dualismo, por improcedente, deixasse de condicionar a produção doutrinária no direito tributário.

#### 4.4 Quarto balanço parcial

*“...a imunização contra o erro cobra da atividade científica um altíssimo preço: a recusa obstinada à investigação em profundidade. É, pois, em última análise, a negação da própria cientificidade”<sup>933</sup>.*

Em toda a evolução do trabalho soutiano, despontam certos critérios fundamentais para fazer-se boa ciência: o recurso à “testabilidade” empírica, como critério de cientificidade; a aceitação e a superação do erro; a dialógica entre opiniões contrárias; a superação dos dualismos; e o enfrentamento das complexidades, com a consideração das situações individuais e diferentes, que não podem ser solucionadas pelo recurso à regra geral. Porém, mesmo contra todas as demonstrações históricas da inviabilidade de um empreendimento dessa espécie, ainda se pretende, no direito tributário, encontrar uma explicação totalitária e universalmente aplicável, que dê conta da compreensão de toda a realidade – no caso, a jurídico-normativa – com base em um princípio

<sup>932</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 765; **Direito tributário: fundamentos...**, *op. cit.*, p. 219.

<sup>933</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 21; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 21-22; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 26.



científico unitário comum. **Está, ainda, tal tentativa, claramente presa à tradição metafísica.** A ela caberia a crítica feita, já no século XIX, por DILTHEY: “*Tal suposición no hace más que repetir el error de un sistema de leyes e ideas que, previo a la realidad, impone a esta sus mandatos... solo es un juego de abstracciones*”<sup>934</sup>. Um jogo de abstrações que nunca ultrapassará o problema de que seus conceitos últimos, de aplicabilidade universal, vêm da experiência, que é necessariamente limitada. E que, também, não contornará o segundo problema visto por DILTHEY: a limitação e a historicidade do próprio sujeito responsável pela concepção metafísica<sup>935</sup>.

Nem o direito é estático, e sempre idêntico a si mesmo, nem existe um sujeito do conhecimento dono da última palavra. Dessa concepção, como de nenhuma outra, pode-se aceitar uma explicação completa e irrefutável para toda a realidade jurídica, de hoje, ontem, amanhã; daqui e de outros lugares. Já essa seria uma primeira crítica que caberia ao dualismo entre fato e evento, e ao empreendimento doutrinário em sentido mais amplo: carece de fundamento filosófico e epistemológico que permita compreender **sua inviabilidade congênita no contexto do pensamento pós-metafísico contemporâneo**; sua destinação, desde o início, e necessária, ao fracasso. Deve-se lembrar a velha lição de HUME:

Alimentei durante muito tempo uma certa desconfiança em relação às decisões dos filósofos sobre todos os assuntos... Há um erro a que todos eles, quase sem exceção, parecem sujeitos... Quando o filósofo consegue estabelecer um princípio fundamental, talvez capaz de explicar um grande número de efeitos naturais, passa a aplicar o mesmo princípio ao universo inteiro, atribuindo a esse princípio todos os fenômenos, mesmo que seja à custa do mais violentamente absurdo raciocínio. Dada a estreiteza e limitação de nosso próprio espírito, somos incapazes de abarcar com nosso entendimento toda a ampla variedade da natureza – e imaginamos que ela é tão limitada em suas operações como nós mesmos somos em nossa especulação<sup>936</sup>.

Um sistema metafísico, na filosofia, causa arrepios em NIETZSCHE: “*Desconfio de todos os sistematizadores e os evito. A vontade de sistema é uma falta de retidão*”<sup>937</sup>. Se é difícil admiti-lo na filosofia, pior na ciência: um projeto de sistema meta-

<sup>934</sup> *Introducción...*, *op. cit.*, p. 471-472.

<sup>935</sup> Cf. *ibidem*, p. 572.

<sup>936</sup> *Ensaio morais, políticos e literários*, p. 217.

<sup>937</sup> *Crepúsculo...*, *op. cit.*, p. 13. Há fragmentos, de publicação póstuma, interessantes, no mesmo sentido, mostrando que o próprio NIETZSCHE precisou se esforçar para evitar ser sistemático: “*Desconfio de todos*

físico, com pretensão de universalidade espaço-temporal, é incompatível com a ciência empírica, sempre sujeita à realidade cambiável na qual se insere, para a qual se volta, e da qual depende. Descabe no âmbito em que a doutrina o quer impor.

Diante disso, cumpre trazer elementos filosóficos capazes de abrir os horizontes doutrinários. Capazes de fazer perceber a importância que há em considerar o mundo real, onde estão as vicissitudes humanas, sociais e jurídicas. Compreender o infortúnio que há em deixar esse mundo da facticidade, para pensar um mundo ideal, platônico, formado por normas idealizadas, homogêneas, todas idênticas, transcendentem à experiência, e funcionando de uma mesma forma, única e constante, do fato um efeito, desse efeito outro efeito *etc.* Capazes de permitir entender que a existência de um elemento volitivo é inerente às manifestações humanas mais diversas, inclusive à ciência, e que isso em nada impede a própria ciência de se pretender racionalmente fundamentada. Capazes de fazer compreender que não existe um sujeito do conhecimento que objetifica toda a realidade; um sujeito cognoscente, capaz de absorver o objeto e bem descrevê-lo, em seus planos sintático e semântico, costurando uma argumentação plenamente coerente e blindada contra qualquer influência externa. Capazes de permitir, ao jurista, sair de seu laboratório de abstrações e enfrentar os problemas concretos da criação e aplicação do direito à facticidade social, com meios consistentes de controle da racionalidade de suas proposições teóricas. Mesmo quando essas proposições se destinam a escolher uma entre muitas interpretações, ou a avaliar uma dentre muitas propostas de criação e aplicação concreta do direito. Capazes de fornecer fundamentos para que a desconsideração a respeito da criação e aplicação concreta do direito, no âmbito social, seja vista como o descumprimento de uma norma ética fundamental ao jurista; mas tanto ética quanto jurídica, em um ambiente constitucional que demanda intenso controle contramajoritário de constitucionalidade, deslocando o centro de discussões, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Capazes de oferecer meios de

---

*os sistemas e sistemáticos, saindo do seu caminho: talvez se descubra ainda por trás desse livro o sistema do qual me desviei... A vontade de sistema: formulada moralmente, num filósofo uma refinada deterioração, uma doença de caráter; formulada imoralmente, sua vontade de se apresentar como mais bobo do que é – mais bobo, quer dizer: mais forte, mais simples, mais serviçal, mais ignorante, mais mandão, mais tirânico... Eu desconfio de todos os sistemáticos e saio do seu caminho. A vontade de sistema é – ao menos para um pensador – algo que compromete, uma forma de imoralidade... Talvez se adivinhe no olhar por trás desse livro de qual sistemático ele próprio escapou com dificuldades – de mim mesmo...” – Fragmentos..., op. cit., p. 74-77.*

enfrentamento da complexidade, evitando escapar dela mediante o expediente reducionista. Capazes, em síntese, de subverter a epistemologia que ainda atua na doutrina tributarista, deixando desorientados e desamparados os sujeitos ao direito tributário.

## CAPÍTULO III – PERSPECTIVAS: FILOSOFIA E EPISTEMOLOGIA

### 5 A FILOSOFIA E A SUPERAÇÃO DO DUALISMO ENTRE RAZÃO E VONTADE

#### 5.1 O dualismo como obstáculo epistemológico

*“Assim como para o físico, não é despreciando para o jurista o conhecimento da Filosofia”<sup>938</sup>*

O dualismo entre ser e dever-ser, aliado ao imperativo de redução de complexidades, são dois obstáculos epistemológicos, no sentido bachelardiano, que **demandam remoção**. Superados esses obstáculos, a doutrina poderá pretender legitimidade para enfrentar o desafio de orientar a criação e a aplicação do direito no mundo concreto, sugerindo a melhor forma e o melhor conteúdo para a produção normativa. Abrir mão dessa função, limitando-se a emitir enunciados descritivos sobre o direito positivado, com intento de rigor e coerência cada vez maiores, não tem trazido segurança, sequer conceitual. Esse proceder doutrinário é fundamentado em dois postulados que obstaculizam o seguir adiante. Um deles é a consideração do caráter exclusivamente volitivo e racionalmente incontrolável de decisões a respeito do que deve ser, contraposta, dualisticamente, à racionalidade dos juízos descritivos da realidade posta. O outro, o reducionismo epistemológico, como método único de conhecimento científico de determinado objeto. Obstáculos que precisam ser afastados, para que a evolução da ciência se possa manifestar<sup>939</sup>.

Dentre os obstáculos epistemológicos apontados por BACHELARD está o conhecimento estabelecido, já tornado habitual, mas não questionado. **Úteis no passado, esses saberes podem tornar-se entraves à pesquisa**<sup>940</sup>. Este trabalho percebe, como obstáculos epistemológicos e preconceitos teóricos, tanto a fundamentação e as consequências do dualismo entre razão e vontade, quanto a redução de complexidades, no

<sup>938</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 160.

<sup>939</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 112; **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 132.

<sup>940</sup> Cf. **A formação...**, *op. cit.*, p. 19.

âmbito do direito tributário brasileiro. Embora úteis, no passado, essas concepções, hoje conservadoras, impedem, à doutrina, a assunção de novas funções. São dificuldades que precisam ser superadas, na via de progresso da ciência do direito tributário. Dessas concepções, pode-se dizer aquilo que mestre SOUTO afirma dos obstáculos epistemológicos em geral: “*Dificuldades que se interpõem, em cada ciclo histórico, ao progresso da ciência e que decorrem precisamente dos preconceitos de que não conseguem se libertar das teorias. Em ciência, o preconceito é um outro nome do equívoco, fonte que abastece os descaminhos doutrinários*”<sup>941</sup>. O dualismo e o reducionismo, que foram compreensivelmente vistos como a melhor, senão a única forma de fazer ciência no direito tributário, em sua origem, tornaram-se obstáculos ao progresso da qualidade nas relações entre cidadão e estado. Cumpre, portanto, superá-los, em direção a uma ciência dirigida à felicidade.

O dualismo entre ser e dever-ser levou os tributaristas a entenderem que apenas a manifestação descritiva das normas de direito tributário positivo pode assumir tons de racionalidade. Diante do reducionismo, vedou-se uma compreensão mais ampla, para além das normas. E, diante do dualismo, impediu-se a manifestação acerca das possibilidades de vir-a-ser do direito tributário, em sua concretude existencial. O trabalho doutrinário assume um aspecto ambíguo: consiste em falar apenas de um ser transcendente, e, também, calar a respeito daquilo que pode vir a ser. **A realidade objeto de consideração da doutrina é metafísica.** É um “ser” “entificado”, estático, e não o ser-devir da temporalidade concreta.

Essa atitude, de negar o dever-ser concreto, e de deixar de decidir a respeito do vir-a-ser, deixando o encargo ao órgão competente, não contribui para trazer segurança ao direito. Obter domínio sobre o objeto está na ordem de intenções da ciência moderna, inclusive no direito tributário – mas, em vez disso, a teoria jurídico-tributária acaba por afastar-se de seu objeto. Essa fuga para a metafísica pouco contribui, em auxílio, aos profissionais do direito. Ao contrário: entrega-se a juízes, legisladores ou administradores públicos, a possibilidade de decidir de acordo com sua vontade livre. **Nenhuma segurança e nenhum domínio são viabilizados sob esses pressupostos.** A doutrina sustenta sua incapacidade de lidar com o devir jurídico, deixando tudo ao ar-

---

<sup>941</sup> Hermenêutica histórica no direito tributário, *op. cit.*, p. 113-114; **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 135.

bítrio do agente competente. A conclusão é a seguinte: de nada serve sua atividade científica, salvo para a discussão interna dentro da própria ciência, sem eco no mundo da vida. A decisão do órgão competente fica entregue ao azar do decisionismo.

Para superar esse estado de coisas, é preciso tentar **a crítica dessas concepções, em seus fundamentos mais centrais e elementares**. Não basta opor restrições a certos aspectos periféricos: cumpre deitar os pressupostos mediante a destruição de seus alicerces. Explica, a respeito, mestre SOUTO:

...a crítica deve atacar as construções científicas nos seus fundamentos, os pontos cruciais e decisivos em que está estruturada. Essa atitude corresponde a exigências metodológicas vitais. Da crítica superficial e epidérmica de pontos tópicos resulta apenas a possibilidade de um *retoque* na teoria criticada que, depurada de impropriedade eventual, sai fortalecida e aperfeiçoada<sup>942</sup>.

As teorias científicas, ensina, ainda, SOUTO, partem de um conjunto de proposições pretensamente voltadas para a explicação de seu objeto de conhecimento. Tais proposições, de início, são meras hipóteses, conjecturas, que serão, em seguida, testadas pela experiência concreta. Esse teste permite a “seleção darwiniana” de teorias científicas. Só são selecionadas para sobreviver aquelas teorias mais resistentes às agressões que lhes são desferidas pelos experimentos. Surgem tentativas de substituir aquela doutrina, incapaz de resistir ao teste empírico, por uma teoria melhor<sup>943</sup>. Vistos os graves problemas acarretados pela postura epistemológica da doutrina tributarista, no Brasil, cumpre promover sua superação. **Sem, contudo, o abandono de suas conquistas, que não são poucas, nem irrelevantes**. Novamente, recorra-se a SOUTO:

Sem a continuidade da tradição e a preservação do legado cultural do passado, o homem retrocederia à idade da pedra lascada. Há, na tradição científica, um *quantum* a ser preservado: nesse sentido, o passado é o que fica do que passou. Mas dá-se a tensão dialética entre a conservação da tradição e a necessidade, para o progresso da ciência, de *ruptura epistemológica*, ou seja, a superação de um padrão ou modelo científico vigorante por outro, que vantajosamente o substitua, numa espécie de seleção darwiniana de teorias<sup>944</sup>.

<sup>942</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 114; p. 136.

<sup>943</sup> Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. IX-X; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 15.

<sup>944</sup> *Hermenêutica histórica no direito tributário*, *op. cit.*, p. 113; **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 134-135.

Paradoxalmente, o objetivo de fazer uma ciência do direito levou ao afastamento, do direito tributário, daquela concepção originária de ciência da modernidade. Nos seus primórdios, o saber científico moderno é um saber destinado à melhoria da vida concreta de todos – em que medida o obteve, ou gerou efeitos colaterais, porém, é outro problema. Mas **a hermenêutica kelseniana impede que o cientista do direito se dedique a resolver problemas jurídicos concretos**, porque isso implica, necessariamente, tomar decisões, tidas por irracionais e insuscetíveis de controle racional. A ciência moderna não se pretende desinteressada, contemplativa, desligada das preocupações concretas. Não se basta a si mesma. Foi precisamente contra essas qualidades, que via na filosofia antiga, que FRANCIS BACON voltou sua produção epistemológica. Ao impedir-se de se dedicar à resolução de problemas concretos, a ciência jurídica contradiz esse objetivo, contentando-se em trabalhar com um sistema idealizado, de normas jurídicas ideais, todas com suas hipóteses, consequências e sanções, obrigações, permissões e proibições, em forma eterna e universalmente idêntica. Satisfaz-se com construções abstratas, e entrega a resolução dos problemas práticos ao órgão competente, excluindo-os da comunidade científica. A hermenêutica kelseniana, fundada no dualismo entre ser e dever-ser, limita a ciência a apresentar os problemas, e, de forma tanto cômoda quanto incômoda, impede-a de solucioná-los. Embora sustente não haver diferença entre teoria e prática, a doutrina contribui, inadvertida e decisivamente, para a manutenção desse abismo. Afinal, em certo sentido, separar ser e dever-ser, fato e norma, fato e valor, é separar teoria e prática.

KELSEN, como visto, diz que a decisão é um exercício de vontade. Enquanto tal, é irracional. Isso é problemático, na medida que **joga para o baú das irracionalidades toda a prática jurídica**. Como lembra FRIEDRICH MÜLLER, “*Toda a práxis jurídica é uma técnica decisória politicamente funcional*”<sup>945</sup>. E toda decisão, em KELSEN, é volitiva. O jusfilósofo não explica o que entende por vontade; mas, uma coisa é certa: afirma que, compreendida pela via cognitiva uma múltipla possibilidade de aplicação, quem decide, o faz mediante exercício de vontade; e, disso, conclui que a decisão é livre, incondicionada e incondicionável pela razão, dependente exclusiva-

---

<sup>945</sup> **Direito, linguagem, violência:** elementos de uma teoria constitucional, v. 1, p. 7 – originalmente, publicada como *Recht – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I.*

mente do seu prolator, algo muito diferente do discurso científico, que seria racional e, portanto, condicionado e controlável. Precisamente por pretender ser racional, a ciência não se poderia manifestar a respeito da decisão, que seria volitiva e, portanto, irracional. Contrapõe-se a razão, de um lado, e a vontade, de outro.

Nesse dualismo, **racional é o discurso que pode ser controlado, que não é absolutamente livre; decisões, ao contrário, são volitivas, incontroláveis racionalmente.** Veja-se a referência de WILHELM DILTHEY à “...*profunda contradicción entre la necesidad, que es propia de lo racional, y la libertad, que es una experiencia de la voluntad...*”. Quando fala dessa contradição, DILTHEY menciona, de um lado, “...*la coherencia racional que hay en el mundo...*” e, de outro, “...*el dominio de la libertad que escapa al entendimiento*”<sup>946</sup>. A vontade se exerce mediante liberdade, sem controle racional, fora do entendimento. A mesma relação entre racionalidade, controle e necessidade, de um lado, e vontade, arbítrio e liberdade, de outro, está presente, bastante clara, em KELSEN:

Se as normas que constituem os valores morais, e especialmente o valor justiça, provêm da razão e não de uma faculdade do homem distinta da razão, da sua vontade, se uma norma moral, que liga a um determinado pressuposto uma determinada conduta como devida (devendo ser), essa ligação não se opera através de um ato da vontade humana e, portanto – neste sentido –, não é arbitrária mas é tão independente da vontade humana como a ligação entre causa e efeito na lei natural, então não existe, sob este aspecto, nenhuma distinção entre uma lei física ou matemática e uma lei moral, e pode afirmar-se de uma norma de justiça que se pretenda encontrar na razão que ela é tão indiscutível como o enunciado segundo o qual o calor dilata os corpos metálicos ou o enunciado segundo o qual duas vezes dois são quatro<sup>947</sup>.

É importante destacar quais parecem ser **os objetivos de KELSEN ao enunciar esse dualismo.** A partir dos textos kelsenianos, é bastante plausível supor que o jusfilósofo, democrata convicto, não admitisse que ninguém se arvorasse em dono de um saber superior capaz de impor normas obrigatórias decorrentes de uma razão inquestionável e insuperável, capaz de se sobrepor à liberdade e às autodeterminações humanas. Como um efeito colateral de sua argumentação, porém, acabou por retirar as decisões normativas do âmbito da racionalidade.

<sup>946</sup> *Introducción...*, *op. cit.*, p. 398, 462-463.

<sup>947</sup> *O problema...*, *op. cit.*, p. 89.



**Sendo livre a vontade, é livre a decisão, inclusive a decisão jurídica.** É livre, é irracional, não pode ser controlada pela razão. A opção por uma dentre muitas possibilidades de interpretação e de criação do direito nunca é racional, é sempre meramente ideológica<sup>948</sup>. Essa concepção leva o positivismo jurídico de um extremo ao outro – ou, se preferirmos, sai de um positivismo jurídico e desemboca em outro, o decisionista: da concepção segundo a qual o juiz é a boca que fala a lei, e que cabe a ele apenas aplicar a lei, chega-se à concepção segundo a qual o juiz é a boca livre para dizer o que quer. A primeira impede o juiz de avaliar o caso concreto, para temperar, prudentemente, sua decisão. A segunda, permite ao juiz avaliar o caso concreto e decidir livremente, de acordo com suas próprias convicções subjetivas.

Diante disso, é de se dar ouvidos a MÁRIO G. LOSANO em sua ponderação sobre o kelsenismo:

...o fato de uma necessidade não poder ser satisfeita por meio do conhecimento racional não implica que se deva renunciar a satisfazê-la. Se determinado tipo de ciência recusa-se a satisfazê-la, o que se deve pôr em discussão – a meu ver – não é a necessidade, mas esse tipo de ciência [*sic*]<sup>949</sup>.

**Outra forma de ciência, que satisfaça essas necessidades, deve ser fundamentada.** Essa fundamentação depende da superação do dualismo entre ser e dever-ser, em seu aspecto que contrapõe razão e vontade. A manutenção desses fundamentos teóricos impedirá, porém, essa evolução. De comum entre o neopositivismo, o kelsenismo e o vilanovismo, encontra-se a aceitação do dualismo humiano, sem tentativa de refutação ou superação. Em todos eles imperam os pressupostos descritos por KARL-OTTO APEL:

Ora, como não se podem deduzir normas ou juízos de valor nem por meio do formalismo lógico-matemático nem por meio de conclusões indutivas a partir de fatos, então a idéia da objetividade científica parece remeter o anseio de validação das normas ou juízos morais de valor ao campo da subjetividade não-obrigatória. Os anseios de validação da ética representados explicita ou implicitamente em contextos ideológicos e ligados a cosmovisões específicas precisam ser atribuídos – segundo parece – a reações irracionais e emocionais ou a decisões discricionárias igualmente irracionais. De acordo com isso, não são as próprias normas éticas que se mostram passíveis de uma

<sup>948</sup> Cf. ADRIAN SGARBI, **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios, p. 102.

<sup>949</sup> Introdução, in HANS KELSEN, **O problema...**, *op. cit.*, p. XXVII.

fundamentação racional, mas tão-somente as descrições isentas de valor das normas morais factualmente seguidas ou ainda as elucidações causais e estatísticas da instituição de normas morais ou de sistemas valorativos pelas assim chamadas ciências sociais empíricas<sup>950</sup>.

Tentar algo para além disso tem implicado receber a acusação de dogmatismo, no problema também lembrado por APEL:

Toda filosofia que tenta superar a “tese de neutralidade” da metaética analítica em favor de uma fundamentação de normas morais, parece derivar normas a partir de fatos, colidindo, assim, com o princípio da distinção estrita entre o que *é* e o que *deve ser*, estabelecido por Hume. Com isso, toda ética parece estar logicamente ultrapassada. Seus fundamentos, tal como os do “direito natural”, são desmascarados pela filosofia “científica” como dogmáticos ou ideológicos, e seu anseio de validação é respectivamente estigmatizado como ilusão lamentável ou como repressão e perigo autoritário que ameaça a liberdade humana<sup>951</sup>.

É exatamente assim que KELSEN vê qualquer imposição normativa – justificadamente, em seu espaço-tempo marcado por totalitarismos e recessos da democracia, fundados em ideologias donas da verdade definitiva sobre o mundo, de direita e de esquerda. Cumpre tentar um diálogo. **Após KELSEN, não se faz filosofia do direito senão em um diálogo com seu pensamento.** O jurista, diz MIGUEL REALE, é o “Meridiano de Greenwich” da teoria jurídica<sup>952</sup>. No âmbito do direito tributário brasileiro, não é lícito ignorar o kelsenismo. APEL preocupa-se, mais amplamente, com a racionalidade em si. Mas, no direito, é contra KELSEN que se precisa argumentar para que seja possível superar esse dualismo.

O dualismo entre ser e dever-ser, em KELSEN, enraíza-se na contraposição entre razão e vontade: “*Normas que prescrevem comportamentos humanos só podem partir de uma vontade... A razão humana pode compreender e descrever, não prescrever*”<sup>953</sup>. A criação da norma constitucional, a criação de leis infraconstitucionais, a prolação de sentenças: todas são atividades normativas, e, para KELSEN, livres, porque decorrem de vontade, e não determinadas, como seriam se fossem racionais. O elemento volitivo é inegável: o juiz, mesmo convencido da procedência da ação, pode

<sup>950</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 410; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 72.

<sup>951</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 411-412; p. 73-74.

<sup>952</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 118.

<sup>953</sup> **O que...**, *op. cit.*, p. 22.

julgá-la improcedente – embora isso seja censurável e possa ser ilícito, é algo que permanece, no campo das possibilidades. E se o juiz se recusar a julgar – outra ilicitude –, norma nenhuma haverá. Sem um ato de vontade não ocorre a positivação do direito<sup>954</sup>. Mas, daí a concluir pela irracionalidade necessária da decisão, só se se admitir o dualismo, sem qualquer tipo de reserva, e sem nada tentar opor a ele.

Para compreender a vontade que há na razão, e a racionalidade que pode haver na decisão, é preciso, antes, compreender vontade e razão, de modo a desmistificá-los, minando o radical antagonismo que, neles visto, alimenta o dualismo entre ser e dever-ser. Nem a vontade é completamente irracional e incondicionada, nem a razão é completamente racional e condicionada. Fosse assim, a própria decisão por fazer ciência do direito em sentido estrito seria puramente irracional. Como ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “*É a teoria jurídica que, por uma decisão metodológica, fará a opção por uma abordagem jurídica determinada...*”<sup>955</sup>. Uma decisão, portanto. **Quem crê nesse dualismo repousa toda a ciência numa irracionalidade arbitrária.**

A adequada compreensão das possibilidades de superação desse dualismo entre a compreensão racional do existente e a projeção volitiva do possível demanda que se vá muito além do pensamento jurídico-dogmático, e até mesmo do pensamento jurídico. Uma das vias possíveis nesse sentido é **buscar a superação do dualismo lá onde ele brota: na filosofia**. É pela via do pensar filosófico que se poderá responder negativamente à questão fundamental que levanta KARL-OTTO APEL:

Mas a questão fundamental-filosófica que resulta de nossas discussões até aqui é justamente a seguinte: o conceito de racionalidade humana é definido à exaustão no sentido da *logic of science*, de tal modo que para além desses limites exista apenas a irracionalidade de decisões discricionárias?

Essa pergunta, a meu ver, só poderia ser respondida em sentido positivo, ou seja, em favor do conceito limitado de racionalidade, se ao menos em princípio “um único indivíduo” pudesse “uma única vez” seguir uma regra. Nesse caso, de fato as convenções precisariam ser decisões pessoais irracionais, até certo ponto como “consensos” de um tal cientista consigo mesmo [*sic*]<sup>956</sup>.

<sup>954</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, *Teoria da norma...*, *op. cit.*, p. 327.

<sup>955</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 106.

<sup>956</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 277; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 45.

Mas as investigações tardias de LUDWIG WITTGENSTEIN, abrindo-se à pragmática, ensinam: “*Não é possível um único homem ter seguido uma regra uma única vez*”<sup>957</sup>. APEL aprendeu com WITTGENSTEIN: não há um único indivíduo que possa, uma única vez, seguir uma regra. Um único indivíduo, caso existisse, jamais compreenderia algo como “algo”, nem uma regra como “regra”<sup>958</sup>. **O solipsismo não se sustentava já nesse período.** Para compreender-se uma linguagem, não basta a definição das palavras ou o entendimento das regras de seu uso, mas todo o jogo de linguagem no qual se insere, sobre o qual atua, e do qual recebe influxos. Ora, nada disso pode ser um assunto privado<sup>959</sup>.

A filosofia possibilitará o desmonte das primeiras premissas: a razão é separada da vontade; ao exercer razão, o elemento volitivo está afastado; toda decisão decorre exclusivamente da vontade, e não tem nada de racional *etc.* Desconstruídas as premissas, rui-se o raciocínio que a elas se segue. Dê-se ouvidos a ALFREDO AUGUSTO BECKER: “*Basta uma premissa falsa para inutilizar a conclusão, embora esta seja a perfeita decorrência lógica daquela premissa falsa. Porém o jurista muito dificilmente perceberá (ou admitirá) o erro porque costuma atender-se mais para a lógica da conclusão que para a veracidade das premissas*” [sic]<sup>960</sup>. Cumpre, portanto, testar a consistência das premissas.

**O cientista pode emitir, racionalmente, juízos de dever-ser.** Terá essa permissão concreta quando forem superados os condicionamentos epistemológicos atuais do direito tributário brasileiro. Fazê-lo é ir em direção àquele “paradigma emergente” a que se refere BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

O conhecimento do paradigma emergente tende... a ser um conhecimento não dualista, um conhecimento que se funda na superação das distinções tão familiares e óbvias que até há pouco considerávamos insubstituíveis, tais como natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, mente/matéria, observador/observado, subjectivo/objectivo, colectivo/individual, ani-

<sup>957</sup> **Investigações filosóficas**, p. 113 – originalmente, publicada, em edição póstuma, como *Philosophische Untersuchungen*, em 1953.

<sup>958</sup> Cf. **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 277; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 45.

<sup>959</sup> Cf. MERRILL B. HINTIKKA e JAAKKO HINTIKKA, **Uma investigação sobre Wittgenstein**, p. 315. Em certo sentido, o solipsismo já fora posto em xeque com a teoria do reconhecimento, de HEGEL, recentemente retomado por AXEL HONNETH, nos livros **Luta por reconhecimento** e **Sufrimento de indeterminação**.

<sup>960</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 318-319.

mal/pessoa. Esse relativo colapso das distinções dicotômicas repercute-se nas disciplinas científicas que sobre elas se fundaram [sic]<sup>961</sup>.

Fazê-lo, depende de uma visita à filosofia. Em geral, a filosofia é estranha aos tributaristas. É comum que seja, apenas, rapidamente visitada, gerando compreensões equívocas. Para recuperar o modo de trabalhar o direito que foi, originariamente, familiar aos juristas, o diálogo racional sobre aquilo que deve ser, será preciso ir até o estranho. Adapta-se, aqui, o que disse o pensador de HEIDEGGER, em seu diálogo com o japonês: “...*parece-me que, nesse campo, só poderemos alcançar o que nos é originariamente familiar, se não rearmos percorrer a estranheza*”<sup>962</sup>. Mesmo porque, segundo o mesmo HEIDEGGER, **pensando filosoficamente é possível revolucionar a ciência**. O exemplo é a física quântica: “...*as cabeças atuais da física atômica, Niels Bohr e Heisenberg, pensam inteiramente como filósofos, e é só graças a isso que instauram novas maneiras de interrogar, mantendo-se, antes de mais nada, no questionamento*”<sup>963</sup>. Deve-se tentar perseguir caminho semelhante.

## 5.2 FRIEDRICH NIETZSCHE: vontade e metafísica

### 5.2.1 Introdução: o novo no direito tributário

*“Foi... NIETZSCHE quem proclamou a sua rebel-  
dia contra o método científico quando assinalou a  
sua ambição em dizer num breve aforismo o que  
outros não conseguiam expressar em todo um li-  
vro, concluindo: 'O pensamento que é para muitos  
uma corvéia, para mim, nos meus dias mais felizes,  
é uma festa e uma orgia'. Mas a ciência moderna  
se embriaga com seu rigor metodológico e êxtases  
vertiginosos. Por isso ela se apregoa, com  
manifesta inexatidão, 'exata'”*<sup>964</sup>

É difícil trazer FRIEDRICH NIETZSCHE (1844-1900) a trabalhos acadêmicos voltados para o direito. **Conta-se nos dedos os tributaristas que o invocam com propriedade**. Fazê-lo, por isso, é pretender o novo. Sua filosofia, assistemática e afo-

<sup>961</sup> Um discurso..., *op. cit.*, p. 40.

<sup>962</sup> A caminho da linguagem, p. 100.

<sup>963</sup> O que é uma coisa? *Apud* CHRISTIAN DUBOIS, **Heidegger**: introdução a uma leitura, p. 123.

<sup>964</sup> **Ciência**..., 3. ed. *op. cit.*, p. 39; **Ciência**..., 2. ed. *op. cit.*, p. 49; **Ciência**..., 3. ed. *op. cit.*, p. 49-50.

rismática, é vazada em um estilo bastante peculiar, que trai a compreensão e atrai a incompreensão. Seu cinismo é registrado pelo próprio filósofo<sup>965</sup>. Sua interpretação, por isso, suscita sérias dificuldades metodológicas, variando bastante<sup>966</sup>. E o primeiro motivo que levanta para essas dificuldades é o caráter contraditório, muitas vezes, verificado, pelos estudiosos, em sua obra: registram-se sua contradição, incoerência, ambiguidade; e, mesmo, sua insanidade e loucura<sup>967</sup>. Essa contradição nietzschiana é o reflexo da vivência concreta de uma de suas grandes propostas teóricas: a de que não há aquele sujeito, centrado e autossuficiente, no qual crê boa parte da modernidade. É o que explica GILLES DELEUZE:

Nietzsche não acredita na unidade de um Eu e não o experimenta: relações subtis de poder e de avaliação entre diferentes ‘eu’ que se escondem, mas que experimentam também forças de outra natureza, forças da vida, forças do pensamento – tal é a concepção de Nietzsche, a sua maneira de viver [sic]<sup>968</sup>.

Toda essa peculiaridade na personalidade e na teoria são versados também em estilo único de linguagem, cujas profundidade e beleza também são destacadas<sup>969</sup>.

A riquíssima filosofia nietzschiana permite que nela se busquem elementos para pensar uma série de aspectos dos pensamentos filosófico e científico, moderno e contemporâneo. Dentre os temas sempre recorrentes em seus textos, a questão da vontade, a vontade de verdade, e a oposição dualista-metafísica entre dois mundos serão, aqui, retomados. Eles possibilitam **fundamentar a crítica à epistemologia em voga no direito tributário brasileiro**. O caminho filosófico, contudo, não é o único possível. Na reversão do dualismo hume-kelseniano entre vontade e razão, por exemplo, seria possível trazer aportes psicanalíticos ou, mesmo, biológicos: EDGAR MORIN, por exemplo, expõe as experiências científicas que indicam a inseparabilidade biológica, no cérebro humano, entre razão e vontade, de modo que o conhecimento racional mo-

<sup>965</sup> Cf. **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 75.

<sup>966</sup> Cf. CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE MOURA, **Nietzsche**: civilização e cultura, p. IX.

<sup>967</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Interpretação da morte de Deus em Nietzsche, **Revista da Faculdade Católica de Administração e Economia**, n. 2, p. 33.

<sup>968</sup> **Nietzsche**, p. 11 – originalmente, publicado, com o mesmo título, em 1965.

<sup>969</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Legalidade..., *op. cit.*, p. 7 e 22; República..., *op. cit.*, p. 150 e 161; Prefácio: teoria..., *op. cit.*, p. 14; Crédito..., *op. cit.*, p. 720; Medidas provisórias tributárias..., *op. cit.*, p. 317-373.

biliza afetividades e pulsões, que podem estar a seu serviço, ou ultrapassá-lo. O conhecimento racional não domina essas pulsões e afetividades<sup>970</sup>. Mas, seguindo a clareira aberta por mestre SOUTO, a opção é pela filosofia; tomada a decisão, inicia-se por um de seus filósofos mais referidos, FRIEDRICH NIETZSCHE.

### 5.2.2 A vontade e o sujeito

*“Sob esse aspecto, o amadorismo é o mais curto caminho – um caminho do coração – para a especialização científica”<sup>971</sup>*

O dualismo entre ser e dever-ser, naquilo que impede a ciência do direito de se manifestar a respeito da repercussão concreta do direito, fundamenta-se na oposição entre vontade e razão. Partindo-se do pressuposto segundo o qual falar a respeito do direito que deve ser é tomar uma decisão, assume-se que essa é atividade interdita à ciência, porque, **pretende-se, decisões seriam influenciadas unicamente pela vontade e, por isso, não se poderiam submeter a controle racional**. Sendo a decisão algo volitivo, é incontrolável e incondicionada, de modo que não haveria como avaliar, racionalmente, se, dentro dos limites possíveis de aplicação do direito, uma decisão é melhor que a outra. Algo como um “livre-arbítrio”: decide-se incondicionalmente, dado que a decisão é expressão da vontade, e esta é racionalmente incondicionada. Esse aspecto do dualismo sustenta toda a hermenêutica kelseniana e os pressupostos metodológicos da doutrina tributarista: a de que cabe apenas ao juiz a decisão acerca da melhor interpretação e aplicação do direito, devendo, a ciência, calar-se a respeito.

Esse argumento, porém, pressupõe um saber prévio acerca da vontade, e dele depende. Excluir a decisão do controle racional por considerá-la algo que decorre unicamente da vontade, só é viável **se previamente se tiver boa noção do que é “vontade”**. Fala-se da vontade como se ela fosse aquilo que há de mais conhecido e mais inegável. Registra NIETZSCHE: *“Os filósofos costumam falar da vontade como se ela fosse a coisa mais conhecida do mundo; até Schopenhauer deu a entender que somente a vontade nos é verdadeiramente conhecida, completamente conhecida, conhecida*

<sup>970</sup> Cf. **O método**, v. 3..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>971</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 74; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 99; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 91-92.

*sem desconto e sem acréscimo*”<sup>972</sup>. Para NIETZSCHE, os que não têm capacidade de reflexão veem, no querer e na vontade, algo simples, um dado inegável. Creem que, quando atuam, fazem-no porque quiseram, simplesmente<sup>973</sup>. A crítica do filósofo volta-se contra a percepção segundo a qual o agir de um indivíduo, de acordo com sua vontade, dependa unicamente da vontade desse indivíduo – o que, por sua vez, depende de considerá-lo um “indivíduo” no sentido do individual, do independente, do afastado, do isolado. Seria simples se fosse assim: age-se por determinação exclusiva da vontade. **Essa simplicidade dá à vontade o caráter de uma coisa única.** Reifica-se, falsamente, a vontade<sup>974</sup>.

Zaratustra anuncia que não há nenhuma vontade. HEIDEGGER explica: o que não há é a vontade como uma mera faculdade da alma. Essa vontade, conhecida e denominada como uma prerrogativa individual, de agir exclusivamente de acordo com seus próprios desígnios: é com ela o confronto nietzschiano<sup>975</sup>. Há textos nos quais **NIETZSCHE questiona profundamente essa simplicidade no conceito de vontade**, expondo toda a complexidade que nela se encerra. No aforismo 14, de *O anticristo*, por exemplo, afirma: “*A velha palavra ‘arbitrio’ ou ‘vontade’ induz apenas uma sorte de resultado, uma reação individual, que se segue, inevitavelmente, a uma série de estímulos, em parte discordantes e em parte harmoniosos – a vontade já não ‘age’ ou ‘se move’*”<sup>976</sup>. Outro é a sequência do aforismo 19, de *Além do bem e do mal*, que expõe uma série de contingências que condicionam a vontade:

Querer me parece antes de tudo algo *complicado*, algo que é uma unidade apenas como palavra – e precisamente em uma palavra reside o preconceito popular que se assenhoreou da sempre escassa cautela dos filósofos. Sejamos, então, ao menos uma vez, mais cautelosos, sejamos “afilosóficos” – digamos: em todo querer há, primeiro, uma multiplicidade de sensações, a saber, a sensação do estado do qual nos *afastamos*, a sensação do estado ao qual nos *dirigimos*, a própria sensação desse “afastamos” e “dirigimos”, e então, ainda, uma sensação muscular concomitante, que, por uma espécie de hábito, ainda que não coloquemos “braços e pernas” em movimento, principia seu jogo tão logo nós “queremos”<sup>977</sup>.

<sup>972</sup> *Além...*, tradução de Renato Zwick, *op. cit.*, p. 39.

<sup>973</sup> Cf. *A gaia...*, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 149-150.

<sup>974</sup> Cf. *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>975</sup> Cf. *Nietzsche*, v. 1, p. 36-41.

<sup>976</sup> *O anticristo*, *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>977</sup> *Além...*, tradução de Renato Zwick, *op. cit.*, p. 39-40.



O caráter complexo da vontade já começa a ser exposto pelo filósofo. Mas, além das sensações, na vontade também há pensamento:

Como, portanto, sentir, e mais precisamente, um sentir múltiplo, pode ser reconhecido como ingrediente do querer, assim, em segundo lugar, também o pensar: em todo ato de vontade há um pensamento que comanda; – e não se deve acreditar que se possa separar esse pensamento do ‘querer’, como se então ainda restasse vontade!<sup>978</sup>.

**O dualismo entre ser e dever-ser, porém, pretende essa cisão:** acredita que pode separar o que é pensar, refletir, raciocinar, de um lado, e o que é querer, decidir, ter vontade, de outro. Crê poder, dentro da multiplicidade de sensações e pensamentos, trancar os racionais em um compartimento, que não se comunica com outro compartimento, dele separado, onde estão trancafiados os elementos volitivos. Que, diante disso, pode exercer ora razão, ora volição; nunca ambas em conjunto. Quando há uma, como na decisão e na manifestação sobre o que deve ser, não há a outra, como nos casos de cognição e explicação acerca daquilo que é. E não cogita, ainda, do terceiro elemento nietzschiano: o “afeto”:

Terceiro, a vontade não é apenas um complexo de sentir e pensar, mas antes de tudo, ainda um *afeto*: e, mais precisamente, esse afeto do comando. Aquilo que é chamado de “livre-arbítrio” é essencialmente o afeto de superioridade com respeito àquele que tem de obedecer: “eu sou livre, ‘ele’ tem de obedecer” – essa consciência reside em toda vontade, e do mesmo modo, aquela tensão da atenção, aquele olhar direto que fixa exclusivamente uma coisa, aquela valoração absoluta, “agora é necessário isso e não outra coisa”, aquela certeza interior de que haverá obediência e o que mais ainda pertença à condição do mandante<sup>979</sup>.

*Além do bem e do mal* é descrito, pelo próprio NIETZSCHE, como uma crítica da modernidade, aí incluída a ciência moderna, indicando possibilidades para uma antítese à modernidade: uma nobreza que diga Sim<sup>980</sup>. Sim à vida concreta, ao contrário da tendência generalizada a dizer não ao mundo real e sensível, refugiando-se no outro

<sup>978</sup> *Idem.*

<sup>979</sup> *Idem.* Em nota de rodapé, esclarece o tradutor: “A palavra alemão é *Affekt*. Traduções alternativas seriam ‘paixão’ ou ‘emoção’, termos que talvez abrangessem melhor o que há de impetuoso e veemente em *Affekt*”. PAULO CÉSAR DE SOUZA também opta por traduzir *Affekt* por “afeto”, na página 24 de sua tradução. MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS usa o termo “emoção”, na página 27 de sua tradução.

<sup>980</sup> Cf. *Ecce...*, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 95.

mundo, o irreal e ideal. Aquilo que o dualismo entre ser e dever-ser, caricatamente “moderno”, em certo sentido, entrega de incondicionado à decisão volitiva, **deve ser compreendido, ao contrário, como condicionado**: em NIETZSCHE, ao pensamento, às sensações e ao afeto. E mais que isso: também ao prazer e ao desprazer, ao intelecto interpretante e à inteligência:

Em oposição a Schopenhauer ofereço as seguintes teses. Primeira: para que surja a vontade, é necessária antes uma idéia de prazer e desprazer. Segunda: o fato de um estímulo veemente ser sentido como prazer ou desprazer está ligado ao intelecto *interpretante*, que, é certo, em geral trabalha nisso de modo inconsciente para nós; e o mesmo estímulo pode ser interpretado como prazer ou desprazer. Terceira: apenas nos seres inteligentes há prazer, desprazer e vontade; a imensa maioria dos organismos não tem nada disso [*sic*]<sup>981</sup>.

Por isso, NIETZSCHE pode dizer que “...a crença na liberdade da vontade é erro original de todo ser orgânico...”<sup>982</sup>. A vontade é, portanto, algo muito mais complexo do que um livre-arbítrio que dependa, exclusivamente, de uma tomada de decisão individual, por um sujeito, supostamente, senhor de si. Ou: diante de uma decisão a ser tomada, dizer que nela há, unicamente, o caráter volitivo, é esconder, por sob o manto que é a expressão “vontade”, toda uma complexidade de forças, pensamentos e sentimentos interligados, que se opõem uns aos outros. Uma decisão até poderia ser pensada como fruto apenas da vontade: mas sustentá-lo implica admitir haver uma infinidade de forças que desembocam naquela tomada de decisão. “Apenas” e “vontade” são termos linguísticos que escondem o que há de complexo nessa realidade.

**NIETZSCHE tinha consciência, quase um século antes daquilo que se convencionou como virada linguística, do poder limitador da linguagem.** As palavras transformam realidades complexas, singulares e mutantes em coisas simples, fixas, imobilizadas e idênticas a outras como elas. Por isso, o filósofo valoriza a comunicação pela arte, notadamente a música – que, ao contrário da palavra, não dilui, não despersonaliza, não idiotiza a comunicação e sua compreensão<sup>983</sup>. Toda essa complexidade

<sup>981</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 150.

<sup>982</sup> **Humano...**, v. 1, *op. cit.* p. 28.

<sup>983</sup> Cf. **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 182. Sobre esse poder da linguagem em NIETZSCHE, cf. JOSÉ THOMAZ BRUM, Prefácio, in PIERRE KLOSSOWSKI, **Nietzsche e o círculo vicioso**, p. 10.

do real é, porém, reduzida a uma dicotomia, na utilização das palavras “vontade” e “razão”.

Atribuir tudo à vontade livre, ao simples querer incondicionado do sujeito, é, ainda, apostar no solipsismo. **É crer naquele sujeito moderno autossuficiente**, consciente de si e de suas possibilidades, não sujeito a qualquer influência despercebida ou indesejada, capaz de qualquer empreendimento, desde que ponha em prática sua sapiência *erga omnes*. Nesse sentido, alerta NIETZSCHE:

O anseio por “livre-arbítrio”, naquele superlativo sentido metafísico que infelizmente ainda impera nas cabeças dos semi-instruídos, o anseio de carregar sozinho a inteira e última responsabilidade por suas ações e dela desobrigar Deus, mundo, antepassados, acaso, sociedade, não é nada menos do que o de ser precisamente essa *causa sui* e, com uma audácia maior que aquela de Münchhausen, puxar-se pelos cabelos do pântano do nada para a existência<sup>984</sup>.

Mas ninguém é um sujeito isolado, dono único de seu próprio destino e senhor absoluto de seu próprio querer. Esse sujeito, que decide mediante vontade própria e nada mais, simplesmente não existe. **HEIDEGGER trará o *Dasein*, mas NIETZSCHE já dissera:**

Pois assim como o povo distingue o corisco do clarão, tomando este como *ação*, operação de um sujeito de nome corisco, do mesmo modo a moral do povo discrimina entre a força e as expressões da força, como se por trás do forte houvesse um substrato indiferente que *fosse livre* para expressar ou não a força. Mas não existe um tal substrato; não existe “ser” por trás do fazer, do atuar, do devir; “o agente” é uma ficção acrescentada à ação – a ação é tudo... não é de espantar que os afetos entranhados que ardem ocultos, ódio e vingança, tirem proveito dessa crença, e no fundo não sustentem com fervor maior outra crença senão a de que o forte é *livre* para ser fraco, e a ave de rapina livre para ser ovelha – assim adquirem o direito de *imputar* à ave de rapina o fato de ser o que é... O sujeito (ou, falando de modo mais popular, a *alma*) foi até o momento o mais sólido artigo de fé sobre a terra, talvez por haver possibilitado à grande maioria dos mortais, aos fracos e oprimidos de toda espécie, enganar a si mesmos com a sublime falácia de interpretar a fraqueza como liberdade, e o seu ser-assim como *mérito*<sup>985</sup>.

**Qualquer “sujeito cognoscente” é sempre o resultado de todo um processo do qual ele não dispõe.** É alguém inserido num mundo e numa história. Isso não sig-

<sup>984</sup> Além..., tradução de Renato Zwick, *op. cit.*, p. 43.

<sup>985</sup> Genealogia..., *op. cit.*, p. 35-36.

nifica negar responsabilidade e possibilidades de decisão e de direcionamento para o indivíduo. Mas significa que essa responsabilidade e essas possibilidades, por outro lado, também não estão livres de qualquer influência. Ao contrário de um pensamento maniqueísta, é preciso perceber a complementariedade e a recursividade entre a autonomia e a dependência. Essa essencial inserção originária nesse ciclo complementar e recursivo independe da vontade; excluí-la, ou neutralizar, na totalidade, seus efeitos, é algo que está fora das possibilidades humanas, como explica, ainda, NIETZSCHE:

*A consciência da aparência.* – Como é nova e maravilhosa e, ao mesmo tempo, horrível e irônica a posição que sinto ocupar, com meu conhecimento, diante de toda a existência! Eu *descobri* que a velha humanidade e animalidade, e mesmo toda a pré-história e o passado de todo ser que sente, continua inventando, amando, odiando, raciocinando em mim – no meio deste sonho acordei repentinamente, mas apenas para a consciência de que sonho e *tenho* que prosseguir sonhando, para não sucumbir: tal como o sonâmbulo tem que prosseguir o sonho para não cair por terra. O que é agora, para mim aparência? Verdadeiramente, não é o oposto de alguma essência – que posso eu enunciar de qualquer essência, que não os predicados de sua aparência? Verdadeiramente, não é uma máscara mortuária que se pudesse aplicar a um desconhecido X e depois retirar! A aparência é, para mim, aquilo mesmo que atua e vive, que na zombaria de si mesmo chega ao ponto de me fazer sentir que tudo aqui é aparência, fogo-fátuo, dança de espíritos e nada mais – que, entre todos esses sonhadores, também eu, o “homem do conhecimento”, danço a minha dança, que o homem do conhecimento é um recurso para prolongar a dança terrestre e, assim, está entre os mestres-de-cerimônia da existência, e que a sublime coerência e ligação de todos os conhecimentos é e será, talvez, o meio supremo de manter a universalidade do sonho e a mútua compreensibilidade de todos esses sonhadores, e, precisamente com isso, *a duração do sonho*<sup>986</sup>.

<sup>986</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 92 – A expressão “homem do conhecimento” é a opção do tradutor para *Erkennender*, que também pode ser traduzida como “sujeito cognoscente”, no sentido de alguém que se dedica ao conhecimento – cf. nota do tradutor n. 20, ao aforismo n. 37, na página 320. O aforismo 57 vai no mesmo sentido: “Aos realistas. – Vocês, homens sóbrios, que se sentem defendidos contra a paixão e as fantasias e bem gostariam de transformar em orgulho e ornamento o seu vazio, vocês chamam a si próprios de realistas e insinuam que, tal como lhes aparece o mundo, assim ele é realmente: apenas diante de vocês a realidade surge sem véu, e vocês próprios seriam talvez a melhor parte dela – ó, queridas imagens de Sais! Mas também vocês, no seu estado sem véu, não continuam seres altamente apaixonados e obscuros, se comparados aos peixes, e ainda muito semelhantes a um artista apaixonado? – e o que é ‘realidade’ para um artista apaixonado? Vocês ainda levam e andam às voltas com as avaliações das coisas que tiveram origem nas paixões e amores de séculos passados! Sua sobriedade ainda é impregnada de uma oculta e inextinguível embriaguez! O seu amor à ‘realidade’, por exemplo – como é velho, antiquíssimo! Em cada impressão, em cada sensação há um quê desse velho amor: e igualmente alguma fantasia, um preconceito, uma desrazão, uma insciência, um temor e alguma coisa mais contribuíram para tecê-la. Ali, aquela montanha! E aquela nuvem! O que é ‘real’ nelas? Subtraíam-lhes a fantasmagoria e todo o humano acréscimo, caros sóbrios! Sim, se pudessem fazê-lo! Se pudessem olvidar sua procedência, seu passado, sua pré-escola – toda a humanidade e animalidade! Não existe ‘realidade’ para nós – e tampouco para vocês, sóbrios –, estamos longe de ser tão diferentes como pensam, e talvez nossa boa vontade em ultrapassar a embriaguez seja tão respeitável quanto sua crença de que são incapazes de embriaguez” – *ibidem*, p. 95-96. E também, mais adiante: “Não é, como se nota, a

Ainda tratando do problema da inserção no mundo do ser humano, diz NIETZSCHE, em outra passagem: “*Cada um é necessário, é um pedaço de destino, pertence ao todo, está no todo – não há nada que possa julgar, medir, comparar, condenar nosso ser, pois isto significaria julgar, medir, comparar, condenar o todo... Mas não existe nada fora do todo!*”<sup>987</sup>. **Não existe esse sujeito cognoscente cujo único contraponto, diante de si, seria o objeto do conhecimento, que ele dominaria.** É o que explica o filósofo: “*O ‘indivíduo’, tal como o povo e a filosofia até hoje o entenderam, é um erro, afinal: não é nada por si, não é um átomo, um ‘elo da corrente’, nada simplesmente herdado de antigamente – ele é toda linha ‘ser humano’ até ele mesmo...*”<sup>988</sup>. Porém, num sujeito solitário, senhor de si e alheio a influências externas, que calma e imperturbavelmente produz um conhecimento objetivo, ainda se crê no direito tributário brasileiro.

Então: nem a vontade é livre e incondicionada, nem a razão pode ser exercida sem sua influência. O discurso que contrapõe vontade e razão reifica ambos, colocando-os separados, quase fisicamente. Debaixo da palavra simples “vontade”, há uma realidade complexa, em interconexão com todo o mundo e a existência. O sujeito não é indivíduo: participa de uma existência que se estrutura simbolicamente, em relações de poder que o constituem e para as quais ele devolve condicionamentos. Tudo isso, para além de uma suposta “vontade” simples e incondicionada. E, também, para além de uma razão também simples, que se pudesse esquivar da vontade. Ao contrário: todo exercício de razão, como se verá, é, segundo o filósofo, um exercício de vontade.

---

*oposição entre sujeito e objeto que aqui me interessa: essa distinção deixo para os teóricos do conhecimento que se enredaram nas malhas da gramática (a metafísica do povo). E menos ainda é a oposição entre fenômeno e ‘coisa em si’: pois estamos longe de ‘conhecer’ o suficiente para assim separar. Não temos nenhum órgão para o conhecer, para a ‘verdade’: nós ‘sabemos’ (ou cremos, ou imaginamos) exatamente tanto quanto pode ser útil ao interesse da grege humana, da espécie: e mesmo o que aqui se chama ‘utilidade’ é, afinal, apenas uma crença, uma imaginação e, talvez, precisamente a fatídica estupidez da qual um dia pereceremos” – ibidem, p. 250.*

987

Crepúsculo..., op. cit., p. 46.

988

Ibidem, p. 81.

### 5.2.3 A vontade de verdade

*“O ideal de um conhecimento adióforo, neutro e indiferente em relação à vida e que, portanto, se recusa ao entusiasmo e à emoção, é um ideal pobre”<sup>989</sup>*

Se vontade é uma realidade complexa, é também inevitável – não está à plena disposição do sujeito. A vontade está em tudo. Não há como deixar a vontade de lado e decidir deixar de ter vontade: essa decisão já é, sempre, fruto da vontade, que permanece mais ou menos atuante. Outra concepção que alicerça o dualismo entre ser e dever-ser repousa na consideração da ciência como algo que se atrela ao conhecimento objetivo e racional das coisas e da qual a vontade, incontrollável e irracional, está excluída. A filosofia nietzschiana, porém, é um antídoto contra a ingenuidade que repousa nessa noção: **a ciência jamais está livre da vontade.**

HEIDEGGER, ao interpretar o filósofo do Zaratustra como parte da tradição metafísica – isto é, como um pensamento que fica preso na determinação do ser do ente e, com isso, deixa esquecida a pergunta quanto ao ser – sustenta que, **em NIETZSCHE, a resposta pelo ser do ente é vontade de poder** (*Wille zur Macht*): o ente é, e à medida que é, afinal, e no fundo, vontade de poder<sup>990</sup>. No pensamento nietzschiano, é possível encontrar trechos que corroborariam essa interpretação heideggeriana. Zaratustra, por exemplo, afirma: *“Onde encontrei vida, ali encontrei vontade de potência...”*<sup>991</sup>. O próprio NIETZSCHE afirma: *“...a vida mesma é vontade de poder –...”*; *“O mundo visto de dentro, o mundo definido e classificado no seu ‘caráter inteligível’ – ele seria precisamente ‘vontade de poder’ e nada além disso. –”*<sup>992</sup>. NIETZSCHE afirma, do caráter de vontade de poder, reconhecido a toda vida: *“Supondo que, como teoria, isto seja uma inovação – como realidade, é o fato primordial de to-*

<sup>989</sup> **Ciência feliz...**, *op. cit.*, p. 24; **Ciência feliz**, 2. ed., *op. cit.*, p. 26; **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 30.

<sup>990</sup> Cf. **Nietzsche**, v. 1, *op. cit.*, p. 6, 19.

<sup>991</sup> Assim..., *op. cit.*, p. 238. Na edição alemã: *“Wo ich Lebendiges fand, da fand ich Willen zur Macht...”* – Also..., *op. cit.*, p. 147. RUBENS RODRIGUES TORRES FILHO, que traduziu os textos de NIETZSCHE que integram o volume da *Coleção Os Pensadores*, prefere utilizar “vontade de potência”, em vez de “vontade de poder”, para *Wille Zur Macht*. Essa é uma disputa presente nos tradutores brasileiros. Para uma explicação interessante, v. a nota de FLÁVIO KOTHE, que, conforme o contexto, utiliza variações, como “vontade voltada para o poder” ou, para *Wille zur Wahrheit*, “vontade devotada à verdade” – Nota..., *op. cit.*, p. 16-17. Cf., ainda, MARCO ANTÔNIO CASANOVA, Nota... *op. cit.*, p. 5-6, n. 1.

<sup>992</sup> **Além...**, *op. cit.*, p. 35, 63.

da a história: seja-se honesto consigo mesmo até esse ponto! —”<sup>993</sup>. Embora, para NIETZSCHE, essa não seria uma determinação metafísica, por não se basear na distinção entre dois mundos, um aparente e outro verdadeiro, porque nega e supera esse dualismo, sua concepção é: o ente na totalidade é vontade de poder e nada além disso.

**Se todo ente, e o ente na totalidade, tudo é vontade de poder, então fazer ciência é um exercício de vontade de poder.** É como vontade de poder que se manifesta o exercício da razão. A explicação de HEIDEGGER dá-se nesse sentido: “*Se para Nietzsche a vontade determina o ser de todo e qualquer ente, então não é a vontade que é algo psíquico, mas a alma (a psique) que é algo volitivo. Mas também o corpo e o espírito são vontade, uma vez que algo desse gênero ‘é’*”<sup>994</sup>. Corpo e espírito são vontade. A ciência, enquanto procedimento psíquico, é uma manifestação de vontade de poder. Fazer ciência é deixar atuar a vontade de poder. É submeter-se a um jogo incessante e complexo de vontades de poder conflitantes, que resultam no ato de se fazer ciência.

**NIETZSCHE fala, constantemente, na “vontade de verdade” (*Wille zur Wahrheit*).** A vontade de verdade é uma forma da vontade de poder<sup>995</sup>. Trata-se de uma manifestação da vontade de poder intramundana que se traduz na decisão fundamental, moral e axiológica, de buscar sempre a verdade<sup>996</sup>. Essa vontade, porém, dirige-se a violentar a realidade, uma vez que pretende tornar pensável, inclusive, aquilo que não o é. Em *Assim falou Zaratustra*, lê-se, a respeito da vontade de verdade:

“Vontade de verdade” é como se chama para vós, ó mais sábio dos sábios, o que vos impele e vos torna fervorosos?  
 Vontade de que seja pensável tudo o que é: assim chamo *eu* vossa vontade !  
 Quereis antes *tornar* pensável tudo o que é: pois duvidais, com justa desconfiança, de que seja pensável.  
 Mas deve adaptar-se e curvar-se a vós ! Assim quer vossa vontade ! Liso deve ele tornar-se, e submisso ao espírito, como seu espelho e reflexo.  
 Essa é toda a vossa vontade, ó mais sábio dos sábios, como uma vontade de potencia; e mesmo quando falais do bem e mal e das estimativas de valores.  
 Quereis criar ainda o mundo diante do qual podereis ajoelhar-vos: assim é vossa última esperança e embriaguez [*sic*]<sup>997</sup>.

<sup>993</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>994</sup> Nietzsche, v. 1, *op. cit.*, p. 34.

<sup>995</sup> Cf. ROBERTO MACHADO, *Nietzsche e a verdade*, p. 76.

<sup>996</sup> Cf. **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 59.

<sup>997</sup> Assim..., *op. cit.*, p. 237. No original, em alemão:

“*Wille zur Wahrheit*’ heisst ihr’s, ihr Weisesten, was euch treibt und brünstig macht?

Sem entrar na disputa acerca do caráter de explicação metafísica da vontade de poder, fato é que todo o mundo é, para NIETZSCHE, vontade de poder; ou, se se preferir, vontades de poder atuando permanentemente umas sobre as outras, resultando em uma disposição sempre sujeita à mudança no instante imediatamente seguinte<sup>998</sup>. **Uma dessas vontades de poder – ou uma das manifestações da vontade de poder – é a ciência.** A vontade de verdade é conceito que articula a ordem moral à epistemológica<sup>999</sup>. A valoração positiva da verdade em face da inverdade, e do conhecer diante do desconhecer, são aspectos morais da vontade de verdade. NIETZSCHE propõe-se, inclusive, a questionar precisamente esse valor da verdade. Tal questão será, ao final, retomada: o valor fundamental para a ciência do direito seria mesmo a verdade? Ela está contraposta a valores como justiça e sensibilidade? Por ora, o que interessa é saber que fazer ciência é sempre algo que resulta da atuação da vontade de poder, e algo no qual a vontade de poder está sempre presente, de forma determinante. Filosofia também é vontade de poder, que cria um mundo à sua imagem. Uma vontade de poder tirana, que acredita mais em si mesma do que no próprio mundo que tenta compreender<sup>1000</sup>. Ser racional é atuar por força da vontade de poder. NIETZSCHE chama paixão do conhecimento, paixão de quem deseja conhecer, a vontade de verdade que vê surgir e se desenvolver, cada vez mais, no final do século XIX<sup>1001</sup>.

Tome-se a pessoa cientista, que nada mais é do que vontade de poder, dentro de um mundo que é vontade de poder: a ela é **rigorosamente impossível deixar de ter vontade para fazer ciência.** Ao contrário: fazer ciência e deixar-se levar pela vontade de verdade são o mesmo. Essa negação da vontade seria impossível; ou possível, apenas e talvez, para um santo, como indaga NIETZSCHE: “*Como é possível a negação*

---

*Wille zur Denkbarkeit alles Seienden also heisse i c h euren Willen!*

*Alles Seiende wollt ihr erst denkbar m a c h e n : denn ihr zweifelt mit gutem Misstrauen, ob es schon denkbar ist.*

*Aber es soll sich euch fügen und biegen! So will's euer Wille. Glatt soll es werden und dem Geiste unterthan, als sein Spiegel und Widerbild.*

*Das ist euer ganzer Wille, ihr Weisesten, als ein Wille zur Macht; und auch wenn ihr vom Guten und Bösen redet und von den Werthschätzungen.*

*Schaffen wollt ihr noch die Welt, vor der ihr knien könnt: so ist es eure letzte Hoffnung und Trunkenheit” – Also..., op. cit., p. 146.*

<sup>998</sup> Sobre esse conflito de interpretações, v. WOLFGANG MÜLLER-LAUTER, **A doutrina da vontade de poder em Nietzsche**, *passim*.

<sup>999</sup> Cf. ROBERTO MACHADO, **Nietzsche...**, *op. cit.*, p. 75.

<sup>1000</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE, **Além...**, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1001</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 146, 181-182.



*da vontade? Como é possível o santo? –*<sup>1002</sup>. Mas o cientista não é santo: é ser humano, é vontade de poder, vive nesse mundo que é vontade de poder e nada além disso, e não num outro mundo, no qual a negação da vontade pudesse ser eventualmente possível. O pai do Zarathustra jamais admitiria a ideia de um sujeito cognoscente que nada criasse, apenas se permitisse receber, passivamente, o conhecimento do objeto. Afirma: “*Seu ‘conhecer’ é criar, seu criar é legislar, sua vontade de verdade é – vontade de poder. –*”<sup>1003</sup>. Aquele “sujeito cognoscente”, no qual ainda hoje se crê, no direito tributário, é visto, pelo filósofo, como uma fábula perigosa: “*De agora em diante, senhores filósofos, guardemo-nos bem contra a antiga, perigosa fábula conceitual que estabelece um ‘puro sujeito do conhecimento, isento de vontade, alheio à dor e ao tempo’...*”<sup>1004</sup>. Para NIETZSCHE, é simplesmente impossível afastar completamente a vontade, na hora de fazer ciência; deixar de lado qualquer elemento volitivo para exercer a razão. E, ainda que fosse possível, seria indesejável: seria a castração do intelecto<sup>1005</sup>. O próprio filósofo, quando reflexivamente fala de suas atividades no campo do conhecimento, não deixa de registrar sua origem volitiva:

O fato de que me atenho a eles ainda hoje, de que eles mesmos se mantenham juntos de modo sempre firme, crescendo e entrelaçando-se, isto fortalece em mim a feliz confiança em que não me tenham brotado de maneira isolada, fortuita, esporádica, mas a partir de uma raiz comum, de algo que comanda na profundidade, uma *vontade fundamental* de conhecimento que fala com determinação sempre maior, exigindo sempre maior precisão<sup>1006</sup>.

Se o dualismo entre ser e dever-ser fundamenta-se, de um lado, na ideia de que tomadas de decisão são determinadas unicamente pela vontade, esse “unicamente” já se torna passível de crítica, na medida em que à vontade não cabe o adjetivo “única”, cabível apenas, talvez, à palavra “vontade” – que, em si, esconderia, num conceito único, uma multiplicidade de forças, sempre atuantes, em uma síntese paradoxal de harmonia e antagonismo. E se tal doutrina fundamenta-se, de outro lado, na noção segundo a qual conhecimento e razão são opostos à vontade e à decisão, **perde funda-**

---

<sup>1002</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>1003</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>1004</sup> **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 109.

<sup>1005</sup> Cf. *idem*.

<sup>1006</sup> **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 8.

**mento ao compreender-se que, da vontade, nada se separa, e, a ela, nada se opõe.** Nem a ciência e nem a filosofia, no pensamento nietzschiano: “...a maior parte do pensamento consciente de um filósofo é secretamente guiada e compelida a determinados rumos pelos seus instintos”<sup>1007</sup>. Com essa afirmação, certamente concordaria BACHELARD: “...é preciso perceber que o conhecimento empírico... envolve o homem sensível por todas as expressões de sua sensibilidade. Quando o conhecimento empírico se racionaliza, nunca se pode garantir que valores sensíveis primitivos não interfiram nos argumentos”<sup>1008</sup>. Separar razão de vontade para, ao fazer ciência, usar-se só a razão e livrar-se do irracional: eis uma crença doutrinária, que erige o mito da ciência objetiva e racional, mas incapaz de resistir ao argumento filosófico.

NIETZSCHE também diz, em pensamento fundamental para aprofundar a crítica aos procedimentos da doutrina tributarista, que **essa vontade de verdade conserva o pensamento metafísico**. Se a ciência foi concebida como uma superação da metafísica, quando submetida à vontade de verdade a qualquer custo acaba por, ao contrário, conservá-la:

Alguns ainda precisam da metafísica; mas também a impetuosa *exigência de certeza* que hoje se espalha de modo científico-positivista por grande número de pessoas, a exigência de *querer* ter algo firme (enquanto, no calor dessa exigência, a fundamentação da certeza é tratada com maior ligeireza e descuido): também isso é ainda a exigência de apoio, de suporte, em suma, o *instinto de fraqueza*, que, é verdade, não cria religiões, metafísicas, convicções de todo tipo – mas as conserva<sup>1009</sup>.

**É preciso compreender bem esse conservadorismo da vontade de verdade diante da metafísica.** Ele decorre de que, em nome da verdade, a ciência costuma fundamentar e manter oposições dualistas metafísicas, como “mundo aparente” e “mundo verdadeiro”, cuja tradução, no direito tributário brasileiro, está no dualismo entre o mundo do “direito positivo”, incoerente, imperfeito, particular, cambiável, não confiável, e o mundo da “ciência do direito”, coerente, perfeito, universal, permanente, confiável. Há uma oposição fundamental que sustenta a concepção epistemológica predominante entre os tributaristas: direito positivo, mundo do engano, da prova empí-

<sup>1007</sup> Além..., *op. cit.*, p. 23.

<sup>1008</sup> A formação..., *op. cit.*, p. 19.

<sup>1009</sup> A gaia..., tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 240.

rica; e ciência do direito, mundo da verdade, para além dessa prova física – metafísica, portanto. A vontade de verdade e a metafísica do mundo verdadeiro, eterno, universal e idêntico andam, para NIETZSCHE, lado a lado: “*O ser humano busca ‘a verdade’: um mundo que não se contradiga, não engane, não mude, um mundo de verdade – um mundo em que não se sofra: contradição, engano, mudança – causas do sofrimento!*”<sup>1010</sup>. A tributarística brasileira encontrou esse mundo, no qual não há contradição, nem engano, nem mudança, nem sofrimento: é a sua ciência. Nela, as normas são sempre idênticas, hipóteses e consequências, e sabê-lo impede o engano; um saber para sempre verdadeiro, e *a priori* imune a qualquer crítica, perfeito e eterno.

#### 5.2.4 A destruição da metafísica: o platonismo invertido

*“...os conceitos de obrigação e crédito tributários correspondem a categorias ‘dogmáticas’, ou, desprezando-se essa linguagem figurada, que equipara a norma a um dogma, que eles se definem como uma técnica do Direito Positivo”<sup>1011</sup>*

JULIÁN SERNA ARANGO abre sua reflexão, a respeito da escrita filosófica, no giro linguístico, dizendo: “*Desde Nietzsche hasta nuestros días... hemos asistido a una profunda mutación de las ideas filosóficas, y en particular a la ruptura con el universalismo propio de la tradición platónico-cristiana...*”<sup>1012</sup>. Essa nova condição, na qual passa a ser pensada a universalidade, não teve, contudo, eco no pensamento tributário brasileiro. Também nesse tema, considerar NIETZSCHE pode trazer importante contribuição para o progresso da ciência do direito tributário.

Os tributaristas têm entendido que seu trabalho consiste em identificar um objeto, o conjunto das normas jurídicas tributárias positivas, e, enquanto sujeito autônomo a ele contraposto, descrevê-lo com rigor, procurando as formas sintáticas uniformes, que estariam no subterrâneo da linguagem jurídico-prescritiva. Identificadas tais formas, devem retornar instrumentalizados ao direito positivo, com a tarefa de sistematizá-lo. O tributarista é um sujeito cognoscente que elege um objeto formal a ser conhe-

<sup>1010</sup> Fragmentos..., *op. cit.*, p. 69.

<sup>1011</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. 497; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 421.

<sup>1012</sup> Filosofia, literatura y giro lingüístico, p. 11.

cido, e depura-o de suas incongruências, construindo um sistema coerente. Como, contudo, o cientista não pode ir além disso, ele deveria, ao observar uma múltipla possibilidade de interpretação do direito positivo, compreendê-la enquanto tal, e expor com rigor essa multiplicidade, descrevendo habilmente as várias possibilidades, sem tomar posição a respeito. Cabe-lhe lamentar que o direito positivo tenha sido mal construído. Melhor seria se fosse feito mediante observação das estruturas sintáticas universais; contudo, não se pode exigir tal sutileza científica do órgão competente para a elaboração do direito positivo. Diante disso, **o cientista substitui a má formulação do direito positivo por seu sistema ideal**: da criação e da aplicação do direito positivo cuidam os políticos e os juízes; os tributaristas cuidam de sua substituição pelas formas ideais da “teoria geral do direito” e da “lógica jurídica”.

É assim que, por exemplo, não se admite que o Código Tributário Nacional, efetivamente válido no sistema desde a década de 1960, separe a obrigação tributária do crédito tributário. Isso é havido como um erro lógico: a relação jurídica obrigacional tem o crédito como elemento constitutivo; logo, o código não poderia ter cindido obrigação e crédito. O código, no plano do direito positivo, é incorreto, falho, equivocado, falso. Institui uma individualidade e uma diferença que embaraçam a forma universal de compreensão do direito adotada pela doutrina. Nesse universal está o verdadeiro: o conceito deontológico-ideal de relação jurídica. **Com base nesse mundo verdadeiro, teórico e lógico, onde habita a verdade eterna e universal**, a ciência tributarista faz a crítica, para corrigir, em metalinguagem, o erro do direito positivo concreto e empírico. Esse seria o seu trabalho fundamental.

O direito é uma realidade constantemente aberta à reforma. Por isso, é sensato pretender a reforma do objeto com base em uma proposta teórica. A proposta, entretanto, para ter o tom da cientificidade reclamado por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, demanda fundamento empírico. Para o autor, mesmo a teoria geral do direito, obtenível via indução a partir do direito positivo, cede se, em confronto com essa realidade empírica, não for corroborada. Não é um conjunto de doutrinas universais, eternas, fechadas à contraprova e não empíricas. Ou: não é metafísica. No direito tributário, é comum **refutar-se a prova empírica mediante o recurso à teoria idealizada**. De um lado, lamenta-se a inépcia do órgão competente para positivizar o direito, com-

preendendo os motivos desse proceder; isso, porém, não deve abalar o teórico, porque o conhecimento das formas ideais da relação jurídica permite a construção de um sistema ideal, imune ao erro, à diferença e à particularidade. Com isso, sobre ser possível, é correto abandonar a construção legislativa individual, e edificar a teoria que a corrige, na sua metalinguagem verdadeira, na qual habitam formas gerais e universais<sup>1013</sup>.

O procedimento doutrinário tem o direito positivo como algo no qual reside, como um hóspede tanto indesejado quanto permanente, a falsidade e o equívoco. A ele contraposto, há uma esfera onde vivem formas sintáticas constantes e universais, verdadeiras e corretas. **Há, aqui, claramente, dois mundos: o do direito positivo e o da ciência do direito.** Um é o mundo da constante possibilidade de erro e engano; outro, o mundo do permanente acerto. Um é o mundo empiricamente verificável, outro o mundo teoricamente acessível pela via da reflexão. No primeiro mundo, estão as realidades cambiáveis, particulares, no qual, por exemplo, obrigação e crédito podem assumir relações, a cada vez, diferentes; no outro mundo, estão as realidades criadas pela reflexão teórica, sempre idênticas em sua permanência eterna e universal, no qual, por exemplo, obrigação e crédito têm sempre o mesmo inter-relacionamento pré-definido. Enquanto um mundo tem existência empiricamente verificável, o outro mundo está para além dessa existência e dessa verificabilidade, e dela independe para continuar verdadeiro. Um mundo está dentro da caverna, onde as correntes o prendem; outro está fora, onde a luz ilumina e liberta. Um é o mundo físico, outro o metafísico. Cabe ao cientista aceder daquele mundo do erro a este mundo da verdade, inclusive para reprovar e corrigir o mundo do equívoco. Veja-se o que escreveu NIETZSCHE: “*Os filósofos nunca vacilaram em afirmar um mundo, desde que ele contradissesse este mundo aqui, desde que lhes desse a oportunidade de falar mal deste mundo aqui*”<sup>1014</sup>. É a tradição metafísica contra a qual o filósofo dirige sua reflexão. Tradição da qual os procederes da ciência do direito tributário permanecem a receber clara e notável influência. É uma ciência fortemente metafísica.

O juiz e o administrador público têm que lidar com o direito concreto, positivo, suas incongruências, suas irracionalidades, suas injustiças, e aplicá-lo ao caso concre-

---

<sup>1013</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 453.

<sup>1014</sup> *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 82.

to, com a obrigação de ser congruente, racional e justo; decidindo, muitas vezes, entre várias alternativas. O mesmo se diga de quem cria abstratamente o direito diante da realidade fática, que pode ser irracional, injusta, cambiável; a cada vez, diferente e particular. Essas dificuldades não aparecem no discurso científico. O cientista teria a prerrogativa funcional de despreocupar-se dessa realidade, permitindo-se trabalhar num mundo teórico, harmônico e coerente. **O problema epistemológico, então, desvela-se em toda a sua amplitude.**

Esse expediente é corriqueiro. É mediante essa forma de trabalho que se sustenta que a obrigação tributária acessória está no mundo do erro, esse mundo físico concreto do Código Tributário Nacional. Ela é errada se não tiver conteúdo patrimonial. A ela pode-se contrapor um mundo da verdade, o das formas ideais e dos conceitos teóricos, o mundo da ciência, da metalinguagem metafísica, no qual toda obrigação é patrimonial. Essa oposição dualista também permite considerar erro a previsão de que o “fato gerador” concreto é tanto necessário quanto suficiente para o surgimento da obrigação tributária. O equívoco decorreria de sua contrariedade diante do mundo da verdade, das formas ideais e dos conceitos teóricos, no qual apenas o fato-jurídico-linguagem-competente é capaz de irradiar a relação jurídica. A mesma forma de raciocinar está subjacente à consideração segundo a qual uma prescrição legislativa, sem previsão de sanção, nesse mundo do erro, não é uma norma; norma é apenas aquilo que tem sanção, e que está naquele mundo da verdade. Ou: uma prescrição normativa, empiricamente verificável, que não tenha hipótese e consequência, ou seja insuscetível de manifestação enquanto juízo hipotético, não é norma; está no mundo do erro. No mundo verdadeiro, normas são todas juízos hipotéticos sintaticamente homogêneas. **O mundo do ser, da verdade, das formas ideais e dos conceitos teóricos, tem amplitude universal, é imutável e inabalável:** qualquer coisa que o negue será, de antemão, um equívoco: está no mundo do erro, do devir cambiante e contingente, e deve ser posta de lado. Disso, diria NIETZSCHE: “...*justamente ainda a melhor ciência nos quer manter presos da melhor maneira nesse mundo simplificado, completamente artificial, inventado, falsificado...*”<sup>1015</sup>. Esse esforço doutrinário externa sua vontade de poder, vontade de impor, ao devir cambiável e sempre diferente, o caráter de um ser,

---

<sup>1015</sup> Além..., *op. cit.*, p. 49.

estável, universal e permanente, como na reflexão do mesmo filósofo: “*Ao devir impor o caráter do ser – essa é a máxima vontade de poder*”<sup>1016</sup>.

O pensamento dualista, que divide o mundo em dois, é nomeado, por NIETZSCHE, como o pensamento metafísico por excelência, e é posto na posição de adversário a ser derrubado. Para compreendê-lo, é preciso compreender a metafísica, explica GILLES DELEUZE, “...*pela distinção de dois mundos, pela oposição da essência e da aparência, do verdadeiro e do falso, do inteligível e do sensível...*”<sup>1017</sup>. Nesse sentido, **é profundamente metafísico o pensamento doutrinário no direito tributário**: há a “essência” da norma jurídica, sempre uma hipótese, descritora de um fato, e uma consequência, prescribente de uma relação jurídica, na homogeneidade sintática dos elementos do sistema, oposta à aparência dos textos legais, nos quais essa “essência” não se mostra presente à primeira vista. Não estando presente à primeira vista, isto é, não estando dada imediatamente à sensibilidade, é preciso ascender ao mundo do inteligível, no qual o sujeito cognoscente organiza os textos caóticos na forma eterna e universal da norma jurídica. Com isso, ele terá uma norma verdadeira – aquela, por exemplo, na qual a prescrição da relação jurídica não separa obrigação de crédito – em substituição à falsidade do mundo empírico sublunar, no qual, efetivamente, essa separação se verifica. A oposição entre o mundo do direito concreto, incoerente e contingente, e da ciência do direito, coerente e necessária, é uma oposição metafísica. Fazer ciência assim, longe de escapar do pensamento metafísico, é conservá-lo, e nele aprofundar-se.

**NIETZSCHE identifica o início dessa oposição com aquele pensamento grego que considera decadente em face do pensamento pré-socrático: SÓCRATES e PLATÃO.** O problema desses filósofos, para NIETZSCHE, é a desvalorização deste mundo do aquém. Nos diálogos platônicos entre Sócrates e Símiias, e depois entre aquele e Cebes, narrados por Fédon, uma justificativa socrática para aceitar a morte é que, com ela, finalmente, estará livre deste mundo do aquém e de seu corpo. Chegará à compreensão da verdade, no além, algo a que a sua alma, finalmente livre, estará habilitada. Apenas com a morte, e jamais durante a vida, a sabedoria seria atingida e

---

<sup>1016</sup> **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 94.

<sup>1017</sup> **Nietzsche**, *op. cit.*, p. 36.

dela o filósofo poderia usufruir<sup>1018</sup>. Por essa desvalorização, PLATÃO e SÓCRATES são percebidos, pelo pensador alemão, como sintomas de decadência, de declínio. Provocam a dissolução do genuinamente grego; são pseudogregos, e, mais ainda, antigregos<sup>1019</sup>. NIETZSCHE compara a filosofia platônico-socrática à Grécia dionisíaca pré-socrática, do apego ao aqui, do *amor fati*, antes do ideal ascético e do anseio pelo mundo que viria após a morte. A antítese que verifica traz a autorização para tratá-los como antigregos. O filósofo de Sils-Maria qualifica o pensamento socrático-platônico, assim como qualquer idealismo, como um embuste: “...eu utilizaria, para o fenômeno Platão, a dura expressão ‘embuste superior’ ou, se soar melhor, idealismo, antes que qualquer outra palavra”<sup>1020</sup>.

Quando JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES critica o recurso da doutrina tributarista aos conceitos e formas sintáticas pretensamente universais e permanentes, e, especificamente, ao conceito teórico-ideal de “obrigação”, aduz: “É pois um ‘objeto universal’ autônomo, como as ‘idéias’ ou ‘formas’ platônicas, como que pairando acima da ordem jurídica e sobrepondo-se a ela”<sup>1021</sup>. É nesse ponto que **mestre SOUTO fornece a via adequada para a crítica a esse recurso doutrinário: trata-se de mais uma manifestação do platonismo**. Outra pista poderia ser encontrada em MICHEL VILLEY, quando fala dos cientistas modernos como criadores de uma ciência da certeza total, só viabilizada mediante a troca do real pelas ideias, das coisas pelas essências, da natureza pelos conceitos<sup>1022</sup>. Assim também trabalham os tributaristas, saindo do real e refugiando-se nas ideias. ALFREDO AUGUSTO BECKER também reclama da substituição da realidade das coisas pelo símbolo abstrato, que mistifica a verdade humana carnal<sup>1023</sup>. É na mais veemente crítica ao platonismo que se encontrará a mais forte crítica à doutrina tributarista: no martelar nietzschiano.

NIETZSCHE revela aversão à moral cristã, iniciada, segundo ele, com o apóstolo PAULO, que teria construído sua igreja contra os evangelhos e contra a própria doutrina de JESUS, na qual não haveria culpa, castigo ou recompensa, subvertendo a

<sup>1018</sup> Cf. PLATÃO, Fédon, in **Diálogos**, p. 128.

<sup>1019</sup> Cf. **Crepúsculo...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1020</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>1021</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 108; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 114.

<sup>1022</sup> Cf. **A formação...**, *op. cit.*, p. 609.

<sup>1023</sup> Cf. **Carnaval ...**, *op. cit.*, p. 94; **Carnaval ...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 117.



verdadeira mensagem do Cristo<sup>1024</sup>. Um dos motivos para a repulsa nietzschiana está no fato de que essa moral se enraizaria **na concepção e na valorização positiva de um outro mundo, que está para além deste mundo físico no qual vivemos**. Aquele outro mundo, o transcendente, o reino de Deus, é onde estaria a justiça e a verdade. É para onde iria, após a morte, o cristão que assume o ideal ascético e abre mão do mundo imanente, em uma atitude de profunda recusa e condenação à imanência. É o mundo da alma, em contraposição a este mundo do corpo. É o mundo da eternidade, em contraposição a este mundo da transitoriedade; é o mundo da perfeição, enquanto este é o da imperfeição; é o mundo do acerto, da verdade, e não este, do erro e do equívoco. É também o mundo da igualdade e da universalidade, contra o mundo terreno da desigualdade e das especificidades. Assim, de acordo com NIETZSCHE, a tarefa da igreja teria sido o abandono do mundo da sensibilidade concreta:

...converter inclusive todo amor ao que é terreno e todo amor ao domínio sobre a Terra em ódio contra a Terra e ódio ao que é terreno – foi esta a tarefa que a Igreja se impôs e teve de se impor até que finalmente, segundo a sua avaliação, ‘desmundanização’, ‘dessensusalização’ e ‘homem superior’ se fundissem num só sentimento<sup>1025</sup>.

Para NIETZSCHE, contudo, o cristianismo de PAULO nada mais é do que um platonismo para as massas: “...o cristianismo é platonismo para o ‘povo’”<sup>1026</sup>. Na interpretação nietzschiana, o cristianismo é uma forma ainda mais decaída de platonismo. Mas, sobretudo, uma forma de platonismo, junto a outras. Por isso, para o filósofo, é fundamental atacar todo platonismo, e não apenas o cristianismo. **Enquanto pensamentos que negam este mundo concreto em nome de um mundo ideal, o platonismo e o cristianismo são o mesmo:**

Um artista não suporta nenhuma realidade objetiva, ele olha para longe, para trás, leva a sério a sua opinião de que o que uma coisa vale é aquele resto, semelhante à sombra, que se ganha a partir de cores, formatos, sonoridades, pensamentos; ele acredita que quanto mais é sutilizada, diluída e dissolvida

<sup>1024</sup> Cf., principalmente, os parágrafos XLI e seguintes, na obra *O anticristo* – p. 76 et seq. A respeito, registra SCARLETT MARTON: “Mas é com extremo cuidado e zelo que o filósofo estabelece a diferença entre a figura histórica de Jesus e a institucionalização do cristianismo. Criação do apóstolo Paulo, a religião cristã veio impor o reino dos fracos e dos oprimidos” – Nietzsche, filósofo da suspeita, p. 64.

<sup>1025</sup> Além..., op. cit., p. 89.

<sup>1026</sup> *Ibidem*, p. 18.

uma coisa, uma pessoa, *tanto mais cresce o seu valor; quanto menos real, tanto maior o valor*. Isso é platonismo: mas esse tinha ainda uma sutileza a mais, na inversão: – ele mensurava o grau da realidade de acordo com a escala de valores, dizendo: quanto mais “idéia”, tanto mais ser. Ele torcia e retorcia o conceito de “realidade”, dizendo: “o que vocês consideram verdadeiro é um engano, e nós, quanto mais próximos da <<idéia>>, (tanto mais próximos) da <<verdade>>. – Pode-se entender isso? Esse *foi o maior rebatimento*: e, por ele ter sido adotado pelo cristianismo, nós não percebemos a espantosa questão. No fundo, Platão *preferiu e privilegiou*, como artista que era, *a aparência ao ser*: portanto a mentira e a invencionice à verdade, o irreal ao existente e à mão, – mas ele estava tão convencido do valor da aparência que lhe adicionou os atributos “ser”, “causa primeira” e “bondade”, “verdade”, em suma Todo o Resto que se atribui ao valor<sup>1027</sup>.

HEIDEGGER registra, nesse sentido, uma convergência entre os primeiros pensamentos de NIETZSCHE e aquilo em que viria a se caracterizar, cada vez com maior intensidade, sua filosofia tardia: **a inversão do platonismo**:

**Nietzsche** disse certa vez, em uma breve anotação que se acha nos trabalhos prévios (1870-1871) para o seu primeiro escrito: “Minha filosofia é um *platonismo invertido*: quanto mais afastado do verdadeiramente ente, tanto mais puro, belo e melhor é. A vida na aparência como meta” (IX, 90). Essa é uma espantosa visualização prévia do pensador, uma visualização que abarca toda a sua posição filosófica fundamental na obra posterior, pois seus últimos anos de criação não se esforçaram por outra coisa senão por essa inversão do platonismo<sup>1028</sup>.

Inverter o platonismo significa denunciar como uma ficção aquele mundo “real”, criado pela imaginação metafísica, reafirmando a realidade deste mundo, o chamado “aparente” pela metafísica. Adaptando para o direito tributário: significa **reafirmar o valor das manifestações concretas do direito, em oposição ao mundo ideal das formas sintáticas**, sobre o qual se volta, e no qual, em boa medida, mantém-se a doutrina tributarista. Nessa inversão, NIETZSCHE afirma o valor positivo do real e imanente, em oposição ao ideal desejado, sonhado, inventado, que para ele é, até mesmo, ofensivo: “*O que justifica o ser humano é sua realidade – ela o justificará eternamente. Quanto maior não é o valor do ser humano real, comparado a um apenas desejado, sonhado, mentirosamente inventado? A um ser humano ideal?... E apenas o ser humano ideal ofende o gosto do filósofo*”<sup>1029</sup>.

<sup>1027</sup> **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 68.

<sup>1028</sup> **Nietzsche**, v. 1, *op. cit.*, p. 140.

<sup>1029</sup> **Crepúsculo...**, *op. cit.*, p. 81.

Sob a justificativa de fazer ciência, de descrever rigorosamente o direito positivo, visto como objeto diante de um sujeito, a doutrina tributarista, ao invés de escapar da metafísica, nela acabou por aprofundar-se. Vale o “mundo verdadeiro”, “real”, onde as normas são todas idênticas, no qual vige o postulado da “homogeneidade sintática”. O mundo concreto, com suas normas todas diferentes, difíceis, inexatas, contraditórias, precisa ser superado por um mundo ideal, no qual as normas sejam sempre idênticas, fáceis, exatas, coerentes. A “superação” é, até mesmo, visualizável pelo recurso à metáfora espacial: é na metalinguagem doutrinária, na linguagem de sobrenível, superior, celestial, que mora a verdade. A linguagem científica é posta como hierarquicamente superior à linguagem do direito positivo<sup>1030</sup>. Conceber esse mundo “de verdade” depende, inclusive, do pensamento lógico, segundo NIETZSCHE: “*O principio da não-contradição forneceu o esquema: o mundo verdadeiro, para o qual se procura o caminho, não pode estar em contradição consigo mesmo, não pode mudar, não pode vir a ser, não tem origem e não tem fim*”<sup>1031</sup>. **E com a ascensão desse mundo ideal, da linguagem formalizada, unívoca e universal, recusa-se valor ao mundo concreto, cambiante, contingente, disforme:** “*E o próprio “além” – para que um além, se não fosse um meio de denegrir o aquém?...*”; ou: “*A realidade foi despojada de seu valor, de seu sentido, de sua veracidade justamente no mesmo grau em que foi falsificado um mundo ideal...*”<sup>1032</sup>. É precisamente por ser cambiante e não eterno, contingente e não necessário, disforme e não universal, que este mundo do aqui deve ser considerado o mundo da falsidade. Justamente aquilo que faz deste mundo algo real, é o que se leva em consideração para dele fazer algo falso, denuncia NIETZSCHE: “*E veja-se então: agora o mundo é que se tornou falso, e exatamente por causa das propriedades que constituem a sua realidade: mudança, devir, multiplicidade, antítese, contradição, guerra*”<sup>1033</sup>. Mudar, devir, entrar em diversidade e contradição, são dados constitutivos da realidade. Negá-los em nome de um mundo permanentemente idêntico, e universalmente válido, é distanciar-se da realidade.

<sup>1030</sup> Cf. AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, *Linguagens...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>1031</sup> **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1032</sup> **Crepúsculo...**, *op. cit.*, p. 83; **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 16. Também: “*O conceito ‘além’, inventado como ‘mundo verdadeiro’ para arrancar o valor ao único mundo existente – a fim de não deixar à nossa realidade terrena nenhum objetivo, nenhuma razão, nenhuma tarefa!*” – **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 153.

<sup>1033</sup> **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 61.

É quase instintiva e imediata a analogia com a “linguagem-objeto”, repleta de equívocos como a separação entre obrigação e crédito, a obrigação sem conteúdo patrimonial, o fato que gera a obrigação jurídica sem linguagem competente, de um lado; e a “metalinguagem científica”, que se posta num plano superior, no qual essas “incorrecções” são corrigidas – em verdade: distorcidas – para se igualarem ao universal, eterno, lógico. O mundo lógico-metafísico da verdade seria um porto seguro para as elucubrações teóricas, e o mundo das manifestações jurídicas concretas seria o mundo da falsidade, a ser negado pelo juízo científico. **Nesse sentido, a tributária é uma doutrina metafísico-platonista.** Cabe a ela a observação de HEIDEGGER a respeito de AGOSTINHO, como ressalta OTTO PÖGGELER: “*A conceptualidade assimilada por Agostinho falsifica a experiência, que nela deve ser exprimida. Assim se origina o problema ‘Agostinho e o neoplatonismo’*”<sup>1034</sup>. É por aceitar ser possível cogitar de uma teoria jurídica eterna, imodificável e de validade *a priori* e universal, que a doutrina pode construir as formas sintáticas, e negar a experiência concreta quando, em confronto, esta mostra-se recalcitrante. Esse problema enferma todo o dualismo entre fato e evento. Quando se percebe, porém, que o direito concreto é um jogo incessante de vontade de poder, um devir cuja única permanência é a inconstância, e que assume, a cada momento, as mais diversas manifestações, já não cabe mais opor a ele formas lógicas eternas e universalmente aplicáveis. É possível adaptar as palavras do mesmo PÖGGELER: “*Este pensamento não pode seguir mais a lógica, porque ele já não coloca o ente naquele consistente, para o qual sempre se pode regressar*”<sup>1035</sup>.

**O mundo ideal doutrinário não tem existência empírica: é uma criação metafísica.** Sobre a inexistência do mundo inteligível, disse certa vez FRIEDRICH NIETZSCHE: “*O homem moral não está mais próximo do mundo inteligível do que o físico – pois o mundo inteligível não existe...*”<sup>1036</sup>. A “norma jurídica” em si, sempre idêntica e universal, seguindo uma forma lógica perfeita e imutável, existe apenas na idealização do jurista; fora do âmbito noológico, há, concretamente, uma infinidade de

<sup>1034</sup> **A via do pensamento de Martin Heidegger**, p. 42 – originalmente, publicada como *Der denkweg Martin Heideggers*.

<sup>1035</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>1036</sup> **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 103. NIETZSCHE, aqui, remete-se a seu *Humano, demasiado humano*, v. 1, onde ele cita a frase de PAUL RÉE, encontrada no livro *Sobre a origem dos sentimentos morais*. Porém, na citação de *Humano, demasiado humano*, a última oração do período não existe – cf. **Humano...**, v. 1, *op. cit.*, p. 44; PAULO CÉSAR DE SOUZA, Notas, *in ibidem*, p. 285.

normas jurídicas. “Norma jurídica” – assim como “relação jurídica”, “fato jurídico”, “linguagem competente” *etc.* – torna-se, com sua utilização doutrinária, um daqueles “conceitos-múmias” aos quais se refere NIETZSCHE: as normas jurídicas sempre vêm a ser, e podem ser a todo momento diferentes – quem o impedirá? Mas a doutrina, que se tem por incompetente para tratar do mundo do vir-a-ser, da diversidade e da alternância, cria para si um mundo do ser, da universalidade e da eternidade, e mumifica o que é essencialmente devir:

Vocês me perguntam o que é idiosincrasia nos filósofos?... Por exemplo, sua falta de sentido histórico, seu ódio à noção mesma do vir-a-ser, seu egipcismo. Eles acreditam fazer uma *honra* a uma coisa quando a des-historicizam, *sub specie aeterni* [sob a perspectiva da eternidade] – quando fazem dela uma múmia. Tudo o que os filósofos manejaram, por milênios, foram conceitos-múmias; nada realmente vivo saiu de suas mãos. Eles matam, eles empalham quando adoram, esses idólatras de conceitos – tornam-se um perigo mortal para todos, quando adoram. A morte, a mudança, a idade, assim como a procriação e o crescimento, são para eles objeções – até mesmo refutações. O que é não se *torna*; o que se torna não é...<sup>1037</sup>.

A criação dessas uniformidade, eternidade e universalidade, em contraposição ao devir particular, do outro mundo diante deste, é qualificada, por NIETZSCHE, com severidade aguda e tolerância escassa, como uma mentira, uma manifestação do instinto de calúnia. O ideal é uma mentira contra a realidade; invertendo os sentidos semânticos, o filósofo chama a mentira contra o real concreto uma “blasfêmia”: “O ‘mundo verdadeiro’ e o ‘mundo aparente’ – em alemão: o mundo **falsificado** e a realidade... A **mentira** do ideal foi, até agora, a blasfêmia contra a realidade...”<sup>1038</sup>. Para NIETZSCHE, quando vemos a realidade e ali não encontramos permanência, impomos, ao concreto, uma mentira. Falando dos sentidos, afirma: “...eles não mentem. O que fazemos do seu testemunho é que introduz a mentira; por exemplo, a mentira da unidade, a mentira da materialidade, da substância, da duração...”. Então, de forma quase inusitada, o filósofo acusa a razão de falsificar a realidade: “A ‘razão’ é a causa de falsificarmos o testemunho dos sentidos. Na medida em que mostram o vir-a-ser, o decorrer, a transformação, os sentidos não mentem...”. Se não suportamos a vida concreta, da cambialidade e da inconstância, da incoerência e da diversidade, apomos a

<sup>1037</sup> Crepúsculo..., *op. cit.*, p. 25.

<sup>1038</sup> Ecce..., tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 16.

essa vida o qualificativo “falsa”, e inventamos um mundo ideal, onde há permanência e constância, coerência e unidade, e que passamos a chamar de “verdade”. Exemplo: se não toleramos um direito concreto, no qual a obrigação e o crédito tributário estão cindidos, chamamos essa cisão de falsa e criamos um mundo onde a cisão não existe, e o denominamos verdade. O mesmo se vemos uma obrigação sem conteúdo patrimonial: essa visão bagunça nossa concepção ordenada, na qual obrigações sempre teriam conteúdo patrimonial; então, valoramos como verdadeira essa concepção, tomando por falso aquele mundo concreto, existente, empiricamente verificável. Porém, fazê-lo é negar o real, mascarar a verdade concreta, deixar falar o instinto de calúnia: “*Não há sentido em fabular acerca de um ‘outro’ mundo, a menos que um instinto de calúnia, apequenamento e suspeição da vida seja poderoso em nós: nesse caso, vingamo-nos da vida com a fantasmagoria de uma vida ‘outra’, ‘melhor’*”<sup>1039</sup>.

À medida que a norma jurídica, vista no singular, é uma idealidade metafísica, sem correspondente empírico no plano sublunar da facticidade concreta, **qualquer pensamento dirigido a uma “norma em si” está imerso no oceano metafísico**. Mas se a ciência deveria falar da realidade concreta, e compreendê-la em toda a sua complexidade, no momento em que abandona essa realidade concreta, para negá-la, em nome da idealidade metafísica, deixa imediatamente de ser ciência. É possível dizer da “norma jurídica” o mesmo que afirma NIETZSCHE acerca da beleza: “*Um bom estilo em si – pura estupidez, mero ‘idealismo’, algo como o ‘belo em si’...*”<sup>1040</sup>. E, também, o que fala da saúde:

*A saúde da alma.* – A apreciada fórmula de medicina moral (cujo autor é Ariston de Quios), “A virtude é a saúde da alma” – deveria ser modificada, para se tornar utilizável, ao menos assim: “Sua virtude é a saúde da sua alma”. Pois não existe uma saúde em si, e todas as tentativas de definir tal coisa fracassaram miseravelmente. Depende do seu objetivo, do seu horizonte,

<sup>1039</sup> **Crepúsculo...**, *op. cit.*, 26, 29. Em sentido análogo: “*O que é ‘conhecer’? Referir, reduzir algo estranho a algo conhecido, familiar. Primeira tese básica: aquilo a que nos acostumamos não é mais considerado por nós como enigma, como problema. Embotamento da sensação do novo, estranhador: tudo o que transcorre regularmente não nos parece mais duvidoso. Por isso, procurar a regra é o primeiro instinto do pesquisador: embora, naturalmente, com a fixação da regra ainda nem sequer se ‘conhece’ nada! Daí a superstição dos físicos: onde eles podem ficar insistindo, i. é, onde a regularidade do fenômeno permite a aplicação de fórmulas resumidoras, eles acreditam que se tenha conhecido. Sentem ‘segurança’: mas por trás dessa segurança intelectual reside o querer acalmar o temor: eles querem a regra, pois ela encobre e oculta o mundo da temerabilidade. O temor diante do imponderável, do imprevisível como instinto de retaguarda da ciência*” [sic] – **Fragmentos...**, *op. cit.*, p. 162.

<sup>1040</sup> **Ecce...**, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 77.

de suas forças, de seus impulsos, seus erros e, sobretudo, dos ideais e fantasias de sua alma, determinar *o que* deve significar saúde também para o seu corpo. Assim, há inúmeras saúdes do corpo...<sup>1041</sup>

Em outra passagem, diz ainda NIETZSCHE: “A invenção das leis dos números se deu com base no erro, predominante já nos primórdios, segundo o qual existem coisas iguais (mas realmente não há nada de igual), ou pelo menos existem coisas (mas não existe nenhuma ‘coisa’)”<sup>1042</sup>. Há numerosas normas jurídicas – talvez inúmeras. Muitas normas bastante diferentes entre si. Essa diversidade, contudo, é posta na condição de aparência, de equívoco e de falsidade. Metafisicamente, define-se o ser incondicional, universal e imutável do ente “norma jurídica” como  $D\{[h \rightarrow R'(Sa, Sp)].[-R'(Sa, Sp) \rightarrow R''(Sa, Sj)]\}$ . Esse não é um conceito científico de norma jurídica, obtido por generalização ou formalização a partir da experiência, nela fundado e dela dependente: é, ao contrário, um conceito ideal e metafísico, abissal e oponível à experiência concreta – e, quando oposto, sempre vencedor. E é um conceito *a priori* já vencedor, inclusive, contra eventual experiência futura, já de antemão definida como falsa, seja ela qual for. Não só os tributaristas atuam dessa forma. Esse procedimento é comumente verificado em outros âmbitos do pensamento que se pretende científico. Como anota EDGAR MORIN, “...por espantoso paradoxo, observamos cientistas regressarem ingenuamente ao platonismo, ou seja, consideram realidades físicas as equações que se aplicam ao real, mas, nunca, não o real a que elas se aplicam”<sup>1043</sup>. O direito tributário integra um rol mais amplo de procederes científicos que projetam idealidades substitutivas do real.

<sup>1041</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, op. cit., p. 144. Em fragmentos publicados após a sua morte, diz NIETZSCHE, claramente referindo-se a DESCARTES: “*Quem nos impede de supor que a subjetividade é real, essencial? o ‘em si, como tal’ é inclusive uma concepção absurda: uma ‘característica em si, enquanto tal’ é algo absurdo: sempre temos o conceito de ‘ser’, de ‘coisa’ apenas como conceito de relação...*”; “*Pensa-se: portanto existe um pensante’: a isso leva a argumentatio do Cartesius. Mas isso significa pressupor nossa crença no conceito de substância já como ‘verdade a priori’: – que, quando é pensado, deve existir algo ‘que pensa’, é, no entanto, simplesmente uma formulação do nosso hábito gramatical, que a um fazer adita um agente. Em suma, aqui já se fabrica um postulado lógico-metafísico – e não apenas se constata...*” – **Fragmentos...**, op. cit., p. 58 e 75. Em sentido análogo, LENIO LUIZ STRECK: “*Ora, não existe a mulher. Existem várias mulheres. É como falar no brasileiro, no gaúcho, no nordestino. Tais generalizações são metafísicas...*” – O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasiliis*, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: em busca dos direitos perdidos: uma discussão à luz do estado democrático de direito, v. 1, n. 1, p. 132.

<sup>1042</sup> **Humano...**, v. 1, op. cit., p. 28.

<sup>1043</sup> **Ciência...**, op. cit., p. 103.

Está, na ciência do direito tributário brasileira, o “selo do metafísico”, a que se refere ALBERTO MARCOS ONATE. Ele é caracterizado pelo esforço incontido para transformar o que é múltiplo, diverso e complexo, em algo unitário, idêntico e simples. Constitui incondicionados, como o “Bem”, o “Primeiro Motor”, o “Uno Primordial”, o “Deus criador”, a “*Res Cogitans*”, o “Eu Transcendental”, o “Espírito Absoluto”<sup>1044</sup>. É possível acrescentar: a “Norma Jurídica”, o “Fato Jurídico”, a “Linguagem Competente” *etc.* Assim, se o Código Tributário Nacional, diferentemente do que mandaria a teoria geral do direito, separou a obrigação do crédito tributário, essa distinção, e o relacionamento que ela cria, não devem ser enfrentados, e sim evitados. Afirma-se a ilogicidade da cisão, teorizando-se como se juntos estivessem, tirando conclusões que se pretendem coerentes de uma premissa que também se vê como coerente. Porém, cria-se uma teoria cientificamente ilegítima, porque empiricamente incontável. Quando se supõe que, logicamente, toda relação entre obrigação e crédito tem que ser sempre igual, uma relação diferente é algo que simplesmente não faz sentido, e deve ser substituída pela igual, no ato de correção em metalinguagem doutrinária. Para NIETZSCHE, nem mesmo sob o ponto de vista lógico um procedimento como esse pode ter fundamento: “*Mas a tendência predominante de tratar o que é semelhante como igual – uma tendência ilógica, pois nada é realmente igual – foi o que criou todo esse fundamento para a lógica*”<sup>1045</sup>. Nega-se o mundo do direito concreto, em nome do mundo do direito “verdadeiro”, “real”, universal, geral, perene, transcendente – em uma palavra: metafísico. É um erro do intelecto, uma fé equivocada na existência de coisas duráveis, iguais, em si. Quem trabalha com essas coisas iguais e duráveis – como “a” norma jurídica – trabalha com algo que não existe, perpetuando o erro. Quando a teoria, sob o pretexto de reduzir complexidades, separa o direito, e dele a norma, e dela a hipótese de incidência, e dele o critério espacial *etc.*, trabalha com um espaço-tempo divisível; ou, pior: com uma divisão do espaço-tempo que não existe. Esfacela e divide, arbitrariamente, o *continuum*, caindo na crítica nietzschiana<sup>1046</sup>. E revela certo conservadorismo: estabelecida a verdade, qualquer tentativa de um novo caminho já é, *a priori*, um erro. Quando se assume o dever de conservar a verdade, a ética anticientí-

<sup>1044</sup> O crepúsculo..., *op. cit.*, p. 16.

<sup>1045</sup> A gaia..., tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 139.

<sup>1046</sup> Cf. *ibidem*, p. 137, 140.



fica passa a vedar a busca do novo, sempre acusado de equívoco. Se a verdade já é tida como presente, é havido como ilegítimo continuar a buscá-la<sup>1047</sup>.

O filósofo, diante desse dualismo de mundos, verdade e falsidade, posta-se decididamente neste último, o da imanência. Posta-se no interior da realidade humana concreta, dela toma partido, e assim explica o título de *Humano, demasiado humano*: “*Não faz parte de mim o idealismo: o título diz ‘onde vós vedes coisas ideais, eu vejo – coisas humanas, ah, coisas demasiado humanas!’ ...*”<sup>1048</sup>. O filósofo vê a oposição dualista entre os dois mundos, e a valorização do “mundo verdadeiro”, como um adversário a ser derrubado: o mundo verdadeiro precisa ser liquidado, porque tem possibilitado apor valor negativo ao mundo que somos e que vivemos. É um atentado contra a vida<sup>1049</sup>. E denuncia que, na pretensão de fazer ciência, nega-se a prova empírica em nome da idealidade metafísica – mas **a ciência deveria servir para permitir precisamente trabalhar com o testemunho empírico dos sentidos**:

Nós possuímos ciência, hoje, exatamente na medida em que resolvemos *aceitar* o testemunho dos sentidos – em que aprendemos ainda a aguçá-los, armá-los, pensá-los até o fim. O restante é aborto e ciência-ainda-não: isto é, metafísica, teologia, psicologia, teoria do conhecimento. *Ou* ciência formal, teoria dos signos: como a lógica e essa lógica aplicada que é a matemática. Nelas a realidade não aparece, nem mesmo como problema; e tampouco a questão de que valor tem uma tal convenção de signos como a lógica. –<sup>1050</sup>

Toda essa ciência que constrói um mundo ideal e volta as costas para a experiência concreta é uma anti-ciência. Por isso, NIETZSCHE tem o idealismo como a negação da ciência<sup>1051</sup>. O filósofo, ao inverter o platonismo, afasta toda essa universalidade e eternidade metafísicas, em nome do vir-a-ser concreto. Aquele mundo chamado de verdadeiro é que contém o equívoco. Verdadeiro, isto é, realmente existente, é este mundo qualificado como o âmbito da falsidade<sup>1052</sup>. Distorcer o diferente até que se torne igual, o mesmo, o único, o universal e o eterno, é, para NIETZSCHE, **falta de**

<sup>1047</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE, *Escritos sobre direito*, p. 133.

<sup>1048</sup> *Ecce...*, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1049</sup> Cf. *Fragments...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>1050</sup> *Crepúsculo...*, *op. cit.*, p. 26-27.

<sup>1051</sup> Cf. *Ecce...*, tradução de Marcelo Backes, *op. cit.*, p. 127.

<sup>1052</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, *Nietzsche*, v. 1, *op. cit.*, p. 67.

**paciência para examinar o diferente e compreendê-lo enquanto tal.** Sua crítica é, como sempre, veemente:

Quem investigou a história de uma ciência específica, encontra em seu desenvolvimento um fio condutor para a compreensão dos mais antigos e mais comuns procedimentos de todo “saber e conhecer”: tanto num caso quanto no outro, as hipóteses precipitadas, as ficções, a estúpida boa vontade de ter “fé”, a falta de desconfiança e de paciência se desenvolveram primeiro – nossos sentidos aprendem tardiamente, e nunca aprendem inteiramente, a ser órgãos do conhecimento sutis, fiéis e cautelosos. É mais cômodo para o nosso olho, numa dada ocasião, produzir novamente uma imagem muitas vezes já produzida em vez de se ater ao diferente e novo de uma impressão: o que exige mais energia, mais “moralidade”. Ouvir algo novo é penoso e difícil para o ouvido; ouvimos mal música estrangeira. Ao ouvir uma outra língua, involuntariamente tentamos dar aos sons ouvidos a forma de palavras que nos soem mais familiares e mais domésticas... Tão pouco quanto hoje um leitor lê uma a uma todas as palavras (sem falar nas sílabas) de uma página – antes toma de vinte palavras aproximadamente cinco ao acaso e “adivinha” o provável sentido correspondente –, assim tampouco observamos uma árvore minuciosa e inteiramente quanto a suas folhas, ramos, cor, forma; parece-nos muito mais fácil imaginar uma aproximação de árvore. Mesmo em meio à mais rara experiência ainda fazemos assim: nós inventamos a maior parte da experiência e dificilmente podemos ser obrigados a *não* observar como “inventores” qualquer acontecimento. Isso tudo significa: nós estamos desde a raiz, desde tempos idos – *habitados à mentira*<sup>1053</sup>.

Deve-se manter um cuidado zeloso para não cair num procedimento de influência metafísica ao fazer ciência. Evitar o erro de, em vez de se examinar, cuidadosa e minuciosamente, todos os meandros do direito positivo concreto, em seus pontos positivos e negativos, verificando suas potencialidades de aplicação, substituir tudo isso por um sistema ideal. Na visão nietzschiana, entretanto, apegar-se às invariabilidades e universalidades lógicas é manter-se em um mundo tranquilo, no qual se possa trabalhar em paz. O filósofo vê nisso, até, **uma manifestação do ideal ascético**:

Vê-se que não são juízes e testemunhas imparciais do valor do ideal ascético, esses filósofos! Eles pensam *em si* – que lhes importa “o santo”! Pensam no que lhes é mais indispensável: estar livre de coerção, perturbação, barulho, de negócios, deveres, preocupações; lucidez na cabeça; dança, salto e vôo de pensamento; um bom ar, fino, claro, livre, seco, como é o ar das alturas, em que todo animal torna-se mais espiritual e recebe asas; paz em todos os subterrâneos; todos os cães bem amarrados à corrente; nenhum latido de inimizade e de cerdoso rancor; nenhum verme roedor de ambição ferida; vísceras modestas e submissas, diligentes como moinhos, mais distantes; o coração alheio, além futuro, póstumo – em suma, eles pensam no ideal ascé-

<sup>1053</sup> Além..., *op. cit.*, p. 115-116.

tico como o jovial ascetismo de um bicho que se tornou divino e ao qual nasceram asas, que antes flutua sobre a vida do que nela pousa... Nós veneramos o que é tranqüilo, frio, nobre, passado, distante, tudo aquilo em vista do qual a alma não tem de se defender e se encerrar – algo com que ela pode falar sem elevar a voz<sup>1054</sup>.

A essa argumentação do filósofo, que desenha os outros filósofos trabalhando no ar das alturas, assemelha-se a descrição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, a respeito do produto do trabalho de muitos cientistas do direito tributário: “...construções teóricas que, pela sua inutilidade – e descompromisso com a realidade existencial e concreta – se assemelham a um esculpir nas nuvens, com licença da metáfora”<sup>1055</sup>. E não se diga que isso é fazer ciência e, com isso, fazer-se racional e não volitivo. NIETZSCHE também o denuncia; trata-se, essa idealização metafísica, ainda e sempre, de manifestação da vontade:

Não se pode em absoluto esconder o que expressa realmente todo esse querer que do ideal ascético recebe sua orientação: esse ódio ao que é humano, mais ainda ao que é animal, mais ainda ao que é matéria, esse horror aos sentidos, à razão mesma, o medo da felicidade e da beleza, o anseio de afastar-se do que seja aparência, mudança, morte, devir, desejo, anseio – tudo isto significa, usemos compreendê-lo, uma *vontade de nada*, uma aversão à vida, uma revolta contra os mais fundamentais pressupostos da vida, mas é e continua sendo uma *vontade!*...<sup>1056</sup>

A inversão do platonismo, em NIETZSCHE, é muito mais do que apenas inverter os valores atribuídos aos dois mundos do dualismo metafísico. Não se trata de valorar como positivo o mundo concreto em detrimento do mundo “real”, a imanência em favor da transcendência, o físico contra o metafísico. Trata-se, isso sim, de, negando o mundo “real”, ficar apenas com o mundo concreto, o único mundo, superando definitivamente o dualismo metafísico. Havendo apenas um mundo, não há outro, sobre ele,

<sup>1054</sup> **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 98-99. Veja-se, ainda: “Toda filosofia que põe a paz acima da guerra, toda ética que apreende negativamente o conceito de felicidade, toda metafísica e física que conhece um finale, um estado final de qualquer espécie, todo anseio predominantemente estético ou religioso por um Além, Aolado, Acima, Fora, permitem perguntar se não foi a doença que inspirou o filósofo”; “...nossa necessidade de conhecer não é justamente essa necessidade do conhecido, a vontade de, em meio a tudo o que é estranho, inabitual, duvidoso, descobrir algo que não mais nos inquiete? Não seria o instinto do medo que nos faz conhecer? ... Quando reencontram nas coisas, sob as coisas, por trás delas, algo que infelizmente nos é bem conhecido ou familiar, como a nossa tabuada, a nossa lógica ou nosso querer e desejar, como ficam imediatamente felizes!” – **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 11 e 251.

<sup>1055</sup> Prefácio, in MARY ELBE GOMES QUEIROZ MAIA, **Do lançamento...**, *op. cit.*, p. 7.

<sup>1056</sup> **Genealogia...**, *op. cit.*, p. 149.

que o possa condicionar. Essa supressão do outro mundo é tratada, na filosofia nietzschiana, como a “morte de Deus”. Para NIETZSCHE, não basta inverter o platonismo. É preciso aniquilá-lo. Apenas inverter os dois mundos, chamar de real o que antes era real e nominar este como “aparente”, é pouco. **Cumprir suprimir aquele “mundo verdadeiro”**. Com essa supressão, só resta o mundo imanente. E, extinta a oposição, o mundo que resta já não é mais nem “aparente” nem “real”, nem verdadeiro nem falso: é o único. Assim, o platonismo é invertido, de uma forma tal que o pensamento o abandona<sup>1057</sup>. É preciso, então, que suma o “mundo verdadeiro”, o mundo transcendente, tido por real na tradição metafísica e platônica, que, para NIETZSCHE, também é a tradição cristã. Diante dessa identificação, o filósofo pode ilustrar o desaparecimento do mundo verdadeiro usando a metáfora da morte de Deus, que representaria a supressão de um mundo “verdadeiro”, “real”, em contraposição a este mundo concreto, da “aparência”. É o falecimento da metafísica, do outro mundo, da verdade suprasensível. Não há mais um mundo “verdadeiro” abismal, onde o mundo da aparência precisaria buscar fundamentação, sob pena de falsidade. Esvaece-se a suprema *causa sui*: tudo é aparência. Mas, se tudo é aparência porque não há a realidade despida das aparências, porque não existe a “coisa-em-si”, então também não há aparência: se tudo é ilusão, nada é ilusão. Explica NIETZSCHE: “*Abolimos o mundo verdadeiro: que mundo restou? o aparente, talvez?... Não! Com o mundo verdadeiro abolimos também o mundo aparente!*”. Esse é o momento do “meio-dia”: “*fim do longo erro; apogeu da humanidade; INCIPIT ZARATUSTRA*”<sup>1058</sup>.

Se não há mais um mundo “real”, onde está a “verdade”, não há mais a transcendência: só existe a imanência. Não é a morte de um ídolo, de um pensamento, de uma seita: **é a completa supressão do mundo “verdadeiro” que estava em oposição ao mundo “aparente”**. Somem esses conceitos primeiros, mais elevados, mais gerais, mais vazios, que desde o começo travam a pesquisa científica, negando como falso tudo o que a eles se contrapõe: tais conceitos também faleceram. Não se pode mais negar a separação entre obrigação e crédito no Código Tributário Nacional, em nome da ideia universal, eterna e geral de relação jurídica; com a metafísica e o mundo da

<sup>1057</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, *Nietzsche*, v. 1, *op. cit.*, p. 179.

<sup>1058</sup> *Crepúsculo...*, *op. cit.*, p. 32.

verdade, pereceu essa noção. Não se pode negar que a obrigação tributária acessória é obrigação e é acessória, com base numa “obrigação” eterna e universal existente para além do mundo do direito concreto; esse mundo foi enterrado. Não se pode negar que, da ocorrência do fato gerador, ou o “evento”, surja o dever de pagar tributo, pelo recurso a uma concepção universalmente válida do fenômeno da incidência determinado pela linguagem competente; essa linguagem está sepultada. O meio-dia é a hora em que se inicia a possibilidade de se fazer ciência, afinal: de verificar a existência empírica, de compreendê-la, aceitar trabalhar com ela, ainda que contra ela, mas sempre desde uma perspectiva imanente. É o momento no qual já não é mais viável negar a existência empírica como falsa, assumindo, como verdade, uma teoria geral idealista e metafísica. Esta faleceu – porque o outro mundo, o da verdade, era o que impedia a verdadeira ciência, porque fazia a ciência repousar numa crença metafísica, como explica NIETZSCHE:

Não há dúvida, o homem veraz, no ousado e derradeiro sentido que a fé na ciência pressupõe, *afirma um outro mundo* que não o da vida, da natureza e da história; e, na medida em que afirma esse “outro mundo” – não precisa então negar a sua contrapartida, este mundo, *nosso mundo?* ... Mas já terão compreendido onde quero chegar, isto é, que a nossa fé na ciência repousa ainda numa *crença metafísica* –...<sup>1059</sup>

O meio-dia é o momento no qual o espírito livre pode, finalmente, fazer ciência. Solto das amarras que o atavam ao mundo ideal, universal, coerente e eterno, o cientista pode, afinal, voltar-se para o concreto, compreendê-lo nas suas individualidades, examiná-lo nas suas incoerências, verificar as consequências de sua alterabilidade. **O cientista está, enfim, livre para fazer ciência.** É a aurora:

De fato, nós, filósofos e “espíritos livres”, ante a notícia de que “o velho Deus morreu” nos sentimos como iluminados por uma nova aurora; nosso coração transborda de gratidão, espanto, pressentimento, expectativa – enfim o horizonte nos aparece novamente livre, embora não esteja limpo, enfim os nossos barcos podem novamente zarpar ao encontro de todo perigo, novamente é permitida toda a ousadia de quem busca o conhecimento, o mar, o *nosso mar*, está novamente aberto, e provavelmente nunca houve tanto “mar aberto”<sup>1060</sup>.

<sup>1059</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 236.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, p. 234.

O espírito está, agora, livre para criar. Tendo sido camelo, isto é, tendo carregado o fardo do outro mundo nas costas; e tendo sido leão, isto é, tendo conseguido vencer esse fardo, tendo podido dizer não ao mundo que lhe impunha um não; **o espírito agora é criança, e pode recomeçar a partir deste mundo concreto, sem as determinações que lhe são impostas pelo “mundo verdadeiro” transcendente.** É o que anuncia Zaratustra:

Inocência é a criança, e esquecimento, um começar-de-novo, um jogo, uma roda rodando por si mesma, um primeiro movimento, um sagrado dizer-sim. Sim, para o jogo do criar, meus irmãos, é preciso um sagrado dizer-sim: *sua* vontade quer agora o espírito, *seu* mundo ganha para si o perdido do mundo. Três transmutações vos citei do espírito: como o espírito se tornou em camelo, e em leão o camelo, e o leão, por fim, criança. —  
Assim falou Zaratustra<sup>1061</sup>.

Se pode dizer sim, pode, então, afirmar a multiplicidade, a pluralidade. O cientista pode superar, afinal, o modo de ser nilista imperante. Porém, há algo que aqui surge: quando se nega a transcendência, onde se vai buscar o ser? No próprio ente: não há onde mais fazê-lo. O direito tributário foi definido como um conjunto de normas jurídicas. Essas normas, todas idênticas, em sua forma lógica imutável. Esse é o ser do direito: um sistema de normas jurídicas e nada além disso. Mas esse ser do direito morreu: não há esse sistema de normas idênticas, coerentes, unívocas; isso era metafísica. Sobra o ente, outrora definido sem que sequer fosse possível esboçar a pergunta por seu ser. Cumpre, para NIETZSCHE, assumir outra postura, porque foi a fraqueza, diante da realidade disforme e cambiante, que levou à metafísica do mundo eterno, imutável e idêntico; que levou, afinal, a essa coerção que suprimiu a liberdade de fazer ciência empírica:

Não se deve entender essa *coerção* de constituir conceitos, gêneros, formas, finalidade, leis — “*um mundo dos casos idênticos*” — como se estivéssemos

<sup>1061</sup> **Assim...**, *op. cit.*, p. 228. No original, em alemão:  
“*Unschuld ist das Kind und Vergessen, ein Neubeginnen, ein Spiel, ein aus sich rollendes Rad, eine erste Bewegung, ein heiliges Ja-sagen.*  
*Ja, zum Spiele des Schaffens, meine Brüder, bedarf es eines heiligen Ja-sagens: s e i n e n Willen will nun der Geist, s e i n e Welt gewinnt sich der Weltverlorene.*  
*Drei Verwandlungen nannte ich euch des Geistes: wie der Geist zum Kameele Ward, und zum Löwen das Kameel, und der Löwe zuletzt zum Kinde.* —  
*Also sprach Zarathustra*” — **Also...**, *op. cit.*, p. 31.

com isso capacitados a fixar o *mundo verdadeiro*; porém como uma coerção de nos montarmos um mundo em que a *nossa existência* se torne possível – geramos com isso um mundo que para nós é calculável, simplificado, compreensível, etc.<sup>1062</sup>

A outra postura, de quem foi além do homem metafísico, pode ser projetada a partir do significativo aforismo 125 de *A gaia ciência*, no qual o homem louco anuncia a morte de Deus. Algumas das perplexidades do homem louco voltam-se ao **problema da possibilidade: como foi possível fazê-lo ?** Ela é respondida mediante o recurso à aporia de KANT: foi a filosofia kantiana que reservou a cognoscibilidade ao empírico, mas foi também ela que, supraempíricamente, concebeu as normas categóricas de conduta, e que reservou a coisa-em-si à incognoscibilidade, restando o fenômeno. O terceiro momento da história do erro do mundo verdadeiro é königsberguiano<sup>1063</sup>. A esse respeito, é útil recorrer à explicação que oferta MARCO ANTÔNIO CASANOVA:

Com a assunção kantiana da impossibilidade de alcançar uma via de acesso cognoscível ao mundo verdadeiro e com o subsequente deslocamento deste último para o interior do âmbito de constituição da razão pura prática, o pensamento metafísico deu o derradeiro passo em direção à supressão radical da própria cisão entre mundo verdadeiro e mundo aparente. O que sucede a este derradeiro passo já nasce sob o signo desta supressão e precisa ser considerado em função de seus elementos mais constitutivos<sup>1064</sup>.

As formas lógicas enfrentam a mesma aporia: embora sejam assumidas como resultado de trabalho científico, no plano da lógica jurídica, e como categorias a orientar futuras investigações científicas, no campo do direito tributário, não são contrastáveis com a experiência. E, quando contrastadas, não cedem à refutação empírica, como seria de se esperar em ciência. Sobrevivem a tal refutação, sobrepondo-se à própria prova experimental e saindo, não mortas, mas reavivadas e mais fortes. Seu estatuto ontológico é, portanto, de idealidade metafísica, não de dado empírico. Sua morte decorre, então, da mesma aporia.

Outras questões levantadas pelo homem louco dizem respeito à **ignorância**: como podemos não perceber que esse outro mundo não existe ? Essa ignorância será imediatamente dissipada por todo aquele que compreender a insubsistência do mundo

<sup>1062</sup> Fragmentos..., *op. cit.*, p. 73.

<sup>1063</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE. *Crepúsculo...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>1064</sup> O instante..., *op. cit.*, p. 189.

ideal-formal em face do mundo concreto-material, no âmbito jurídico; que conhecer o convincente manifesto contra a assunção do mundo verdadeiro, diante do mundo concreto no direito tributário; que acatar a incisiva denúncia da irrealidade daquele mundo verdadeiro e entender a determinante afirmação da realidade deste mundo concreto. No direito tributário, essa argumentação está na obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, desde seus primeiros trabalhos, culminando com o *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*, trabalho que expõe e condena a inversão metafísica que dominava a produção doutrinária das décadas de 1970 e 1980, e ainda presente.

Mas há, ainda, perguntas de grande importância, lançadas pelo homem louco: **o que ocorre agora ?** O que se passará daqui em diante ?<sup>1065</sup> É preciso que se transvalorem todos os valores pretéritos, criando-se outros, agora baseados no dado empírico imanente a todo ente: a vontade de poder. Agora trata-se de criar, não carregar; da criança, e não do camelo. Isso é, para NIETZSCHE, longe da consagração do niilismo, justamente a vitória final sobre ele. Agora não mais o ideal supostamente verdadeiro, mas verdadeiramente suposto, um nada se passando por um tudo, mas o concreto, o múltiplo<sup>1066</sup>. O que ocorre, agora, é a possibilidade da ciência livre, criadora, alegre. Morto o Apolo da verdade, da perfeição, da beleza e do conhecimento verdadeiro, deve-se voltar, alegre e corajosamente, o enigma e o horror do mundo de Dionísio. Sepultado o Apolo da ascese, fortalece-se o Dionísio do prazer<sup>1067</sup>. Abre-se, afinal, via à ciência feliz, sôfociana e dionisíaca, de dança e riso !

Para possibilitá-la, é necessário um exército de homens preparatórios devotados à ciência feliz: **cientistas de inteligência dessatelitizada, não educados para o brilho**. De seres humanos dessa estirpe, diz NIETZSCHE:

...homens que, silenciosos, solitários, resolutos, saibam estar satisfeitos e ser constantes na atividade invisível; homens interiormente inclinados a buscar, em todas as coisas, o que nelas deve ser *superado*; homens cuja animação, paciência, singeleza e desprezo das grandes vaidades seja tão característica quanto a generosidade na vitória e a indulgência para com as pequenas vaidades dos vencidos; homens de juízo agudo e livre acerca dos vencedores e do quinhão de acaso que há em toda vitória e toda glória; homens com suas próprias festas, dias de trabalho e momentos de luto, habituados e seguros no

<sup>1065</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE, *A gaia...*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>1066</sup> Cf. GILLES DELEUZE, *Nietzsche...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>1067</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE, A visão dionisíaca do mundo, in *A visão dionisíaca do mundo e outros textos da juventude*, p. 7, 11.



comandar e também prontos a obedecer, quando for o caso, igualmente orgulhosos nas duas situações, igualmente servindo a própria causa; homens mais ameaçados, mais fecundos e felizes!<sup>1068</sup>

Homens que não temam equivocarse; que façam apologias do erro; que saibam viver perigosamente ! Que construam suas cidades perto do Vesúvio e que mandem seus navios para mares inexplorados, que vivam em guerra, inclusive consigo mesmos, que sejam “homens do conhecimento” salteadores e conquistadores !<sup>1069</sup> Pois só aquele que não teme viver perigosamente pode encontrar prazer em saudar o experimento falsificador, a exemplo de KARL POPPER, mesmo que o falseamento seja de nossas próprias ideias<sup>1070</sup>. Qual o problema nisso ? Nenhum: temos amor por essa imanência, e ao perigo de erro que ela traz. Aprendemos com a defesa soubiana do erro. Estamos livres da educação para o brilho. Libertados daquele “mundo verdadeiro”, já é possível partir para o longe. Agora cabe ao cientista, já livre da metafísica, já liberto do sempre idêntico e verdadeiro e inegável, partir para os mares inexplorados. Se é preciso e possível pensar o mundo imanente, já descabe a amarra da cisão arbitrária do real em estamentos separados e intocados. Essa cisão constitui um outro mundo, diferente do real a ser enfrentado. É possível, agora, vagar rumo à complexidade do real, não dela fugindo, para refugiar-se na terra-firme da forma universal. Essa universalidade cedeu. Enfrentar livremente as complexidades, buscar o conhecimento, avaliar as possibilidades, compreender as mudanças... fazer ciência ! **Agora, afinal, fazer ciência feliz !**

---

<sup>1068</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 192.

<sup>1069</sup> Cf. *idem*.

<sup>1070</sup> Cf. **A lógica da investigação científica**, p. 45.

## 5.2 MARTIN HEIDEGGER: verdade e linguagem

### 5.2.1 O ser e a diferença ontológica

*“Na epígrafe de suas obras completas, HEIDEGGER insculpiu a fórmula famosa: *Wege – nicht Werke* ('caminhos – e não obras'), porque não admitia que viessem os resultados (a obra) a prevalecer sobre o caminho do pensador. Afirmava, numa litania, que nunca é a meta final o fundamental e decisivo. Pode muito bem ser mais importante o primeiro passo com que o pensador inicia sua jornada. Mas os seus caminhos confluíram para a busca do Ser, a indagação de sua vida toda. Como poderia tê-lo feito se o seu caminho não fosse o do seu coração?”<sup>1071</sup>*

Uma tese a respeito da obra ético-epistemológica de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES não poderia, salvo incorrendo em grave injustiça, excluir o pensamento nietzschiano. Mestre SOUTO recorre a NIETZSCHE com frequência, em seu *Ciência feliz*, e o filósofo também aparece, aqui e ali, em sua correspondência epistolar. **Mas se há um filósofo da preferência de SOUTO, ele é, certamente MARTIN HEIDEGGER** (1889-1976). Pelo menos desde a primeira edição do *Ciência feliz* e de *O contraditório no processo judicial*, HEIDEGGER é presença constante e determinante no pensamento soutiano. Até mesmo os poetas mais citados por SOUTO são aqueles que foram objeto de confrontação heideggeriana: HÖLDERLIN e RILKE.

Mas, para além dos motivos pelos quais HEIDEGGER é presente na obra soutiana, há outros que justificam a presença de seu pensamento nesta tese. O início da reflexão heideggeriana a respeito da diferença ontológica e sua analítica existencial demonstraram o *a priori* da inserção do ser humano no mundo e no tempo. Sua reflexão tardia, ainda na busca da questão fundamental, levou à consideração da arte e da linguagem. **Essa via de pensamento permite compreender melhor a insubsistência do dualismo entre ser e dever-ser**, fundado na oposição entre razão e vontade, enquanto argumento necessário e suficiente para afastar o jurista das considerações a respeito do direito que concretamente deve ser.

<sup>1071</sup> *Ciência...*, 3. ed. *op. cit.*, p. 48; *Ciência...*, 2. ed. *op. cit.*, p. 63-64; *Ciência...*, 3. ed. *op. cit.*, p. 61.

Se a dificuldade em trazer NIETZSCHE para o campo jurídico repousa principalmente na forma assistemática de sua reflexão, **a maior dificuldade no recurso a HEIDEGGER está em sua linguagem**. Além de valer-se de termos técnicos da filosofia, muitas vezes impenetráveis para os juristas, HEIDEGGER também subverte esses termos, dando-lhes nova significação – o que ocorre com “*Dasein*”, “metafísica”, “fenomenologia”, “transcendência”, “vontade de poder” *etc.*; adota, como recurso, o vocabulário filosófico grego, principalmente o pré-socrático, muitas vezes sem traduzi-lo, inclusive por considerar que essa tradução já faria aqueles termos perderem seu sentido originário; adapta expressões do vocabulário alemão e dá-lhes acepções filosóficas inéditas, com o que se insere na tradição kantiana e hegeliana; e, frequentemente, cria seus próprios neologismos, impondo, aos tradutores, tarefa difícil<sup>1072</sup>.

Uma amostra dessa dificuldade está desde logo num problema filosófico que, para HEIDEGGER, é fundamental: **a diferença ontológica entre ser (*Sein*) e ente (*Seiende*)**. O pensador percebe que, desde a primeira pergunta filosófica – “o que é o ente?” – a metafísica deixou encoberta a questão a respeito do ser. Se, desde PARMÊNIDES, a busca é pela definição do elemento que dá fundamento ao existente, e, assim, pelo ser do ente; e durante toda a história da filosofia, até NIETZSCHE afirmar que esse mundo é vontade de poder e nada além disso; em todo esse período, o ser teria permanecido subentendido, mas jamais foi problematizado.

PARMÊNIDES diz: “*O ser é e não pode não ser*”<sup>1073</sup>. Ao enunciar essa frase, o pré-socrático confunde o ser com o ente: diz que o ser “é”. Se se define “ente” como aquilo que é, e o ser como aquilo que faz com que o ente “seja”, então, ao dizer que o ser “é” e não pode não ser, o grego está a falar do ente – o que é – e não do ser – o que permite ao ente que seja. A própria expressão grega “*το óν*” designa, ambigualmente, ora o ente, ora o ser<sup>1074</sup>. Quando, por fim, NIETZSCHE diz que o ente é vontade de poder, está também a pressupor uma compreensão do que significa “é”; fala do ente e não do ser. O ser não é, diz HEIDEGGER: dá-se<sup>1075</sup>. Quando se diz do ente que “é”

<sup>1072</sup> Cf. HANS-GEORG GADAMER, *Hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1073</sup> *Apud* NICOLA ABBAGNANO, *História...*, v. 1, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1074</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, *Introdução à metafísica*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>1075</sup> Tempo e ser, *in* **Sobre a questão do pensamento**, p. 26; *in* **Conferências e escritos filosóficos**, p. 267. Cf., também, **A caminho...**, *op. cit.*, p. 151.

algo – esse mundo é vontade de poder, por exemplo – pressupõe-se um determinado sentido desse “é”. **Tal sentido pressuposto, no entanto, não é problematizado.**

Se o ente “é”, pode-se, então, dizer, do ente, que sua característica fundamental é “ser”. O ente é uma substância, aquilo que é, um substantivo. E ele só “é” porque tem um determinado ser. Todo ente tem um ser, e todo ser é ser de um ente. Mas há que se compreender a diferença. **Do ser, não se pode dizer que é: se o ser fosse, não seria ser, seria ente.** Explica, a respeito, HEIDEGGER, logo no § 2 de *Ser e tempo*: “O questionado da questão a ser elaborada é o ser, o que determina o ente como ente, como o ente já é sempre compreendido, em qualquer discussão que seja. O ser dos entes não ‘é’ em si mesmo um outro ente”<sup>1076</sup>. Nesse sentido, ser é nada, como diz ainda o filósofo, em outra passagem: “O nada é o não do ente, e, deste modo, o ser experimentado a partir do ente. A diferença ontológica é o não entre ente e ser”<sup>1077</sup>. Então, perguntar pelo ser como se pergunta por aquilo que é, é sempre, originariamente, perguntar pelo ente e esquecer o ser. Dar uma existência concreta ao ser é transformá-lo em ente, mantendo o ser no velamento originário, e negando a diferença ontológica. Se sempre a pergunta da metafísica foi sobre aquilo que é, a metafísica sempre perguntou pelo ente, sempre investigou o ser do ente, mas nunca se voltou ao próprio ser. A história da metafísica é a história do esquecimento do ser. Diz o filósofo: “Pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente, permanece ela junto ao ente e não se volta para o ser enquanto ser”<sup>1078</sup>.

**Buscando uma via de superação da metafísica, HEIDEGGER propõe-se investigar a questão do ser.** Propõe-se tratar do problema que, desde sempre, permaneceu velado, na incompreensão da diferença ontológica que atinge toda metafísica. Já em *Ser e tempo* esse é seu principal objetivo, declarado nas suas primeiras linhas: o título do primeiro parágrafo da obra inacabada é “*Necessidade de uma repetição explícita da questão do ser*”<sup>1079</sup>. E mesmo que, posteriormente, HEIDEGGER reveja o caminho iniciado naquela obra, permanece sempre presente o seu problema fundamental: a questão do ser.

<sup>1076</sup> *Ser e tempo*, v. 1, p. 32.

<sup>1077</sup> Sobre a essência do fundamento, in *Conferências...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>1078</sup> O retorno ao fundamento da metafísica, in *Conferências...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1079</sup> *Ser e tempo*, *op. cit.*, p. 27.

Mesmo sem fundamentar o ser, a metafísica pretende ter a capacidade de dizer, do ente, aquilo que ele é. Ao dizer do ente o que ele é – e, aqui, pouco importa se em acerto ou equívoco –, **pressupõe uma compreensão necessária e originária do ser**. O filósofo, quando fala do ente, que ele é algo, já pré-compreende, de início, o ser. Mas isso não é um apanágio do filósofo: todo ser humano, ao dizer que algo é, revela uma compreensão do ser; movemo-nos, todos, numa compreensão do ser. O ser humano é o ente que carrega consigo a originária compreensão do ser, e é o ente capaz de indagar a respeito do seu ser<sup>1080</sup>.

Eis aí uma pista, descoberta por HEIDEGGER, que pode levá-lo a conseguir se aproximar da questão do ser: **o ser humano é um ente que compreende o ser**. É tentando compreender o ser humano que o filósofo tentará, ao menos, tangenciar a questão do ser. Por isso *Ser e tempo* inicia-se com a analítica existencial: a fenomenologia hermenêutica do *Dasein*. A explicação do *Dasein* é o que pode levar o filósofo a aceder ao ser<sup>1081</sup>. *Dasein*, explica o próprio HEIDEGGER, é esse ente que nós somos, e cujo ser é formado pela possibilidade de questionar<sup>1082</sup>. A analítica existencial é tão fundamental, no pensamento inicial do filósofo, que, para certos intérpretes, há um malogro, em *Ser e tempo*, que decorre precisamente desse ponto de partida: o autor teria permanecido no pensamento metafísico e conceituador, e na tendência moderna de ter a subjetividade com fundamento primeiro. Seria, a busca de um fundamento para a verdade do ser, o calcanhar de Aquiles do primeiro HEIDEGGER, a justificar sua consideração posterior, segundo a qual, a verdade do ser permanece essencialmente encoberta em sua verdade, e, portanto, sem nenhum fundamento último<sup>1083</sup>. Não obstante a viragem no pensamento heideggeriano maduro, a analítica, ao conceber o *Dasein*, levará ao **reconhecimento da intersubjetividade e da intramundidade originárias, e à percepção da linguagem como um existencial**, pontos importantes para o prosseguimento da linha argumentativa desta tese.

---

<sup>1080</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>1081</sup> Cf. HERVÉ PASQUA, **Introdução à leitura do *Ser e tempo* de Martin Heidegger**, p. 18.

<sup>1082</sup> Cf. **Ser e tempo**, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1083</sup> Cf. OTTO PÖGGELER, **A via...**, *op. cit.*, p. 174-182.

### 5.2.2 O *Dasein*

*“As circunstâncias que envolvem a morada do filósofo já de si confirmam a descoberta que inspirara o seu opúsculo sobre 'A experiência do pensar': as coisas do espírito (pensar) e da terra (a natureza) coincidem”*<sup>1084</sup>

*Dasein* é ser-aí, e não simplesmente ser algo. O ser do *Dasein* é estar sempre “aí”, desde o início e até o final. Os seres humanos nascem e movem-se dentro de um mundo que, em certo sentido, os determina e os constitui, e sobre o qual os seres humanos, recursivamente, retroagem e o determinam e constituem, num círculo incessante. Há uma intersubjetividade originária em toda existência humana. Não há um sujeito que existe e, em seguida, encontra outro sujeito, e a partir desse encontro forma-se uma intersubjetividade. Esse sujeito que existe já existe, desde sempre, intersubjetivamente, e intramundaneamente. **O *Dasein* é no mundo, e dessa condição originária jamais se livrará enquanto for *Dasein*.** O fato de ser-no-mundo (*In-der-Welt-Sein*) é constitutivo da existência. Dissera NIETZSHE: “*Olhamos todas as coisas com a cabeça humana, e é impossível cortar essa cabeça*”<sup>1085</sup>. Olhamos de dentro do mundo, e é impossível sair dele. Explica HERVÉ PASQUA:

Quando dizemos ser-no-mundo, o que entendemos por “*ser-em*”? Será que queremos dizer que o ser está no mundo como a água no copo ou a roupa no armário? Neste caso, a expressão “*in*” exprimiria uma relação espacial entre conteúdo e continente. Falaríamos de entes com o carácter de ser-perante-a-mão, de coisas que acontecem no interior do mundo. Mas, estaríamos a utilizar uma linguagem “*categorial*” relativamente a modos de ser de entes que não são o *Dasein*! Ora, queremos falar do ser do *Dasein*, trata-se de uma análise “*Existencial*”. O “*ser-em*” não poderia, portanto, designar a inclusão no espaço de um ente qualquer. A etimologia da palavra *in* pode ajudar-nos a perceber o seu sentido Existencial. “*In*”, diz Heidegger, vem de “*innan*”, que significa habitar, residir; “*in*” quer dizer: estou habituado a, sou familiar de, tenho o costume de; a palavra tem o sentido de *colo*, isto é, *habito*, *diligo*. Este sentido vai ao encontro de “*bin*” (sou), que por sua vez está próximo do de *bei* (junto de). Assim, ser é habitar, residir junto a um mundo familiar. Portanto, quando empregamos a expressão *ser-no-mundo*, queremos dizer com isso que o mundo não se junta de fora ao *Dasein*, como um ente a outro ente. O mundo faz parte do ser do *Dasein*, tem com ele uma relação essencial não acidental: “*O ser-em... é a expressão Existencial formal que designa o*

<sup>1084</sup> **Ciência feliz...**, *op. cit.*, p. 50; **Ciência feliz**, 2. ed., *op. cit.*, p. 66; **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 63.

<sup>1085</sup> **Humano...**, *op. cit.*, p. 15.

*ser do Dasein, enquanto este possui como constituição essencial o ser-no-mundo” [sic]<sup>1086</sup>.*

Quem é – e todos nós somos – é no mundo, desde sempre e para sempre, enquanto é. Não há como nos livrarmos disso. HEIDEGGER afirma, em *Ser e tempo*: “O ser-no-mundo é, sem dúvida, uma constituição necessária e a priori da pre-sença...” (*Dasein*)<sup>1087</sup>. Em seguida, explica que esse ser-no-mundo não é uma propriedade eventual do *Dasein*. Sua relação com o mundo não é algo que se lhe acrescenta, depois dele já formado. A relação é constitutiva e originária. Estando sempre inserido no mundo e compreendendo o ser, ao *Dasein* é impossível deixar essa inserção e essa compreensão. O *Dasein* é *In-der-Welt-sein*, um ser-no-mundo.

A compreensão de que é capaz e à qual se submete o *Dasein*, é originária, anterior a toda reflexão teórica, e resultado de uma inserção num mundo, que está previamente dado, mas que é sempre reinterpretado. **É uma compreensão pré-teórica**: antes de teorizar a respeito do utensílio, o ser humano utiliza-o, e, com isso, já o compreende em sua utilidade. Não é necessário teorizar ou predicar nada a respeito da caneta para compreender, originariamente, que ela é um utensílio com o qual se escreve ou se desenha. E a teorização posterior já estará sempre determinada por essa pré-compreensão originária, e é dela dependente. Por isso, o sujeito que, em sua consciência, relaciona-se com o objeto, e, a partir disso, sem determinação prévia, o constitui ou apreende o seu sentido, é uma construção teórica objetivante, mas não algo que facticamente existe: toda essa relação e esse constituir/apreender sentido já está, previamente, condicionado pelo fato desse sujeito ser no mundo. Na síntese de GUSTAVO SALERMO: “*Frente al ‘yo pienso’ de la reflexión se impone el más originario ‘yo soy’*”<sup>1088</sup>. Somos em certa compreensão, e somos assim antes de refletirmos a respeito.

Essa compreensão é originária e pré-teórica, depende de condicionamentos já existentes e passa a condicionar, também ela, o que se dará então. Condiciona o pensar e o interpretar, e inclusive o pensar e o interpretar esses próprios condicionamentos,

<sup>1086</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 42. A última passagem, entre aspas, vem do parágrafo 12 de *Ser e tempo*.

<sup>1087</sup> **Ser e tempo**, *op. cit.*, p. 91. MÁRCIA SÁ CAVALCANTE SCHUBACK traduz a palavra *Dasein* por “Pre-sença”, justificando-o nas notas explicativas – cf. p. 309.

<sup>1088</sup> *Lenguaje, verdad y intersubjetividad: el influjo de Heidegger en la filosofía de Apel*, **Revista de Filosofía Aurora**, v. 20, n. 27, p. 417.

num círculo incessante, em que a parte está no todo, que está na parte<sup>1089</sup>. Um pensamento lógico veria aí uma petição de princípio, mas não é de lógica que se trata. **HEIDEGGER propõe a noção de círculo hermenêutico para designar essa situação originária na qual se insere, desde sempre, e sempre novamente, o *Dasein***<sup>1090</sup>. É característica essencial dos seres humanos o fato de eles estarem sempre aí desde o início e a cada vez, e essa é uma condição prévia ao pensar e ao agir.

Nesse aí onde se insere, originariamente, o *Dasein*, ele é em relação com os demais. **Ser-no-mundo é necessariamente ser-com.** HEIDEGGER introduz, nesse ponto, a noção de *Mit-Dasein*, normalmente traduzido como “ser-aí-com”, “ser-um-com-o-outro”, ou “co-pre-sença”. Não se é antes, para depois estar-se com; já se é com, desde o início<sup>1091</sup>. Essa “comunidade” é essencial, existencial e originária, e não um dado que se acrescente ao sujeito quando, já formado individualmente, sai e encontra outros sujeitos também previamente autoconstituídos. A intersubjetividade é constitutiva do *Dasein*, desde o início e para sempre: é, para o filósofo, algo pertencente à sua determinação essencial<sup>1092</sup>.

Porém, dizer que a compreensão é existencial e essencial – mais tarde será também abissal – não significa dizer que ela independe da linguagem, que ela ocorre antes, para depois ser nomeada em linguagem. É certo que a linguagem, escrita ou falada, pode vir após a compreensão originária, mas essa compreensão originária não se dá independentemente da linguagem, que já articulou previamente as significações das quais dependerá o *Dasein*. A linguagem é um elemento essencial no mundo no qual se insere a compreensão: é um dado fundamental do círculo hermenêutico. O mundo é constituído como “mundo” dentro de um ambiente linguístico no qual se insere, originária e permanentemente, o *Dasein*. Desse modo, **a compreensão pelo *Dasein* dá-se, desde sempre, em linguagem.** Explica, a respeito, MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA: “...*todo pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço lingüisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas*” [sic]<sup>1093</sup>. O pensamento é o

<sup>1089</sup> Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, **Introdução a uma ciência pós-moderna**, p. 12.

<sup>1090</sup> Cf. BENEDITO NUNES, **Passagem...**, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1091</sup> Cf. **Ser e tempo**, *op. cit.*, p. 170.

<sup>1092</sup> Cf. **Introdução à filosofia**, p. 150.

<sup>1093</sup> **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**, p. 206.



trazer à linguagem, como ensina HEIDEGGER<sup>1094</sup>. A forma falada da linguagem, que, mediante articulação proposicional, expõe aquilo que foi compreendido, esconde e distorce a compreensão originária. Veja-se, a respeito, BENEDITO NUNES:

O enunciado proposicional retoma e modifica o sentido que a interpretação detém preliminarmente. Como forma derivada da interpretação, a proposição rearticula verbalmente, numa estrutura lingüística determinada, a experiência já articulada.

É essa primeira articulação do compreender, desenvolvido na interpretação e modificado na proposição, que constitui o *discurso*, em cujo âmbito as significações parciais se apresentam formando um todo significativo (Bedeutungsganze), de que a linguagem é a forma essencialmente “mundana”: as palavras crescem da significação, com a qual não se confundem [*sic*]<sup>1095</sup>.

**Se o *Dasein* é no mundo, é na linguagem, que faz parte da essência da mundanidade.** “Giro lingüístico” não significa que uma realidade só existe quando descrita em linguagem, ou que não há qualquer realidade para além da linguagem, e que, para haver realidade jurídica, é necessário linguagem juridicamente competente. Muito embora a linguagem constitua a realidade enquanto tal: o meio em que vivemos é constituído pela linguagem, pela cultura, pelos símbolos, e nós próprios somos a partir de nossa imersão originária em uma linguagem comunitária. Isso não significa, porém, a ausência de realidade para além da descrição lingüística. A superação da filosofia da consciência é a superação do solipsismo, envolvida na consideração segundo a qual estamos, desde sempre e para sempre, enquanto formos, inseridos numa comunidade, e constituídos de acordo com elementos ecológicos, como a linguagem e a comunicação. Estar na linguagem, que é comunitária, é um modo de ser humano, ineliminável e inevitável, e não uma qualidade a ele posposta. O *Dasein* não pode ser senão na linguagem. De certa forma, o ser humano é prisioneiro da linguagem: nasce em meio a ela, cresce condicionado por ela, aprende a trabalhar com ela, vive num mundo cuja significação é nela constituída, e morre nela. O próprio HEIDEGGER pode dizer, então, que o homem é na linguagem, e ela é a casa do ser. O *Dasein* é na linguagem,

<sup>1094</sup> Cf. Sobre o “humanismo”, in **Conferências...**, *op. cit.*, p. 174.

<sup>1095</sup> **Passagem...**, *op. cit.*, p. 102.

nela habita, desde sempre e até o final. Sobre poder alterar e determinar o mundo pela linguagem, o *Dasein* é marcado e determinado por ela<sup>1096</sup>.

Buscando compreender em seu ser esse ente que é o *Dasein*, HEIDEGGER pensa a linguagem como um existencial, algo que está originariamente no *Dasein* e algo em que o *Dasein* está desde sempre imerso. No mesmo sentido, dirá JÜRGEN HABERMAS, mais tarde, que, quando chegamos, descobrimos que estamos num mundo que já estruturou linguisticamente nossas vidas<sup>1097</sup>. A reflexão heideggeriana sobre a linguagem, portanto, afasta-se da consideração da linguagem como um instrumento – de conhecimento, de comunicação, de manipulação, de domínio, de constituição de realidades jurídicas *etc.* – para **pensar a linguagem num momento prévio a esse caráter instrumental**. Não mais a linguagem enquanto um instrumento, dentre outros, de que se vale o sujeito, em sua relação com o objeto, mas a linguagem na condição de um constitutivo originário do *Dasein*, um dado constitutivo fundamental para a experiência com o mundo<sup>1098</sup>.

A linguagem, onde nos inserimos, é algo comum. O *Dasein* está, desde sempre, em comunidade. Qualquer descrição de algo depende de uma linguagem, sempre concebida dentro de uma determinada comunhão de visões de mundo, de valores comuns, de entendimentos mútuos, de disputas *etc.* Portanto, intrinsecamente, o entendimento humano é dependente de tomadas de decisão a respeito do que deve ser: deve ser usada tal e qual linguagem para obter tais e quais fins em tal comunidade, ainda que o fim seja meramente compreender ou comunicar. Mas essas tomadas de posição não podem ser individuais, no sentido de absolutamente independentes, porque dependem de uma linguagem prévia, já posta desde sempre, e dentro de cujos limites e possibilidades os seres humanos se podem relacionar, valorar, compreender, agir. A virada linguística é uma virada da consciência individual para a intersubjetividade. Muito diferente de um

<sup>1096</sup> Sobre o “humanismo”, *op. cit.*, p. 159, 173-174. Cf., também, HANS-GEORG GADAMER, **Hermenêutica...**, *op. cit.*, p. 45; OTTO PÖGGELER, **A via...**, *op. cit.*, p. 258; EMMANUEL CARNEIRO LEÃO, Apresentação, in MARTIN HEIDEGGER, **Ser e tempo**, *op. cit.*, p. 21; MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, **Reviravolta...**, *op. cit.*, p. 206.

<sup>1097</sup> Cf. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. 1, p. 12 – originalmente, publicada como *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (Faticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e do estado democrático), em 1992.

<sup>1098</sup> Cf. MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, **Reviravolta...**, *op. cit.*, p. 205.

“giro linguístico” que concedesse, a cada um, a liberdade para interpretar o direito como quisesse, construindo significações individuais.

### 5.2.3 A verdade do ser e a linguagem

*“Nada existe onde faltam palavras... a palavra não é apenas doadora de sentido às coisas do universo. Sem ela, a palavra exata, nenhuma coisa existe”<sup>1099</sup>*

A via eleita em *Ser e tempo* mostra-se, mais tarde, inadequada para o questionamento a respeito da verdade do ser. Quando HEIDEGGER, posteriormente, suspende a analítica existencial e vira seu pensamento em direção à origem, para lá tentar escavar a verdade do ser, seu novo alvo de confrontação serão os primeiros filósofos que iniciaram todo o pensamento ocidental. **HEIDEGGER retorna, então, aos pré-socráticos.** Sua busca vai até ANAXIMANDRO, PARMÊNIDES e HERÁCLITO.

É nesse ponto que o conceito de ἀληθεία, a *alétheia* grega, a verdade como desvelamento, desocultamento do velado, passa a ocupar um lugar fundamental no pensamento heideggeriano. **A *alétheia* é a clareira onde se dá a verdade do ser.** É a concepção originária de verdade<sup>1100</sup>. Para o pensamento pré-socrático, esse *locus* de ocorrência da verdade do ser é a φύσις, a *phýsis* grega. O que se mostra, desoculta-se e deixa-se ver em sua verdade; o que se entrega, desvela-se; desvela-se na *phýsis*. Antes que a verdade estivesse para além da *phýsis*, na metafísica platônica, ela esteve na *phýsis* pré-socrática. A *phýsis* era o ente; foi apenas com SÓCRATES e PLATÃO que a verdade se deslocou para o metafísico<sup>1101</sup>. Como HEIDEGGER equipara a filosofia à metafísica, ele pode afirmar que os pré-socráticos não eram “filósofos”: a “filosofia”, tomada como metafísica, foi um passo dado por SÓCRATES e PLATÃO. Faz parte

<sup>1099</sup> **Ciência feliz**, 2. ed., *op. cit.*, p. 123-124; **Ciência feliz**, 3. ed., *op. cit.*, p. 112 e 113.

<sup>1100</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Ciência feliz...**, *op. cit.*, p. 12; OTTO PÖGGELER, **A via...**, *op. cit.*, p. 193.

<sup>1101</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, **Introdução à metafísica**, *op. cit.*, p. 21-22; BENEDITO NUNES, **Passagem...**, *op. cit.*, p. 217.

desse nascimento da metafísica a transformação da verdade, a perda de seu sentido originário enquanto *alétheia*<sup>1102</sup>.

Continuando e aprofundando sua exploração dos pré-socráticos, HEIDEGGER interpreta o pensamento de HERÁCLITO, revelando, nele, o λόγος, o *lógos*, como a palavra sobre o ser<sup>1103</sup>. Diz o filósofo alemão: “Λόγος é tanto palavra para o dizer quanto palavra para o ser, ou seja, para o fazer-se vigor do que é vigente”<sup>1104</sup>. O *lógos* possibilita que venha à tona o ser; é ele que abre o ser. *Lógos*, na tradução heideggeriana, é o que torna patente, manifesto, aquilo de que se fala. Precisamente por isso, por mostrar as coisas, é que o discurso pode ser verdadeiro ou falso<sup>1105</sup>. **É o *lógos* o que permite a *alétheia*, o desocultamento.**

Nesse sentido, que HEIDEGGER busca na tradição grega, **a verdade é um acontecimento do ser**<sup>1106</sup>. A verdade mostra-se, desoculta-se, vem à presença. Não se trata de um predicado posposto a um ente. Dizer que uma proposição descritiva é verdadeira porque corresponde a uma realidade qualquer é já pensar a verdade como correspondência, como adequação, o que é uma visão derivada da verdade. A verdade originária não é uma relação: é um acontecimento. Um acontecimento da verdade, que se dá na linguagem. O retorno de HEIDEGGER aos pré-socráticos encontra no *lógos* aquilo que permite a abertura da verdade. O filósofo pensa o pensamento em linguagem<sup>1107</sup>.

Mas não é só da filosofia originária que se trata, para HEIDEGGER, em seu trabalho de toda uma vida em busca do questionamento do ser. Se NIETZSCHE já considerara SÓCRATES um antigrego, e já qualificara esse filósofo como o responsável pela decadência dos gregos, HEIDEGGER retorna também ao pré-socrático. E, assim como NIETZSCHE, também HEIDEGGER não se restringe à filosofia pré-

<sup>1102</sup> Cf. MARTIN HEIDEGGER, Qu'est-ce que la philosophie?, in **Conferências...**, *op. cit.*, p. 17; Da essência da verdade, in **Ser e verdade**, p. 136-195; A teoria platônica da verdade, in **Marcas do caminho**, p. 215-250.

<sup>1103</sup> MARTIN HEIDEGGER trata extensamente do λόγος, em HERÁCLITO, no item “Ser e pensar” da sua **Introdução à metafísica**, p. 128-213.

<sup>1104</sup> **A caminho...**, *op. cit.*, p. 188. Se regredirmos até a nota de rodapé n. 1, em que há uma nota da tradutora, percebe-se que “vigor” e “vigente” são a tradução para *Wesen* e *anwesen*, comumente traduzido entre os heideggerianos como “presença” e “presente” – cf. Nota da tradutora, in *ibidem*, p. 8.

<sup>1105</sup> **Passagem...**, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1106</sup> Cf. EMMANUEL LÉVINAS, **Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger**, p. 116 – originalmente, publicada como *En Découvrant l'Existence avec Husserl et Heidegger*.

<sup>1107</sup> Cf. RÜDIGER SAFRANSKI, **Um mestre da Alemanha: Heidegger e o seu tempo**, p. 414.

socrática: interessa a ambos, além da filosofia, a arte grega. Para HEIDEGGER, a arquitetura e a tragédia, como explica, a respeito, OTTO PÖGGELER:

O propriamente grego é então aquilo que estava antes de Platão e de Sócrates, que ainda foi talvez conservado pelos pensadores gregos mais antigos, e que de qualquer modo se exprime a partir dos templos e das tragédias: a experiência da verdade indisponível e sempre acontecente, o des-ocultamento, que como o sagrado renovadamente se reúne na reivindicação do deus [sic]<sup>1108</sup>.

É a arte que proporciona o desvelamento do ser. Dentre todas as manifestações artísticas, porém, é na poesia que HEIDEGGER encontrará um momento privilegiado de desvelamento do ser em sua verdade: é a poesia a forma de arte que trabalha mais proximamente com a linguagem. **A abertura para a verdade, na poesia, é uma abertura para a verdade, na linguagem.** Se a linguagem já era um existencial do *Dasein*; se a linguagem é a palavra sobre o ser, no *lógos* pré-socrático; é, também, na linguagem que se manifesta a verdade do ser, na arte poética. Aqui, a linguagem atinge seu ponto mais elevado na filosofia heideggeriana: é enquanto manifestação artística que a linguagem atinge a verdade do ser.

Se a linguagem era um componente essencial no existencial do *Dasein*, passa a ser o campo de manifestação da verdade do ser, em sua ambiguidade ocultação/desvelamento. Atento a essa evolução, OTTO PÖGGELER registra: “*Na sua via de pensamento, Heidegger atenta sempre mais decisivamente em que o acontecer da verdade é, no essencial, um acontecer lingüístico...*” [sic]<sup>1109</sup>. E é por isso que, em HEIDEGGER, a linguagem diz respeito ao *Dasein* e só a ele: porque é ele o ente que, entre os entes, compreende o ser e indaga sobre o ser. É só porque o ser concerne ao *Dasein* que a linguagem, a casa do ser, a ele também concerne. **Por estar envolvido desde sempre com o ser é que o ser humano não se pode livrar da linguagem.** Explica, a respeito, o próprio HEIDEGGER:

Esta ligação com o domínio superior do ser é para nós a essência mais profunda do homem.

<sup>1108</sup> A via..., *op. cit.*, p 219.

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 277.

Porque o homem – e *somente* porque o homem pertence a esta essência, por isso é que ele existe *na linguagem*, por isso *deve* até haver algo assim como *linguagem* do homem. O animal não fala, por não poder falar. E não o pode, por não necessitar falar. Não necessita falar porque não deve. E não o faz porque não está na *correspondente necessidade*. E não está numa tal necessidade, por não lhe ser *forçado*. E não lhe é forçado porque se acha *trancado aos poderes da pressão*. Que poderes são esses? São os poderes da *soberania do ser!*<sup>1110</sup>

Com isso, HEIDEGGER fecha o círculo: saiu do *Dasein* para buscar o ser; quando isso se revelou impossível, virou seu pensamento e foi do ser ao *Dasein*. E nisso tudo, sempre, manteve a linguagem enquanto instância essencial e originária do *Dasein*, em sua compreensão do ser. Afinal, entre o ser humano e a linguagem existe uma relação originária e necessária de pertencimento. É o filósofo quem diz: “*Somos, antes de tudo, na linguagem e pela linguagem*”<sup>1111</sup>. Nossa compreensão é sempre linguística. Mas, em HEIDEGGER, **a compreensão do ser, mesmo dependente da linguagem, é abissal.**

#### 5.2.4 O abismo

“*Na vida, como ensinava Heidegger, há mais coisas para serem ditas do que para serem explicadas*”<sup>1112</sup>

Na visão heideggeriana, a filosofia ocidental sempre procurou responder à pergunta pelo ser do ente. Procurou-o na *phýsis*, no período pré-socrático. No platonismo, o ser se distanciou do ente, e refugiou-se no plano das ideias, o mundo verdadeiro. No pensamento cristão medieval, o que proporciona ser ao ente é Deus. De acordo com HEIDEGGER, **essa constante pergunta pelo ser do ente é uma pergunta pelo fundamento.** Veja-se, a respeito, o que ensina em sua *Introdução à metafísica*:

...Porquê é afinal ente ...? *Porquê* significa: qual é o fund(ament)o (*Grund*)?, de que fund(ament)o se alicerça o ente?, a que fund(ament)o se dirige o ente? A questão não questiona isso ou aquilo do ente, não questiona o que, aqui e acolá, é, nem a sua constituição, nem como pode ser modificada nem tão-

<sup>1110</sup> Da essência..., *op. cit.*, p. 113-114.

<sup>1111</sup> **A caminho**..., *op. cit.*, p. 191.

<sup>1112</sup> **Ciência**..., 3. ed. *op. cit.*, p. 132.

pouco para que serve etc. No questionamento procura-se o fund(ament)o para o ente enquanto ente [*sic*]<sup>1113</sup>.

Para HEIDEGGER, filosofar é manter essa questão. Por isso, identifica filosofia e metafísica. Desde o início, até a modernidade, a procura filosófica foi pelo fundamento final, a *causa sui* de toda a realidade. Modernamente, o fundamento é o sujeito, o *cogito* cartesiano, o sujeito kantiano, o eu fichtiano, o espírito hegeliano. NIETZSCHE, em sua guerra contra o pensamento metafísico, denunciou essa busca por um fundamento em si. Ele inverteu o platonismo, destruiu o mundo aparente, assassinou Deus, exterminou o *cogito*, sepultou o sujeito transcendental e abriu mão de todo absoluto. HEIDEGGER abandonou a ideia de fundamento como um problema metafísico, inaugurando uma tarefa de pensamento que, **na intenção de superar a metafísica, afastou-se de todo o fundamentar**. O fundamento como *causa sui* do ser do ente já não é mais viável no caminho do pensamento contemporâneo.

**HEIDEGGER anuncia, então, o acabamento da filosofia.** Se a filosofia, enquanto metafísica, é entendida como essa busca pelo ser do ente como fundamentação última, o fim da busca pelo fundamento último é o fim da filosofia. Acabada a metafísica, acaba a filosofia. O sucedâneo da metafísica e da filosofia é a tarefa do pensamento, que já não é mais metafísica e, por isso, também não é filosófica<sup>1114</sup>.

No seu pensamento tardio, HEIDEGGER afirma, da verdade, que é um acontecimento, que se dá na abertura da clareira: “*Designamos esta abertura que garante a possibilidade de um aparecer e de um mostrar-se, como a clareira (die Lichtung)*”<sup>1115</sup>. A tarefa do pensamento, com o acabamento da filosofia e da metafísica, deixa de ser procurar a “verdade” enquanto adequação, que pressupõe uma instância de fundamentação – algo que também pressuporia uma verdade como coerência interna de um discurso autorreferente. Essa “verdade”-fundamento não diz respeito à tarefa do pensamento: a ele concerne a *alétheia*. O desvelamento na clareira, e não a “verdade” como *adaequatio*. **Em busca de um pensar originário, HEIDEGGER abandona a refle-**

<sup>1113</sup> **Introdução à metafísica**, *op. cit.*, p. 11. Reproduzo a nota de rodapé que explica o uso da forma “fund(ament)o” pelos tradutores, na mesma página: “*Uma vez que em alemão ‘Grund’ significa tanto ‘fundo’ como também ‘razão’ no sentido de ‘fundamento’, optamos por este grafismo com parênteses para se fazer passar o emprego propositadamente polissêmico por parte de Heidegger*”.

<sup>1114</sup> Cf. Sobre o “humanismo”, *op. cit.*, p. 159.

<sup>1115</sup> O fim..., *op. cit.*, p. 75.

**xão a respeito dos sentidos derivados de verdade**, como *adaequatio intellectus ad rem*, e volta-se para a *alétheia*, o acontecer do velamento e do desvelamento<sup>1116</sup>. Busca outro pensamento, diferente daquele que funda a ciência e a técnica:

A racionalização técnico-científica que domina a era atual justifica-se, sem dúvida, de maneira cada vez mais surpreendente através de sua inegável eficácia. Mas tal eficácia nada diz ainda daquilo que primeiro garante a possibilidade do racional e irracional. A eficácia demonstra a retitude da racionalização técnico-científica. Esgota-se, no entanto, o caráter de revelado daquilo que é, na demonstrabilidade? Não tranca a insistência sobre o demonstrável justamente o caminho para aquilo que é?

Talvez exista um pensamento mais sóbrio do que a corrida desenfreada da racionalização e o prestígio da cibernética que tudo arrasta consigo. Justamente esta doida disparada é extremamente irracional<sup>1117</sup>.

Esse pensamento pensa a verdade do ser na clareira como abissal: **o abismo (*Abgrund*) é a ausência de fundamento (*Grund*)**. É o próprio HEIDEGGER quem oferta a explicação: “*Falamos de abismo quando o fundo desaparece, quando nos ressentimos de um chão, quando buscamos um fundamento, na suposição de que há um fundo a ser alcançado*”<sup>1118</sup>. Porém, não há esse fundo: a verdade acontece no incessante velamento e desvelamento do ser na clareira. A experiência da verdade originária, enquanto *alétheia*, é uma experiência originária, anterior a toda predicação – e, portanto, a toda fundamentação, não lhe restando qualquer fundamento senão no abismo. Superar a metafísica é também abrir mão de buscar sempre um fundamento para o ente. O pensamento precisa desistir dessa vontade de fundamento metafísica, experimentando o abismo<sup>1119</sup>.

**A virada no pensamento heideggeriano afasta toda pretensão de fundamentação**. Se se deseja fundamentar, ou buscar um fundamento para a possibilidade de fundamentação, então o de HEIDEGGER não é o pensamento adequado. Trata-se, para ele, agora, do compreender abismático do ser em sua clareira, não do fundamentar o ente em outro ente, e assim indefinidamente. MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA registra: “*Não se trata mais de fundamentar, mas de compreender, e o eis-á-*

<sup>1116</sup> Cf., a respeito, Sobre a essência da verdade, in *Conferências...*, *op. cit.*, p. 133-145.

<sup>1117</sup> O fim..., *op. cit.*, p. 83 e 81.

<sup>1118</sup> A caminho..., *op. cit.*, p. 9.

<sup>1119</sup> Cf. OTTO PÖGGLER, A via..., *op. cit.*, p. 176.



*ser é o lugar onde a compreensão do ser emerge*”<sup>1120</sup>. Enquanto abissalidade, a nova filosofia heideggeriana desiste de toda fundamentação última. A obra de arte, que não precisa de qualquer fundamento na sua revelação do então oculto, é a forma possível de verdade, como observa OTTO PÖGGELER:

Este apoiar-se em si da obra de arte, que reúne em si o movimento da verdade, e com isso a obralidade da obra, só podem ser compreendidos a partir de si mesmos...

...ela permite que seja experimentada a verdade como o des-ocultamento, que se apoia no seu abissal *que e como*.

O mundo como quadratura de terra e céu, divino e mortal não pode ser explicado a partir de um “fundamento” situado no seu exterior e também não por um dos seus momentos-estrutura como o fundamento de tudo, explicado a partir da própria quadratura. O desalbergar ocultante que rege no mundo permanece um fundamentar abissal, para o qual não pode ser salvaguardado nenhum fundamento derradeiro [*sic*]<sup>1121</sup>.

HEIDEGGER mostrou como a separação e a oposição absoluta entre sujeito e objeto é uma falácia. O sujeito e o objeto já estão sempre aí originariamente. Um sujeito cognoscente como aquele com o qual trabalha a doutrina tributarista, que separa vontade de razão, e decide que, ao fazer ciência, não terá vontade, e que não se deixará influenciar por circunstâncias externas capazes de levar ao erro, está, desde sempre, envolvido em uma suposição metafísica. Embora deva manter-se bem intencionado, um sujeito que decida que sua tarefa é descritiva e, portanto, não influenciará comportamentos, decide com certa impotência, porque não pode, de forma plenamente eficaz, decidir por não fazê-lo. Sua ação entra num jogo linguisticamente estruturado, que já está aí, que a determina e do qual ela não tem o controle absoluto. Nesse sentido, lembrar HEIDEGGER é fundamental para afastar os pressupostos epistemológicos da doutrina tributarista. Porém, **o abandono das formas derivadas de verdade e a busca pela *alétheia* originária afastam a tarefa do pensamento de HEIDEGGER dos problemas desta tese.** Ao filósofo não interessa a proposição expressa “este giz é branco”, mas sim a verdade como desvelamento que está em sua base, e que é sua condição de possibilidade. Interessa-lhe a branquidão do giz. Afirma o filósofo: “*O enunciar sobre... já se movimenta no interior e, de certo modo, sobre a via de nossa*

<sup>1120</sup> **Reviravolta...**, *op. cit.*, p. 212. “Eis-aí-ser” é a tradução, do autor, para “*Dasein*”.

<sup>1121</sup> **A via...**, *op. cit.*, p. 204-205 e 240.

*permanência junto ao giz*”<sup>1122</sup>. É essa permanência originária cuja pergunta é perseguida por HEIDEGGER. Por isso, seu pensamento, explica ele próprio, “...*não é nem teórico, nem prático. É antes desta distinção que ele acontece e se realiza... Um tal pensar não chega a um resultado; não produz efeito*”<sup>1123</sup>.

Se esta é uma tese a respeito do papel da ciência no direito tributário brasileiro; se é uma tese que pretende demonstrar as possibilidades de falar racionalmente a respeito do que deve ser; se é uma tese que precisa chegar a um resultado e produzir um efeito, tanto teórico quanto prático; então **é preciso evoluir, a partir de HEIDEGGER, para um pensamento posterior**. Um pensamento que, embora não metafísico, insista na questão do fundamento, tema fundamental quando o assunto é direito.

Direito envolve necessariamente a linguagem enquanto instrumento, a linguagem expressa, derivada, secundária, *a posteriori*, que se segue – eventualmente, mas, no direito, necessariamente – à compreensão originária linguisticamente estruturada. O fundamento de validação do discurso jurídico expresso, que sai do âmbito interno da compreensão do *Dasein* para a comunicação externa, é elemento necessário ao direito. Por isso, quando o assunto é direito, é preciso buscar uma nova forma de fundamentação, para além da hermenêutica heideggeriana. **O abismo heideggeriano não resolve os problemas do direito**: as questões jurídicas dependem sempre dessa exteriorização derivada de linguagem, e, portanto, de fundamento, de controle intersubjetivo da racionalidade e da validade do discurso jurídico. Direito é linguagem, mas a sua é também a linguagem no sentido derivado, e a verdade jurídica demanda, necessariamente, uma instancia de validação discursiva, sob pena de arbítrio, tanto na ciência, quanto na atividade de criação e aplicação do direito.

Direito envolve vida prática, cotidiana, imediata, e assim demanda uma consideração pragmática. Por outro lado, fazer ciência, inclusive do direito, é criar linguagem a respeito de entes, de modo que depende de uma verdade proposicional<sup>1124</sup>. É certo que a ciência, como lembra HEIDEGGER, depende de acesso pré-científico ao ente, que já vem determinado por uma pré-compreensão do ser<sup>1125</sup>. Porém, à ciência,

<sup>1122</sup> **Introdução à filosofia**, *op. cit.*, p. 70.

<sup>1123</sup> Sobre o “humanismo”, *op. cit.*, p. 172.

<sup>1124</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *A verdade...*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>1125</sup> Cf. Fenomenologia e teologia, *in Marcas...*, *op. cit.*, p. 60-61.

evidentemente, não basta essa condição pré-científica. **A linguagem jurídica, tanto em sua manifestação científica quanto nas demais, carrega em seu ser a instância predicativa – e esta, por sua vez, requer fundamentação.** Ficar em HEIDEGGER é insuficiente para o jurídico. Deve-se partir dele, e procurar, para além da metafísica e sua *causa sui*, mas também para além do próprio filósofo e da fenomenologia hermenêutica, uma instância de fundamentação capaz, também, de fundar, eticamente, as bases da comunicação linguisticamente mediada, própria do jurídico. A fundamentação pós-metafísica é linguístico-pragmática, e sua teorização está em KARL-OTTO APEL. Mas ela só é possível enquanto inserida num contexto de filosofia da linguagem, no qual HEIDEGGER é protagonista decisivo.

### 5.3 KARL-OTTO APEL: razão e pragmática

#### 5.3.1 Introdução

*“...mais grave erro do cientificismo e sistematismo modernos, erro de corrosivos efeitos para a ciência jurídica, foi abandonar a dialética, lógica do diálogo, substituindo-a pela lógica do monólogo, o discurso jurídico empreendido por um só: o autor da teoria, o exegeta dos textos legais, o comentarista, o glosador, o simples anotador, o atualizador etc.”<sup>1126</sup>*

A partir da compreensão heideggeriana da linguagem, e de sua recusa a qualquer fundamentação da verdade do ser; a partir, também, da transitoriedade de todo conhecimento científico e da incessabilidade da técnica; pode-se compreender **a inserção da reflexão filosófica contemporânea de KARL-OTTO APEL.** JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES não se vale das ideias apelianas em seus escritos. Porém, *O contraditório no processo judicial* encontraria, em APEL, um importante reforço argumentativo – feito, contudo, em bases contemporâneas, pós-metafísicas, e não nas bases aristotélicas que SOUTO utiliza naquela sua obra fundamental de filosofia do direito.

KARL-OTTO APEL também é, a seu modo, filósofo de tratamento difícil, em sua acolhida no direito brasileiro; no seu caso, devido **à carência de publicações suas**

<sup>1126</sup> O contraditório..., *op. cit.*, p. 49-50.

em edições nacionais, e à escassez de estudos jurídicos a respeito de sua obra. Mesmo entre aqueles juristas que prezam o “giro linguístico” da filosofia contemporânea, as referências a APEL são raríssimas. O que é contraditório, se se levar em consideração as avaliações a respeito da obra apeliana: “*Em K.-O. Apel, de certo modo, a ‘linguistic turn’ atinge um ápice...*” (MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA); “*O esgotamento do paradigma da consciência e que levou à centralidade do discurso – o chamado giro lingüístico –, terá em K.-O. Apel a pioneira formulação paradigmática, em sentido forte*” (CELSO LUIZ LUDWIG)<sup>1127</sup>.

**Oferecer à filosofia um renascimento desde suas próprias bases e reaproximá-la das ciências:** é esse o intento principal de APEL. A fundamentação última é, para o autor, tema estritamente filosófico, cuja pretensão não merece ser abandonada. É certo que não há como ignorar NIETZSCHE e HEIDEGGER: a metafísica está encerrada. E a ciência, por sua própria lógica – epistemológica –, também é incapaz de – e desinteressada de – fornecer qualquer fundamentação última. Por isso, segundo APEL, é necessário recuperar a filosofia, e trazer de volta a noção de filosofia transcendental, enquanto investigação das condições de possibilidade de todo conhecimento válido. Isso demandará, porém, que se transforme a própria filosofia em direção a um pensamento pós-metafísico. A filosofia ainda deve ter a pretensão de transcendentalidade; porém, para APEL, é preciso uma filosofia transcendental transformada<sup>1128</sup>. Que transformação é essa ?

### 5.3.2 A tarefa da filosofia

*“O diálogo é um atributo da existência humana. O homem é na medida em que o é em palavra... Não somos apenas em palavras: somos em diálogo, um logos exercido a dois, um dizer de um ‘com’ e ‘para’ o outro”*<sup>1129</sup>

<sup>1127</sup> MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA. **Reviravolta...**, *op. cit.*, p. 249; CELSO LUIZ LUDWIG, Discurso e direito: o consenso e o dissenso, in RICARDO MARCELO FONSECA (org.), **Discurso e direito: discursos do direito**, p. 46; **Para...**, *op. cit.*, p. 92; ENRIQUE DUSSEL, **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**, p. 182 – originalmente, publicada como *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión* em 1998.

<sup>1128</sup> Cf. PERE FABRA, **Habermas: lenguaje, razón y verdad: los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas**, p. 95.

<sup>1129</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 70.

**Decretado o acabamento da filosofia, KARL-OTTO APEL passa a trabalhar em sua recuperação.** As linhas com que abre sua coletânea *Transformação da filosofia* dão boa noção do desafio: “*Hoje em dia, o título ‘Transformação da filosofia’ poderia ser facilmente confrontado com outros títulos provocativos – e mais atuais, aos olhos de muitos jovens – tais como ‘Agonia da filosofia’, ou ao menos ‘Decadência da filosofia’*”<sup>1130</sup>. Um dos desafios do filósofo é responder negativamente à pergunta que indaga se, com o abandono da metafísica tradicional, também deveria ser esquecido o tema da fundamentação última, tanto na filosofia teórica como na ética, em um pensamento não só pós-metafísico, mas também pós-filosófico. Para essa questão, certos autores, que partem de NIETZSCHE e HEIDEGGER, teriam resposta positiva, e APEL decide-se a enfrentar esse posicionamento<sup>1131</sup>. Um dos aspectos que constitui a reafirmação da filosofia, em APEL, é o retorno de sua pretensão transcendental, abandonada desde NIETZSCHE e HEIDEGGER.

**A filosofia transcendental, em sentido kantiano, ultrapassa as considerações a respeito do que é, para buscar as condições que possibilitam o entendimento.** Trata-se de uma virada, da ontologia para a consciência do sujeito. KANT compreende transcendentalmente a filosofia, e busca definir quais as condições de possibilidade da razão. Essas condições são buscadas no interior da consciência do sujeito, pensado com certa abstração do mundo concreto no qual desde sempre se insere, da intersubjetividade, das paixões, das pulsões. Essa via, porém, torna-se inviável a partir de NIETZSCHE.

**KARL-OTTO APEL propõe-se recuperar a transcendentalidade como tarefa própria da filosofia.** Se cabe à filosofia ser crítica, é preciso, antes, delimitar os pressupostos diante dos quais a crítica é possível<sup>1132</sup>. Para ele, o fim da *prima philosophia*, com o fim da metafísica, traz, como consequência necessária, a relativização de tudo, à medida que essas condições de possibilidade ficam todas postas em suspensão. Isso, para APEL, é inaceitável: há, para ele, certas coisas que não podem ser relativizadas impunemente. Porém, essa transcendentalidade, situada historicamente após NI-

<sup>1130</sup> **Transformação...**, v. 1, *op. cit.*, p. 11-12.

<sup>1131</sup> Cf. *Fundamentação última não-metafísica?*, in ERNILDO STEIN e LUÍS A. DE BONI (org.), **Dialética e liberdade**, *Festschrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima, p. 305.

<sup>1132</sup> Cf. **Transformação...**, v. 1, *op. cit.*, p. 22.

ETZSCHE e HEIDEGGER, já não pode mais implicar um retorno à metafísica. A falta capital desse tipo de pensamento metafísico é sua incapacidade de sugerir senão uma fundamentação última de caráter dogmático. O filósofo compara toda metafísica às doutrinas de Deus como *causa sui*, ou com o mito hindu, segundo o qual o mundo é sustentado por um elefante, e o elefante por uma tartaruga, e... o relato do fundamento do mundo é interrompido dogmaticamente<sup>1133</sup>. Algo como um sistema de normas sintaticamente homogêneas, e homogeneamente derivadas umas das outras, com base todas na norma fundamental, que interrompe dogmaticamente a cadeia de fundamentação. Essa falta capital não pode mais ser cometida pelo pensamento contemporâneo: invertida por NIETZSCHE e sepultada por HEIDEGGER, a metafísica não tem mais o que dizer em termos de fundamentação. Neste último filósofo, o pensamento chega finalmente ao abismo. O perigo dessa perspectiva, que pode chegar na relativização de tudo, é que o fracasso da fundamentação racional possa levar a uma crise da própria razão enquanto instância de definição do certo e do errado. Faríamos, como observa MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, o contrário dos gregos: se eles foram da sofística cética à metafísica, nós sairíamos desta para um ceticismo ainda pior, porque sequer evoluir para a metafísica poderíamos mais<sup>1134</sup>. Já não haveria mais verdade, e qualquer interpretação valeria da mesma forma que todas as outras.

Diante de uma epistemologia jurídica que entrega toda decisão a uma vontade racionalmente incontrolável, e que assume qualquer interpretação como igualmente possível e válida, sem qualquer critério de preferibilidade, e, portanto, a uma relativização de todo conteúdo jurídico, **retomar a reflexão de KARL-OTTO APEL é importante e urgente**. Essa epistemologia, que está na hermenêutica kelseniana e é assumida pela tributarística brasileira, afunda toda decisão em um abismo volitivo, remete o juiz às suas próprias vontades, e afasta o cientista de qualquer possibilidade de se manifestar sobre uma decisão num caso concreto. Um dos aspectos da transformação apeliana da filosofia é precisamente este: ela precisa pretender ainda uma fundamentação última que afaste esse relativismo exacerbado. Sob pena, diz APEL, da completa falta de fundamentação de todo agir no mundo: “*Si no se puede llegar a una funda-*

---

<sup>1133</sup> Fundamentação..., *op. cit.*, p. 306.

<sup>1134</sup> Cf. **Reviravolta**..., *op. cit.*, p. 252-253.

*mentación última trascendental no hay ninguna fundamentación de juicios críticos del mundo de la vida o de las pretensiones de los seres humanos*”<sup>1135</sup>. O desiderato apeliano, e o caminho que o filósofo perseguiu na busca por seu objetivo, trazem argumentos fundamentais para a superação desse estado de coisas – que é, no fundo, um aspecto do dualismo entre o ser, reservado à ciência racional, e o dever-ser, entregue à decisão irracional. Quando se conhece a quase exclusividade das cogitações lógico-semânticas do discurso doutrinário no direito tributário, a explicação de ADELA CORTINA a respeito da filosofia apelianiana cai como uma luva, ao dizer, dos novos caminhos filosóficos, que eles são trilhados “...evitando lo que Apel llama ‘falacia abstractiva’, en que incurren cuantos prescinden de la dimensión pragmática del lenguaje y se contentan con la sintáctica y la semántica...”<sup>1136</sup>. A decisão também é passível de controle racional, e, por isso, quando a ciência dela se despede, sob esse argumento, o faz em um equívoco vitando, além de eticamente inaceitável. É justamente o restabelecimento da racionalidade, superando a meramente sintático-semântica em direção à pragmática, o que APEL tem em vista, como explica MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA: “É nesse contexto que vai emergir a reflexão filosófica de Karl-Otto Apel com uma preocupação primeira: restabelecer a razão como algo intranscendível na vida humana”, o que é, para o autor, precisamente a tarefa própria da filosofia, que precisa recuperar uma instância de julgamento a respeito da validade das proposições, algo que a hermenêutica não pode fornecer<sup>1137</sup>.

Mas o problema a enfrentar não é só a filosofia. APEL conhece e assume o argumento epistemológico segundo o qual todo conhecimento científico é empírico e sempre provisório. Seu critério de cientificidade é o mesmo de POPPER e de SOUTO: o empirismo falseacionista. Devendo ser todas as suas hipóteses testáveis ao extremo, na tentativa de sua refutação; e tendo as teorias, enquanto não falseadas, um caráter sempre provisório; é evidente que à ciência não caberá jamais uma fundamentação última. Da ciência, ninguém espera uma fundamentação última: o processo de falsea-

<sup>1135</sup> *Narración autobiográfica del proceso filosófico recorrido con Habermas, in ENRIQUE DUSSEL (comp.), Debate en torno a la ética del discurso de Apel: diálogo filosófico norte-sur desde América Latina*, p. 205-206.

<sup>1136</sup> Cf. *Introducción, in KARL-OTTO APEL, Teoría...*, op. cit., p. 20.

<sup>1137</sup> *A reviravolta...*, op. cit., p. 253, 262.

mento das proposições científicas é inacabável<sup>1138</sup>. Esse papel, portanto, não cabe à ciência. Era da metafísica, mas também deixou de sê-lo quando a própria metafísica implodiu. Sem poder voltar à metafísica e sem poder confiar na ciência, **a tarefa de uma fundamentação última ficou abandonada, e deu espaço ao relativismo, ao decisionismo e ao ceticismo**. O declínio da metafísica, e a autocompreensão da ciência como impotente para oferecer uma fundamentação última, levou à relativização ética. Isso angustia APEL, descrito como um racionalista e um ético de rara sensibilidade, dotado de forte senso de responsabilidade histórica<sup>1139</sup>. Para APEL, a fundamentação última filosófica não é só necessária: ela é urgente<sup>1140</sup>. Na seguinte passagem, o autor evidencia sua angústia filosófica em face do mundo contemporâneo, em avaliação perfeitamente cabível à hermenêutica kelseniana e às posições metateóricas da doutrina tributarista atual:

*A paradoxalidade* dessa situação se caracteriza, a meu ver, através do seguinte dilema: de um lado, a necessidade de uma ética, intersubjetivamente vinculatória, de responsabilidade solidária da humanidade, diante das consequências de atividades e conflitos humanos, nunca foi tão urgente como nos dias atuais, e isso em função do pavoroso aumento do risco decorrente de todas as atividades e conflitos humanos, devido ao espantoso potencial técnico da ciência. De outro lado, parece que a fundamentação racional de uma ética intersubjetivamente válida jamais foi tão difícil quanto hoje em dia, uma vez que a ciência moderna (*science*) pré-ocupou o conceito de fundamentação racional, intersubjetivamente válida, no sentido da neutralidade valorativa; por causa disso, todas as formações teóricas não isentas de valorização parecem, a partir desse parâmetro, ser meras ideologias [*sic*]<sup>1141</sup>.

Para APEL, a resposta à pergunta “por que devo agir moralmente?” deve ser uma resposta última, que imponha um dever-ser irrefutável, tal como em KANT. Não a ter, nesse momento em que as ações humanas têm alcance planetário, e a comunidade humana tem laços cada vez mais fortes de solidariedade, em sentido sociológico, demonstra, para o filósofo da Johann Wolfgang Goethe-Universität, um déficit no desenvolvimento de nossa espécie<sup>1142</sup>. Uma preocupação historicamente situada, portanto: hoje vive-se em uma comunidade planetária, e determinadas atividades humanas

<sup>1138</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 306-307.

<sup>1139</sup> Cf. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão, p. 182 – originalmente, publicada como *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, em 1998.

<sup>1140</sup> Cf. *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 309.

<sup>1141</sup> **Estudos...**, *op. cit.*, p. 160-161.

<sup>1142</sup> Cf. *ibidem*, p. 173.



têm, como nunca tiveram antes, efeitos mundiais, que dizem respeito à humanidade como um todo. **Uma ética de alcance planetário torna-se urgente** – e, para esse alcance, demanda uma fundamentação última. Construir essa resposta macroética num mundo contemporâneo dominado pelo ceticismo, é a tarefa filosófica hercúlea a que APEL se entrega<sup>1143</sup>. Contra esse ceticismo, a filosofia apeliana assume a pretensão e a tarefa de enunciar um *a priori* necessário, que nenhum argumento poderá deixar de levar em consideração, sob pena de desautorizar-se enquanto argumento válido. Se essa tarefa não pode ser científica, nem metafísica, deve ficar a cargo da filosofia – mas de uma filosofia diferente, pós-metafísica. Acabada a metafísica e afastada a ciência como instância de fundamentação última, retorna a filosofia, agora transformada: não está mais identificada, como fora em HEIDEGGER, com a metafísica; nem permanece, como em KANT, no paradigma individualista do sujeito e em uma filosofia idealista.

**Uma nova filosofia, reaproximada da fundamentação prática do saber, inclusive do científico, deverá ser tentada.** O caminho, para APEL, é a consideração da linguagem: o filósofo incorpora, à filosofia transcendental kantiana, a pragmática e a intersubjetividade linguística enquanto um constitutivo originário do ser no mundo e do interpretá-lo<sup>1144</sup>. Assim, a transformação da filosofia em APEL é, fundamentalmente, a metamorfose da filosofia transcendental kantiana, de uma filosofia da consciência para uma filosofia pragmática da linguagem, uma pragmática transcendental da linguagem<sup>1145</sup>. Se há transcendentalidade, ela agora depende da inserção originária intramundana e da pragmática linguística.

<sup>1143</sup> Cf. CELSO LUIZ LUDWIG, *Discurso...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1144</sup> Cf. LUIZ CARLOS SANTUÁRIO, *Filosofia e psicanálise: a linguagem em Lacan, Apel e Gadamer*, *Revista de Filosofia*, v. 17, n. 20, p. 155-156.

<sup>1145</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, *La ética del discurso ante el desafío de la filosofía latinoamericana de la liberación (II)*, in KARL-OTTO APEL e ENRIQUE DUSSEL, *Ética del discurso y ética de la liberación*, p. 260; ADELA CORTINA, *Introducción*, *op. cit.*, p. 19.

### 5.3.3 A fundamentação última linguístico-pragmática

*“O autenticamente novo é um fiel depositário da tradição”*<sup>1146</sup>

A fundamentação última apeliana é, paradoxalmente, algo autenticamente novo, e, ao mesmo tempo, depositário da tradição: é na tradição filosófica que se encontra a busca pela fundamentação última, mas é no novo que está a superação da metafísica, e a assunção da linguagem como um modo de existência comunitária irretrocedível. Esse novo conceito de fundamentação última pressupõe **a inserção no terceiro grande paradigma da filosofia, vista historicamente: o paradigma da linguagem**. É uma via de pensamento que supera o paradigma pré-cartesiano do ser e o paradigma cartesiano-kantiano do sujeito. Essa distinção paradigmática tem uso já consagrado, como registra HABERMAS<sup>1147</sup>. Para APEL, contudo, essa alternância de paradigmas, na filosofia, não se dá exatamente da forma como compreende a descrição de KUHN, em relação à ciência. Nesse particular, SOUTO e APEL aproximam-se, pois este, como aquele, enxerga “...uma sucessão no sentido da suprassunção (*Aufhebung*) de Hegel, dos paradigmas anteriores pela radicalização da reflexão e da crítica”<sup>1148</sup>. Não, portanto, um abandono, mas um refletir que transforma a perspectiva de pensamento.

**A mudança para o paradigma linguístico é assumida por KARL-OTTO APEL.** Quando APEL intenta uma transformação da filosofia que dê conta de retornar, com êxito, ao tema da fundamentação última, trabalha no interior de uma filosofia já transformada, pela superação do pensamento individualista, voltado ao sujeito e à consciência, por um pensamento intersubjetivo e comunicacional, voltado para a linguagem. A teoria do conhecimento do sujeito transcendental foi, historicamente, substituída pela filosofia da linguagem, passando a vigorar a reflexão acerca das condições linguísticas do conhecimento; do entendimento solipsista da razão individual para a comunicação, em uma comunidade já sempre pressuposta de forma inafastável e estru-

<sup>1146</sup> **Ciência feliz...**, *op. cit.*, p. 11.

<sup>1147</sup> Cf. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos, p. 21 – publicado como *Nachmetaphysisches Denken: philosophische Aufsätze*, em segunda edição, de 1988.

<sup>1148</sup> **Fundamentação...**, *op. cit.*, p. 320.

turada de forma linguística e simbólica<sup>1149</sup>. O próprio APEL registra: “...no es posible la vuelta a algo así como la evidencia privada de conocimiento, dado que el conocimiento de algo como algo *tiene que ser a priori público, es decir, tiene que estar impregnado de lenguaje*”<sup>1150</sup>. Daí que, ainda com o filósofo, à síntese da apercepção individual kantiana é posposta a síntese comunicativa e comunitária da interpretação<sup>1151</sup>.

**A filosofia de KARL-OTTO APEL tem sua ênfase no plano pragmático da filosofia da linguagem.** Pressupõe a necessidade de argumentação em uma comunidade de comunicação, na qual interessam, sobretudo, os usuários. Se APEL, inicialmente, aprendeu com HEIDEGGER que todo ser humano é no mundo, antes de mais nada, mais tarde compreendeu que todo ser humano que argumenta, ao fazê-lo, depende de uma reflexão sobre os pressupostos iniludíveis da argumentação racional<sup>1152</sup>. Se somos em linguagem, e se, por isso, somos sempre “com”, em comunidade, como disse, então estamos, desde sempre e para sempre, inseridos em uma comunidade de comunicação. Toda construção sintática ou semântica depende, em última análise, do entendimento mútuo – inclusive a “metalinguagem” científica. Por isso, APEL destaca a inviabilidade da análise linguística que olvida o uso concreto da linguagem: se a resposta, a respeito da verdade empírica de uma proposição, depende de um acordo mútuo acerca do sentido, então depende também da consideração da utilização concreta da linguagem, inclusive a científica<sup>1153</sup>. Somos em cadeias argumentativas intersubjetivas. E compreender as condições de possibilidade de toda argumentação é tarefa transcendental reservada a uma filosofia transformada.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES ensina que toda teoria científica é sempre falseável; cumpre, portanto, sempre expor a teoria a testes cruciais, na tentativa do seu falseamento. Isso depende, no direito, de argumentação teórica. Mestre SOUTO também ensina que, no processo, a melhor decisão vem do confronto dialético entre as opiniões em jogo. Isso depende, também, de argumentação. Toda essa construção sourtiana serve como incentivo para que o jurista se aproxime da filosofia apeliana. É que

<sup>1149</sup> Cf. MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, *Reviravolta...*, *op. cit.*, p. 254; ENRIQUE DUSSEL, *Ética...*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>1150</sup> *Teoría...*, *op. cit.*, p. 137-138.

<sup>1151</sup> Cf. *Transformação...*, v. 2, *op. cit.*, p. 251; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em *Estudos...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1152</sup> Cf. GUSTAVO SALERMO, *Lenguaje...*, *op. cit.*, p. 418.

<sup>1153</sup> Cf. *Transformação...*, v. 1, *op. cit.*, p. 370, n. 86.

APEL está interessado em perquirir acerca das **condições que tornam toda e qualquer argumentação possível, para daí, sem cair no dogmatismo, extrair normas éticas racionais, necessárias e inegáveis.**

KARL-OTTO APEL está ciente da oposição de HANS ALBERT a certa metafísica racionalista: seguindo os pressupostos dessa metafísica, toda fundamentação última cai na armadilha do trilema de Münchhausen<sup>1154</sup>. A reflexão que faz HANS ALBERT é relativa à necessidade de fundamentação para tudo: se tudo deve ser fundamentado, também é preciso fundamentar os fundamentos. Para esse popperiano, tal obrigatoriedade de fundamentação leva a uma situação na qual estará, necessariamente, presente uma de três alternativas. Esse conjunto de alternativas é por ele denominado “trilema de Münchhausen”, em analogia à estória do Barão que, afundando, puxa-se do pântano pelos próprios cabelos e salva-se. **O trilema demonstra a necessidade lógica de escolha, sempre inaceitável, entre um regresso ao infinito, um raciocínio circular, ou uma interrupção dogmática,** como explica seu introdutor:

1. um *regresso infinito*, que parece resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura;
2. um *círculo lógico* na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura, e finalmente,
3. uma *interrupção do procedimento* em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio de fundamentação suficiente [*sic*]<sup>1155</sup>.

Essa oposição é procedente, no campo lógico-semântico. Por isso, APEL afirma que, sob os pressupostos do conceito científico de racionalidade, descabe qualquer tentativa de fundamentação<sup>1156</sup>. E, na filosofia heideggeriana, a ideia de fundamento fora abandonada ao abismo da ocorrência da verdade do ser, em seu ocultamento e desocultamento incessantes. Assim, na visão apeliiana, o pensamento de HEIDEGGER está orientado de forma deficitária em relação ao problema da fundamentação de validade de enunciados. A verdade acontece. Porém, como decidir diante de duas visões

<sup>1154</sup> Cf. *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>1155</sup> **Tratado da razão crítica**, p. 26-27 – originalmente, publicado como *Traktat über Kritische Vernunft*, em 1969.

<sup>1156</sup> Cf. **Estudos...**, *op. cit.*, p. 172.

argumentativas daquilo que é verdadeiro ? Isso, para HEIDEGGER, é um problema posterior, da verdade como *adaequacio*, que não lhe diz respeito em sua busca por um pensar originário. Mas esse problema é fundamental para a convivência intersubjetiva e, nesse sentido, fundamental para o direito. Por isso, **a busca pela fundamentação última precisa partir de uma transformação da filosofia rumo à pragmática**, que traga um novo conceito de fundamentação, e que vá além do pensamento heideggeriano. E, também, que supere o trilema, como destaca APEL:

...não tiro disso a consequência tirada pelos popperianos; o abandono da idéia da *fundamentação última*. Ao contrário, tiro a conclusão da necessidade de uma *filosofia pós-metafísica da fundamentação última*, de uma filosofia que pressupõe *outra idéia* de fundamentação que a ciência empírica e a metafísica ontológica tradicional e que por isso é capaz de assumir a tarefa de uma fundamentação filosófica última específica [*sic*]<sup>1157</sup>.

**Para APEL, a filosofia, se pensada pragmaticamente, escapa do trilema.** A doutrina tributarista, como visto, trabalha com um “sujeito cognoscente” contraposto a um “objeto do conhecimento”. Esse sujeito cognoscente passa a construir suas significações próprias, individualizadas. Há, no limite, um sistema para cada intérprete: um ordenamento jurídico para cada intérprete<sup>1158</sup>. O cientista-sujeito-cognoscente, na condição filosófica de indivíduo, cria seu próprio sistema de explicação da realidade. Ele constitui-se em um sistema perfeito, isento de contradições, bem acabado, coerente. A doutrina, então, mesmo anunciando trabalhar no giro linguístico, assume todo o solipsismo metódico da filosofia moderna, colocado em xeque há mais de meio século, abrindo mão de todo histórico, social e comunitário. Não está em seus pressupostos a consideração de que toda relação entre sujeito e objeto ocorre após uma relação entre sujeitos que se relacionam comunicativamente. Que a linguagem não é um dado à disposição de um indivíduo, mas uma construção em uma comunidade de interação<sup>1159</sup>. A síntese de GUSTAVO SALERMO, a respeito dessa superação do solipsismo, por APEL, a partir de HEIDEGGER, é a seguinte:

<sup>1157</sup> Fundamentação..., *op. cit.*, p. 307.

<sup>1158</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, Conferência, in BETINA TREIGER GRUPENHMACHER (coord.), **Cooperativas e tributação**, p. 56.

<sup>1159</sup> Cf. LENIO LUIZ STRECK, *Hermenêutica e ensino jurídico em terrae brasilis*, p. 29.

*La estructura ontológica-existencial es entonces un coestar-con-los-otros (Mitsein mit Anderen), con lo que queda preanunciado uno de los modos de hacer frente al solipsismo metodológico de la filosofía moderna, tal como el propio Apel afirma. Ello enlaza con la crítica heideggeriana a Descartes y a los fundamentos metafísicos de su filosofía. Es decir, se trata del problema del solipsismo inherente a la concepción que sostiene que toda realidad – incluido el ego– es substantia, res o cosa. En este marco, el yo aparece como un receptaculum autárquico de evidencias en la cual se dan las ideas o representaciones de las cosas (y no estas mismas), con las cuales puede alcanzarse un conocimiento indubitable. Quisiéramos destacar que esta es una aporía fundamental de la filosofía precedente que Apel cree imperioso transformar...*<sup>1160</sup>

Postas as premissas desse modo, assim se desenvolve o argumento de APEL: pragmaticamente, a argumentação de HANS ALBERT, e assim qualquer outra, **pressupõe que pode ser tida como verdadeira, ou, pelo menos, como convincente, por seus destinatários**. Pragmaticamente, todo aquele que argumenta, argumenta no interior de uma comunidade de comunicação, diante de outros, e pretende que esses outros possam concordar com seus argumentos – ou, minimamente, compreendê-los. Nenhuma argumentação é solitária. A própria refutação de uma teoria científica depende de que se tenha por válida certa argumentação. Nesse sentido, explica APEL, tendo em conta a seleção darwiniana de teorias científicas: “*O fato da falsificação de uma teoria não é espontânea como, por exemplo, a extinção de uma espécie, mas ela deve ser primeiro aceita por nós como tal com base em argumentos, portanto, fundamentações*”<sup>1161</sup>. Quem argumenta, faz em nome da verdade, e procura convencer os outros de seu acerto – os “outros”, que não aparecem em teorias exclusivamente sintático-semânticas. Isso pressupõe, necessariamente, a aceitação de algo como uma pretensão de verdade, e o que isso significa, como argumenta CELSO LUDWIG: “*...é necessário reconhecer que existe algo que me permita diferenciar proposições falsas de verdadeiras. Só assim podemos submeter proposições a um procedimento de justificação argumentativa com pretensão de verdade, ainda que sem pretensão de evidência*”<sup>1162</sup>.

Há, portanto, para APEL, **pressupostos a priori, que toda argumentação deve necessariamente pressupor, quando, reflexivamente, volta-se para si própria**. São, dizendo com o APEL inspirado pelo WITTGENSTEIN tardio, as regras que se precisa

<sup>1160</sup> *Lenguaje...*, op. cit., p. 426.

<sup>1161</sup> *Fundamentação...*, op. cit., p. 310.

<sup>1162</sup> *Discurso...*, op. cit., p. 50. No mesmo sentido, cf. *idem, Para...*, op. cit., p. 97-98.

pressupor em todo jogo de linguagem<sup>1163</sup>. Segundo explica HABERMAS, “...uma pessoa que se socializou numa determinada língua e numa determinada forma de vida cultural não pode senão dedicar-se a certas práticas comunicativas, acedendo assim tacitamente a certos pressupostos pragmáticos presumivelmente gerais”<sup>1164</sup>. APEL enumera tais pressupostos: a existência de algo como verdade, diferente da falsidade; a existência de proposições que podem ser tidas por verdadeiras; a existência de proposições a respeito das quais pode haver concordância intersubjetiva; a existência de uma comunidade de comunicação, na qual tal concordância pode ou não se dar; e, por fim, certas regras que funcionam como condição normativa da possibilidade de discussão: o reconhecimento do outro como um igual falante e a não violência no uso do argumento. A compreensão do próprio princípio do falibilismo depende disso tudo, bem como sua aplicação a alguma situação concreta. A metalinguagem do Círculo de Viena depende também desses pressupostos. Qualquer linguagem pressupõe certos pressupostos que são irretrocedíveis. Daí a possibilidade e a necessidade de uma fundamentação última<sup>1165</sup>.

Esses pressupostos, enunciados por APEL como necessários a qualquer argumentação, estão postos *a priori* da própria argumentação. **É porque eles sempre estão pressupostos que toda argumentação é possível.** Eles estão desde sempre subjacentes a toda e qualquer argumentação. Mesmo argumentar contra esses princípios é algo que não se pode fazer sem os pressupor. Quem argumenta contra esses princípios, cai em “contradição performativa” ou “contradição pragmática”<sup>1166</sup>.

**O conceito de contradição pragmática ou performativa está entre os mais importantes e fundamentais da filosofia de KARL-OTTO APEL.** Ele baseia-se na diferença pragmática entre o ato de falar e o conteúdo falado; entre a parcela performativa e a parcela proposicional do falar humano. Então, é uma contradição que não decorre da relação sintática das proposições entre si, ou da contradição semântica entre as proposições e seu referente exterior à linguagem. Resulta, sim, da incoerência entre

<sup>1163</sup> Cf. **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 287; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1164</sup> Cf. **A ética da discussão e a questão da verdade**, p. 20 – originalmente, publicada como *L'éthique de la discussion et la question de la vérité*, em 2003.

<sup>1165</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 312-313.

<sup>1166</sup> Cf. CELSO LUIZ LUDWIG, *Discurso...*, *op. cit.*, p. 51.

o que é dito e o contexto pragmático no qual aquilo é enunciado. Dá-se contradição performativa sempre que alguém tenta negar, com seu desempenho, o que implicitamente precisa aceitar para poder ter tal performance. Assim, todo aquele que nega os pressupostos de APEL, ao fazê-lo, argumenta. Se argumenta, pressupõe que pode ter razão, que pode estar com a verdade, que pode atingir consenso, que seu argumento pode ser melhor que o argumento contrário, que pode ser bem compreendido. Pressupõe, portanto, que há uma comunidade de usuários da mesma linguagem capazes de compreendê-lo. Ou seja: é impossível argumentar contra esses pressupostos sem aceitá-los, porque eles são condição de possibilidade de toda argumentação. Há, então, contradição entre o que é dito e o que, pragmaticamente, precisa-se supor para que esse dizer tenha sentido. Os pressupostos da argumentação são indiscutíveis mesmo para quem se propõe a discuti-los. Tentar essa discussão é incorrer, obrigatoriamente, nessa contradição, que APEL denomina autocontradição pragmática ou performativa<sup>1167</sup>. Essa contradição também pode ser chamada pragmática, porque pressupõe a consideração desse plano, para além da visão estrita dos níveis sintático e semântico. Explica-o APEL, em síntese que poderia ser direcionada especificamente aos procedimentos da doutrina tributarista: “Assim, os argumentos não devem ser entendidos sob a abstração da dimensão pragmática, tal como se dá no cálculo lógico moderno (sintático-semântico), mas também, e sempre, como anseios de sentido e de validação, que só podem ser explicados e decididos em meio ao diálogo interpessoal”<sup>1168</sup>.

**Na filosofia apeliana, a contradição performativa é o critério que garante um específico modo de fundamentação última pragmática.** A enunciação desses pressupostos é a enunciação das condições *a priori* de possibilidade de toda argumentação. É, portanto, algo que se dá no plano transcendental – “transcendental” em sentido kantiano – e não no plano científico. Não no plano científico, mas nem mesmo no

<sup>1167</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 453; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 117; **Fundamentação...**, *op. cit.*, p. 316; ADELA CORTINA, *Introducción*, *op. cit.*, p. 12; SIMONE GOYARD-FABRE, **Os fundamentos da ordem jurídica**, p. 303 – originalmente, publicada como *Les fondements de l'ordre juridique*; ELVI MIGUEL CENCI, A reflexão ética de Karl Otto Apel, in JOSÉ MAURÍCIO DE CARVALHO (org.), **Problemas e teorias da ética contemporânea**, p. 327

<sup>1168</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 454; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 117.



plano epistemológico: a argumentação epistemológica pressupõe esses condicionamentos, que estão, portanto, em um plano mais originário de questionamento.

**Fica evidente, por outro lado, que esses pressupostos, além de não científicos, não são metafísicos.** Eles não se põem como princípios metafísicos, mas como pressupostos *a priori* de qualquer comunicação concreta, enunciáveis apenas a partir da consideração deste mundo histórico em que vivemos e da forma concreta pela qual nos comunicamos. Estão longe de qualquer idealismo – são, aliás, condição de possibilidade do idealismo. Para serem compreendidos, dependem de que se caminhe para além do solipsismo do sujeito moderno. Por isso, é possível, a CELSO LUIZ LUDWIG sintetizar: “...*ocorre a substituição do eu penso pelo eu argumento; a passagem do eu para a comunidade; o abandono do pensar o pensado, para pensar o consensualizado*”<sup>1169</sup>. Depois da guinada linguística da filosofia contemporânea, não há mais como afirmar que há uma interpretação para cada intérprete. Ela permite superar precisamente o individualismo, impondo-lhe limites, como ensina HABERMAS<sup>1170</sup>. Recorra-se, aqui, a JOÃO MAURÍCIO ADEODATO:

De toda forma, um dos problemas mais importantes da teoria do conhecimento é observar se a linguagem humana descreve as coisas como são ou se sua relação com elas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem de forma arbitrária. Tal arbitrariedade não implica que cada ser humano determine subjetivamente a relação entre a língua e o mundo exterior, pois o uso corrente das palavras diante das coisas apresenta uma objetividade convencional, isto é praticamente unânime<sup>1171</sup>.

Não só o uso corrente da linguagem, mas também o uso científico apresenta essa “objetividade convencional” – salvo quando a ciência, propositadamente, transforma-se em um construir particular de linguagens de validade meramente individual. Para além do “cada um tem a sua interpretação” e do “cada jurista constrói seu próprio sistema”, caminha-se em direção à ideia segundo a qual o próprio interpretar pressupõe a impossibilidade de que cada um tenha uma interpretação individual, sob pena, mesmo, de não ser capaz, sequer, de compreender o interpretar como interpretar.

<sup>1169</sup> Discurso..., *op. cit.*, p. 52. No mesmo sentido, cf. *idem*, **Para...**, *op. cit.*, p. 100.

<sup>1170</sup> Cf. **Pensamento...**, *op. cit.*, p. 53 e 173.

<sup>1171</sup> **Ética e retórica:** para uma teoria da Dogmática Jurídica, p. 83.

**A fundamentação em KARL-OTTO APEL é pragmática e, enquanto tal, ela não incorre nas aporias do trilema de Münchhausen.** Esse trilema é aplicável às argumentações que pretendem fundamentar logicamente algo em outro algo. Não sendo dedutiva, a reflexão apeliana não cai no problema revelado no trilema de Münchhausen: não fundamenta algo em outro algo, mas traz uma fundamentação reflexiva da argumentação sobre si própria<sup>1172</sup>. Uma derivação meramente lógica, acerta HANS ALBERT, ou regride ao infinito, ou se torna circular, ou se interrompe de forma dogmática. Mas, para APEL, aquilo que ocorre com seu critério de contradição pragmática é muito diferente. Sua fundamentação não é dedutiva, a dedução de algo a partir de outro algo; diferentemente, ela é reflexiva, e implica a exposição daquilo que, desde sempre, está implícito no mesmo. A avaliação de HABERMAS a respeito da teoria apeliana, ao menos nesse ponto, é positiva: “*A partir desse ponto de vista, K. O. Apel submeteu o falibilismo a uma metacrítica convincente e invalidou a objeção do trilema de Münchhausen*”<sup>1173</sup>. Explica, a respeito, o próprio APEL:

....como recurso reflexivo sobre as condições de validade da argumentação ela nem cai na situação de derivação de algo e nem assim no regresso ao infinito. Pois ela se certifica apenas do que ela mesma desde sempre pretende como método de fundamentação. Ela se certifica apenas de pressuposições que ela não pode contestar, sob pena de autocontradição performativa. Ela não fornece, portanto, nenhuma *explicação ontológico-cosmológica do mundo*, mas apenas uma *autocertificação da razão argumentativa*<sup>1174</sup>.

É dessa forma que APEL devolve, à filosofia, sua forma própria de raciocínio: já não mais metafísica e diferente da científica, mas a ela complementar; diferente do raciocínio científico, que se fundamenta sempre em outro algo mediante prova empírica, o raciocínio filosófico fundamenta-se, reflexivamente, nas condições prévias de sua própria possibilidade racional<sup>1175</sup>. O filósofo encontra a transcendentalidade da filosofia não mais na pergunta sobre as condições de possibilidade de conhecimento, sempre inscritas *a priori* no sujeito kantiano, mas sobre **as condições de produção de sentidos válidos na comunidade intersubjetiva de sujeitos, que sempre estão em mútua**

<sup>1172</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, *Estudos...*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>1173</sup> **Consciência...**, *op. cit.*, p. 102. HABERMAS, contudo, não aceita a possibilidade de êxito na tentativa de uma fundamentação última por parte da filosofia, afastando-se, nesse ponto fundamental, de APEL.

<sup>1174</sup> *Fundamentação...*, *op. cit.*, p. 319.

<sup>1175</sup> Cf. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 128.

**comunicação.** Com a compreensão dessa filosofia, a via apeliana de superação do solipsismo ainda reinante na tributarística brasileira subitamente desvela-se, em toda a sua amplitude, e em toda a sua fecundidade e aplicabilidade.

A procura, mediante o discurso argumentativo, deixa de ser apenas pela verdade que acontece ou que representa adequação entre coisa e sentença, se pensada no âmbito de um sujeito isolado que percebe tal verdade. **Busca-se a validade, enquanto aceitação do argumento entre os participantes de uma comunidade comunicativa regrada,** no âmbito de uma teoria consensual da verdade, de matriz peirciana, que fuja da falácia abstrativa lógico-semântica, em direção à consideração pragmática da inserção da verdade num jogo linguístico desde sempre pressuposto em toda proposição<sup>1176</sup>. APEL não desautoriza a falseabilidade popperiana. Mantém-na como critério válido, convivendo com os critérios reflexivos filosóficos e com a verdade consensual<sup>1177</sup>. A verdade, mediada linguisticamente e acontecendo dentro do mundo, não é uma produção solitária, e depende sempre de uma situação pragmaticamente relevante. A diferenciação entre a verdade solitária e a validade intersubjetiva é lembrada por CELSO LUIZ LUDWIG:

As esferas são distintas, pois o conceito de verdade nos remete à realidade, enquanto que o conceito de validade nos remete diretamente à intersubjetividade. O conceito de verdade desde a posição subjetiva monológica ou comunitária como referência à realidade tem pretensão de aceitação intersubjetiva (referência ao possível acordo intersubjetivo)<sup>1178</sup>.

Se a verdade é sempre linguisticamente mediada, aquela sentença que puder contar com a concordância de uma comunidade de comunicação, entre iguais e livres de violência, seguindo as regras próprias dessa comunidade, obterá, entre os membros daquela comunidade, validação intersubjetiva. Na comunidade científica, por exemplo, uma das regras, contemporaneamente válidas, é a da “testabilidade” empírica; na falta de outra melhor, ela deve ser observada pelo cientista. A verdade que obtém consenso na comunidade linguística científica, garantida, posto provisoriamente, pela observação empírica, será válida até que um melhor argumento demonstre sua incorreção, sua

<sup>1176</sup> Cf. O texto *Falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última*, in *ibidem*, p. 37-145.

<sup>1177</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>1178</sup> Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel, in RICARDO MARCELO FONSECA (org), **Repensando a teoria do estado**, p. 295.

falsidade, e tal “verdade” tenha que ser substituída por outra, da qual também se reclamará validade intersubjetiva. Esses consensos não eliminam, mas convivem com – e mesmo pressupõem – o pluralismo e a diversidade, uma vez que dependem da aceitação do direito pleno de todos a uma argumentação livre de violência<sup>1179</sup>.

O esforço de APEL, para, no âmbito do trabalho filosófico, encontrar as condições reflexivas de possibilidade de toda argumentação, condições pressupostas em uma comunidade ideal e contrafática de comunicação, não permite encontrar nenhum critério fenomenológico ou de correspondência, em sentido tarskiano, para possibilitar seja verificada a verdade de determinado conhecimento. **Seu sentido é outro: é normativo.** Ela projeta critérios normativos para um consenso intersubjetivamente válido, embora falível e provisório. Prescreve critérios que, caso observados e na medida do possível, garantem validade a um discurso com pretensões de racionalidade. A fundamentação última é desses critérios filosóficos e reflexivos de validade do consenso, isto é, das condições de possibilidade de todo conhecimento intersubjetivamente válido, e não de uma verdade dogmática definitiva. Esse discurso válido, no entanto, está sempre sujeito à superação por outro discurso que, praticado dentro das mesmas regras, revele algo ainda não pensado, no plano do argumento, ou não percebido empiricamente pela comunidade real de comunicação. Assim, se a prova empírica refuta determinada teoria, a aceitação dessa refutação imporá, pragmaticamente, falsidade à teoria. Daí a integração complexa desses conceitos na filosofia de APEL: a “...*inclusión de la evidencia empírico-experimental del fenómeno en la formación discursiva del consenso de una comunidad de argumentación que, simultáneamente, es una comunidad de experimentación y una comunidad de interpretación orientada fenomenicamente*”<sup>1180</sup>.

A síntese de CELSO LUIZ LUDWIG demonstra **o caráter de ruptura na continuidade da filosofia apeliana:**

Podemos ver nisso dois aspectos: (1º) uma ruptura entre a modernidade filosófica e a filosofia da segunda metade do século XX, certificada na passagem da epistemologia tradicional para a filosofia da linguagem – ou da *cer-*

<sup>1179</sup> Cf. CELSO LUIZ LUDWIG, Filosofia e filosofia do direito, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 16, p. 78.

<sup>1180</sup> *Teoría...*, *op. cit.*, p. 82.

*teza da cognição e da cognição como certeza para a cognição como consenso argumentativo; e (2º) uma continuidade na medida em que permanece o desejo de refletir sobre as condições de possibilidade e validade do conhecimento. No entanto, na modernidade, as condições estavam na esfera da consciência subjetiva, agora na linguagem, que é intersubjetiva*<sup>1181</sup>.

À filosofia de KARL-OTTO APEL revela-se, então, adaptável a consigna de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “*É, mesmo na ruptura, a sua continuidade*”<sup>1182</sup>. Falta, porém, definir um lugar para a ciência. APEL buscará essa definição.

### 5.3.4 A argumentação científica

*“A dialética, arte da discussão regrada, era na antigüidade clássica, o método filosófico por excelência”*<sup>1183</sup>

Com a enunciação do princípio do falseamento empírico, como critério de cientificidade das proposições de sentido, fica excluída, da ciência, a possibilidade de fundamentar princípios éticos de aplicabilidade universal – ainda que entendido esse “universal” em sentido pós-metafísico, referente a um mundo aqui e agora, a um “universo” concreto de comunicação. O relativismo e o ceticismo estarão sempre rondando a ética, se ela é pensada na forma de fundamentação científica. O que abre espaço, inclusive, para o cinismo. Com a decretação de morte da metafísica, a filosofia também perdeu a possibilidade de fundamentação de quaisquer princípios éticos que fossem universais, em sentido metafísico. Para que a filosofia pudesse voltar a ter pretensões de fundamentação última, foi preciso a KARL-OTTO APEL transformá-la, admitindo uma fundamentação reflexiva. No pensamento apeliano, toda argumentação sempre pressupõe certas condições necessárias de sua possibilidade. Não há verdade predica-tiva sobre algo independente de linguagem. Predicar linguisticamente, porém, pressupõe intersubjetividade e comunidade discursiva de produção de sentido. A ética do

<sup>1181</sup> Discurso..., *op. cit.*, p. 47.

<sup>1182</sup> **O contraditório**..., *op. cit.*, p. 38.

<sup>1183</sup> *Idem.*

discurso investigará quais são as regras sempre pressupostas, em qualquer argumentação que tenha por objetivo o convencimento alheio, mediante recurso à razão.

Diferentemente de KANT, **o pensamento ético de KARL-OTTO APEL tem, na linguagem, seu ponto de partida.** Também na ética, APEL movimenta-se no âmbito da filosofia da linguagem. É investigando os jogos de linguagem, já sempre pressupostos por qualquer um que entra em um jogo de linguagem, que o filósofo, reflexivamente, compreenderá as regras éticas do discurso. E a fundamentação terá, como ponto de apoio, novamente, o critério da autocontradição performativa. Há, então, um confronto entre a moral e aqueles que negam sua possibilidade, e que, ao negar, cairiam em contradição performativa<sup>1184</sup>.

Toda resposta que alguém é capaz de oferecer, a qualquer questão, sempre demanda, para APEL, **a pressuposição de um consenso mínimo, a respeito das regras do jogo de linguagem, no qual se inserem pergunta e resposta.** Qualquer pessoa que se valha da linguagem assume a existência de regras ideais para o uso linguístico competente. A existência de uma competência comunicativa compartilhada, de uma comunidade comunicacional, é o que permite aos seres humanos argumentarem. Por isso, todo aquele que fala pressupõe e demanda, contrafaticamente, uma comunidade ideal de comunicação, no interior da qual seus argumentos podem ser aceitos. Toda comunidade real de comunicação demanda essa pressuposição contrafática. Essa reflexão só é possível, porém, se se superarem as considerações exclusivamente sintático-semânticas da linguagem. Se todo aquele que pressupõe ter razão, só pode fazê-lo em uma linguagem que é um constituinte fundamental originário do fato desse alguém ser-no-mundo, então ele tem que pressupor um uso comum da linguagem, uma comunidade de usuários. Mesmo aquele que pensa sozinho, ele o faz internalizando uma linguagem compartilhada, que já determinou os limites e possibilidades de seu pensar. Antes que essa consciência solitária possa ter acesso ao conhecimento, ela já está originariamente inserida no jogo linguístico, que, obrigatoriamente, compartilha sentidos e impõe tanto impedimentos quanto possibilidades, decerto limitadas, de transpô-los. A situação de argumentação não pode, reflexivamente, ser negada, por ninguém que fale ou pretenda falar.

---

<sup>1184</sup> Cf. ENRIQUE DUSSEL, *Ética...*, *op. cit.*, p. 185.

**É reflexivamente necessário que haja regras ideais, que garantam a formação crítica de consenso, a garantir a validade do conhecimento.** Essas regras integram a Ética do Discurso de KARL-OTTO APEL. Tais regras são condição de possibilidade de toda comunidade argumentativa, inclusive a científica; disso decorre sua condição de filosofia primeira<sup>1185</sup>.

**Todo argumentante pressupõe, contrafaticamente, uma comunidade ideal de comunicação, na qual os partícipes falam com igual direito.** Aquele que pretender argumentar, negando essa regra, pretenderá que tem direito a argumentar, tanto quanto o teve quem enunciou a regra. Portanto, ao negá-la, expressará em contrário àquilo que, desde o início, necessariamente já pressupõe. Entrará em autocontradição performativa, violando o critério de fundamentação filosófica que permite conceder validade a um discurso, seja descritivo, seja prescritivo. Por outro lado, para que o falante possa pretender ter seu argumento levado em consideração, ele precisa pressupor que os demais falantes respeitarão seu direito de falar. O discurso contra o direito de falar é um discurso necessariamente infundado, porque é pragmaticamente autocontraditório – e por isso, na ética apeliana, é inválido. Nessa ética, toda comunidade de comunicação pressupõe, de seus integrantes, um mútuo reconhecimento de direitos iguais<sup>1186</sup>. “Reconhecimento”, aqui, enquanto termo técnico-filosófico do léxico hegeliano, como esclarece APEL:

...o que acaba estando virtualmente implícito na norma básica do reconhecimento recíproco entre os parceiros da discussão é a norma básica do ‘reconhecimento’ de todos os seres humanos como ‘pessoas’, em sentido hegeliano. Em outras palavras, todos os seres capazes de comunicação linguística precisam ser reconhecidos como pessoas, já que todos, em suas ações e manifestações, são virtuais parceiros em uma discussão, e a justificação ilimitada do pensamento não pode abrir mão de nenhum parceiro de discussão e de nenhuma de suas virtuais contribuições [sic]<sup>1187</sup>.

Quando JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES fala da dialética, enuncia princípios análogos: “A dialética não prescinde então da oposição do pensamento contrário, sendo, antes, abastecida e nutrida por ele... Por isso, é para a dialética essencial seja

<sup>1185</sup> Cf. *ibidem*, p. 184.

<sup>1186</sup> Cf. MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, *Reviravolta...*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>1187</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 452-453; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em *Estudos...*, *op. cit.*, p. 116.

*ouvida a argumentação produzida pela parte contrária*”<sup>1188</sup>. Por isso, uma norma a ser seguida é: todo participante de uma comunidade de comunicação deve ter os mesmos direitos, ao argumentar; todas as virtuais contribuições ao diálogo devem ser levadas em consideração. Nesse sentido, uma norma ética, por exemplo, estará legitimada, em parte, se não negar esse princípio do reconhecimento entre os falantes. Essa validação, porém, é parcial, porque há outras normas a serem observadas.

**Todo argumentante pressupõe, contrafaticamente, uma comunidade ideal de comunicação, que não admita a violência contra o argumento.** Outra regra do discurso – que complementa a anterior, relativa aos iguais direitos de falar – é a regra da não violência: todo argumento deve convencer pelas suas próprias razões, e não pelo recurso à violência. Aquele que pretender argumentar contra essa norma, estará sujeito à violência contrária e, no limite, à própria extinção. Mas, se ele argumenta, não se pode sujeitar ao perecimento, que o impediria de argumentar. Dá-se a contradição performática, legitimando, reflexivamente, essa segunda regra discursiva. À norma ética, por exemplo, que não obedeça a essa regra de não violência, faltará legitimidade; o mesmo vale para a norma jurídica, como registra APEL: “...*todas as normas obrigatórias da moral e do direito, em última análise, somente podem ser legitimadas pela sua capacidade de consenso para todos os envolvidos num discurso livre de violência*”<sup>1189</sup>.

Essas regras – isonomia e não violência – não são empiricamente verificáveis: não se trata de ciência. Nem são obtidas por dedução, indução ou abdução. São regras intrascendíveis e insuperáveis, que decorrem, reflexivamente, da própria argumentação, e que dela são condições de possibilidade: **trata-se de filosofia transcendental**, resultado do intento, expresso por APEL, de “...*restituir a la filosofía su genuina función fundamentadora... que está ligada a la defensa de las pretensiones de validez universales a priori e autorreferenciales...*”<sup>1190</sup>.

De acordo com o filósofo, contudo, a ética do discurso não subsiste com apenas um plano de fundamentação reflexivo-transcendental das condições filosóficas da fundamentação de normas. **Ela precisa, ainda, levar em conta o que APEL chama de**

<sup>1188</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 49.

<sup>1189</sup> **Fundamentação...**, *op. cit.*, p. 319.

<sup>1190</sup> **Pensar con Habermas contra Habermas**, in ERNIQUE DUSSEL, *Debate...*, *op. cit.*, p. 238.



**“fundamentação concreta” das normas éticas.** Não só as normas pragmático-transcendentais são suficientes: as normas éticas para cada situação concreta vão além das normas enquanto condição de possibilidade do discurso. Estas são obtidas reflexivamente como *a priori* da própria argumentação. Aquelas normas concretas, situacionais, diferentemente, são obtidas *a posteriori*, no âmbito da argumentação racional levada a efeito de acordo com as normas apriorísticas.

Na criação dessas normas, que serão validadas racionalmente, tendo como ideia reguladora a aplicação das normas pragmático-transcendentais, **é fundamental a presença do conhecimento científico específico.** Explica KARL-OTTO APEL:

*...la fundamentación concreta de las normas está abierta también a la consideración del saber de los expertos sobre las consecuencias y subconsecuencias previsibles que están vinculadas, por lo general, al cumplimiento de las normas que se van a fundamentar. Obviamente, las normas situacionales se convierten, de ese modo, en resultados revisables de un procedimiento falible de fundamentación; sólo el principio procedimental, fundamentado pragmático-transcendentalmente y que contiene también las condiciones de sentido de la posible revisión de las normas, conserva siempre su validez incondicionada<sup>1191</sup>.*

**A ética do discurso apeliana pressupõe uma cooperação de saberes entre a filosofia e a ciência.** Sem o trabalho filosófico, as proposições científicas não compreendem as condições de possibilidade de sua própria validação intersubjetiva. Porém, sem a intervenção da ciência, a criação de consensos será feita sem o necessário conhecimento técnico especializado. A esse conhecimento especializado, KARL-OTTO APEL confia a responsabilidade pelas consequências que os efeitos de uma argumentação qualquer podem causar, nas diversas situações concretas nas quais ela possa influir. Pressupõe, portanto, uma ciência que vá muito além da mera descrição objetiva de uma realidade com linguagem rigorosa: pressupõe uma ciência com preocupações concretas com o vir-a-ser existencial. Uma ciência pragmática, que se preocupe, sobretudo, com os efeitos concretos de determinada argumentação em relação à comunidade possivelmente atingida por eles – que é, cada vez mais, uma comunidade complexa, podendo identificar-se, em certas situações, com a totalidade da população mundial.

---

<sup>1191</sup> Teoría..., *op. cit.*, p. 160.

**Consensos argumentativos em situações específicas demandam, como condição de validade, o cumprimento de normas específicas, cuja criação cabe a cada ciência particular.** No direito, por exemplo, não basta reconhecer no outro um igual falante e argumentar sem violência. É preciso, ainda, que a argumentação se submeta às condições normativas postas pela própria ciência jurídica. Vale o argumento que desconsidera o direito positivo, ou que elimina o acesso ao poder judiciário, ou que restringe direitos fundamentais *etc.* ? Essa pergunta não pode ser respondida pela ética do discurso apeliana, porque o que está em jogo, nela, não são apenas as condições de possibilidade da argumentação válida em geral, mas, para além delas, as condições de possibilidade e de correção da argumentação jurídica em específico. Não basta uma “teoria da argumentação”, mas uma “teoria jurídica da argumentação”, ou, mais especificamente, uma “teoria da argumentação válida no direito tributário brasileiro” – sem, contudo, cair na simplificação de uma receita abstrata prévia, *a priori* apta a resolver todo e qualquer problema concreto<sup>1192</sup>. É necessário, porém, que as regras discursivas do jogo linguístico de cada ciência sejam acatadas na comunidade de comunicação real, e que ela projete observância às regras discursivas do jogo linguístico filosófico, obtidas reflexivamente e inegáveis sem contradição performativa.

Percebe-se que a criação de normas, em KARL-OTTO APEL, está muito distante de ser algo exclusivamente volitivo, livre e incontrolável pela via argumentativa. Ao contrário: **cabe pretensão de racionalidade a normas.** Isso depende de que a norma seja obtida em uma situação argumentativa na qual as regras reflexivo-transcendentais e empírico-científicas tenham sido respeitadas, e à medida desse respeito. Essa racionalidade não significa definitividade: o conhecimento base para a enunciação de normas éticas racionais é falível, e está, provisoriamente, corroborado, enquanto não sobrevier um argumento melhor, que abale o consenso e possa impelir os argumentantes na busca por um conhecimento melhor. Porém, não ser definitivo não significa ser irracional: fosse assim, nem à ciência, nem a nada, poderia ser reservado o adjetivo “racional”, que poderia ser eliminado do discurso humano. Normas são falseáveis, falíveis; procedimentos de formação de normas são aprimoráveis ou refutáveis; o que não pode ser seriamente posto em questão, para KARL-OTTO

---

<sup>1192</sup> Cf. HUMBERTO ÁVILA, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 203.

APEL, é que procedimentos argumentativos garantem o controle da racionalidade do argumento. Quem pretender questionar essa afirmativa, entrará em autocontradição pragmática. No plano científico, não há razões insuperáveis. Pensar tê-las encontrado é tolice, diz NIETZSCHE: “*Uma vez tomada a decisão, tapar os ouvidos inclusive para as melhores contra-razões: sinal de caráter forte. Portanto, uma ocasional vontade de tolice*”<sup>1193</sup>. Daí a ciência demandar um constante questionar, com liberdade e sem violência, como defende KELSEN:

A ciência só pode prosperar se for livre; ela será livre não somente quando o for externamente, ou seja, quando estiver independente de influências políticas, mas quando o for interiormente, quando houver total liberdade no jogo do argumento e do contra-argumento. Nenhuma doutrina pode ser reprimida em nome da ciência, pois a alma da ciência é a tolerância<sup>1194</sup>.

**Tolerância.** É algo que se espera na ciência, também em POPPER – “*O racionalismo, portanto, prende-se à idéia de que o semelhante tem direito a ser ouvido e a defender seus argumentos. Implica, assim, o reconhecimento da exigência de tolerância*”<sup>1195</sup>. E, ainda, em NIETZSCHE:

*Poder contradizer.* – Todos sabem, hoje em dia, que poder tolerar a contradição é um elevado sinal de cultura. Alguns sabem até que o homem superior deseja e evoca para si a contradição, a fim de ter uma indicação sobre a sua própria injustiça, que até então desconhecia. Mas *ser capaz* de contradizer, ter *boa consciência* ao hostilizar o habitual, o tradicional e consagrado – isso é mais do que essas duas coisas e é o que há de verdadeiramente grande, novo e surpreendente em nossa cultura, o maior dos passos do espírito liberto: quem sabe isso?<sup>1196</sup>

A ética apeliana é, portanto, uma ética não só de tolerância, mas também de **solidariedade pelo argumento diferente, ou, mesmo, contrário**. Aquele que argumenta contra mim merece muito mais do que minha tolerância: merece a minha defesa firme de sua possibilidade de argumentar. Defender a possibilidade de argumentar com igualdade e sem violência, obedecendo às regras próprias do campo no qual a

<sup>1193</sup> Além... tradução de Renato Zwick, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1194</sup> O que..., *op. cit.*, p. 25.

<sup>1195</sup> A sociedade..., v. 2, *op. cit.*, p. 246.

<sup>1196</sup> A gaia..., tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 201-202.

argumentação se põe, ainda que regras sempre submetidas à revisão, é respeitar as normas transcendentais reflexivas de APEL.

### 5.3.5 Razão e decisão

*“Problemas de descrição do ordenamento jurídico-tributário são resolvidos com base na repetição de impropriedades consagradas pela sua reiteração...”<sup>1197</sup>*

Postas as coisas em termos apelianos, **afasta-se um mito fundamental da hermenêutica kelseniana: tomadas de decisão são incontroláveis racionalmente.** Que, por isso, não cabe à ciência falar sobre o que deve ser, porque isso seria adentrar num discurso irracional, volitivo, e, portanto, escapar dos limites próprios à argumentação científica. Já se viu, com NIETZSCHE, que a pretensão de renúncia ao elemento volitivo por parte do cientista é infundada. Agora se vê, com APEL, que a pretensão de renúncia à decisão por irracionalidade não passa de um mito, a sustentar opção, simultaneamente cômoda e incômoda, por não tratar de problemas concretos.

Com APEL, afasta-se a consideração segundo a qual a ciência só pode tratar do que é; que a ciência só tem competência para descrever, rigorosamente, em linguagem formalizada; que só lhe é permitido trabalhar na abstração. Ao contrário: **a vida prática não só é problema afeto à ciência, mas é problema cuja solução dela depende.** Sintetiza, esse ponto, ADELA CORTINA:

*...tampoco cabe decir con científicistas y emotivistas que, puesto que sólo en él ámbito teórico cabe hablar de verdad, sólo en él cabe racionalidad. Muy al contrario: en el ámbito práctico se puede y debe argumentar, dar razones que permitan distinguir una norma meramente vigente de una válida<sup>1198</sup>.*

**Uma decisão não é algo solitário.** Quem decide, decide dentro de um mundo no qual é-aí-com, e essa condição originária influi existencialmente na decisão. Quem decide, decide num contexto cuja decisão, de uma forma ou de outra, tem condicionamentos e efeitos para além de quem a toma. No direito, quem decide por uma entre

<sup>1197</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. IX; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 14.

<sup>1198</sup> *Introducción, op. cit.*, p. 22.

muitas possibilidades de interpretação e aplicação do direito, seja no âmbito concreto jurídico das normas positivas, seja no âmbito abstrato-científico, põe, na comunidade jurídica, um argumento novo. E, uma vez que esse argumento só foi possível porque inserto numa tradição, ele também tem, em maior ou menor medida, a capacidade de abalar ou de confirmar essa tradição – o que sempre traz uma mudança, seja pelo enfraquecimento, seja pela reafirmação da tradição, com efeitos positivos ou negativos. Independentemente disso, qualquer decisão jurídica “...ocorre numa situação comunicativa”, como lembra TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. E, bem por isso, continua TERCIO, “Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação”<sup>1199</sup>. O que fornece racionalidade a uma decisão é que ela depende de boas razões para ser aceita, como em HABERMAS, e, especificamente em relação ao direito, ROBERT ALEXY e outros<sup>1200</sup>.

Decisões postas no âmbito jurídico, tanto por quem faz a lei, quanto por quem decide casos concretos com base na lei, são decisões que, no direito contemporâneo, devem chegar a termo após processos de discussão – a primeira, no âmbito político-democrático; a segunda, no âmbito técnico-jurídico. E são decisões que devem apresentar seus fundamentos. No direito brasileiro, isso é garantido pelo dever de fundamentar decisões<sup>1201</sup>. Todo aquele que argumenta, tanto política quanto juridicamente, pretende ter razão. Isso é condição irreduzível de toda argumentação. Recorde-se, com APEL, que isso vale para todo aquele que argumenta, desde que possa argumentar, independentemente de sua condição cultural<sup>1202</sup>. E mesmo que, facticamente, assim não seja, todo aquele que decide, para que sua decisão possa ser compreendida en-

<sup>1199</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 318.

<sup>1200</sup> Cf. JÜRGEN HABERMAS, **Consciência...**, *op. cit.*, p. 71-72; ROBERT ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica**, *passim*.

<sup>1201</sup> CF, art. 93, IX: “*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*”; Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 2.º, *caput*: “*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da... motivação...*”; CF, art. 44, *caput*, e art. 47: “*O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros*”.

<sup>1202</sup> Cf. *La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur*, in KARL-OTTO APEL e ENRIQUE DUSSEL, **Ética...**, *op. cit.*, p. 132.

quanto tal, inclusive por ele próprio, depende de sua inserção em uma comunidade comunicativa, ligada a um jogo de linguagem no qual essa significação é possível. **Pressupõe, portanto, regras intersubjetivas de uso linguístico.** A decisão é sempre tomada em meio às regras linguísticas de controle de racionalidade, e pressupõe, ainda que apenas em princípio, um julgamento público num jogo de linguagem<sup>1203</sup>.

Não apenas as proposições descritivas ou explicativas daquilo que é, mas também **as proposições prescritivas a respeito daquilo que deve ser são controláveis racionalmente.** Logo, a decisão não é livre, exclusivamente volitiva, como sustenta a hermenêutica kelseniana. Não é livre por ser controlável racionalmente. Um argumento vencedor, em uma discussão válida, é um argumento necessário, porque não pode – ainda – ser superado. A decisão, validamente justificada pela via argumentativa, é uma decisão necessária, racionalmente válida, embora nunca definitiva. Compreendê-lo, porém, depende de uma inserção na viragem linguístico-pragmática da filosofia contemporânea. Depende da superação de uma racionalidade exclusivamente sintático-semântica, em direção a uma racionalidade que compreenda também o elemento pragmático. Na busca pragmática que faz pela fundamentação racional de uma ética com validade intersubjetiva, KARL-OTTO APEL verificou a possibilidade de fundamentar racionalmente juízos de dever-ser<sup>1204</sup>. Seu caminho não implica a derivação de parâmetros normativos a partir de juízos de fato. Portanto, não desconsidera o que refere como “...o ‘abismo lógico’ entre ser e dever”<sup>1205</sup>. No plano lógico, esse abismo não é negado por APEL. Isso, porém, para ele, só expõe a insuficiência da lógica. Avançando para além dela, esse abismo passa a ser visto sob outra perspectiva. No plano reflexivo, há normas necessariamente pressupostas em qualquer discurso racional. Uma tomada de decisão pelo agir racional pode não ser materialmente determinada por essas normas, diz APEL, em concordância parcial com POPPER; porém, isso não significa que essa mesma tomada de decisão não possa ser fundamentada racionalmente. Pode ser, desde que essa justificação supere a racionalidade exclusivamente

<sup>1203</sup> Cf. KARL-OTTO APEL, **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 373; MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA, **Reviravolta...**, *op. cit.*, p. 264.

<sup>1204</sup> Cf. *¿Puede considerarse el desafío de la ética de la liberación como un desafío de la parte B de la ética del discurso? (sobre la aceptable e inaceptable implementación de las normas morales bajo condiciones de instituciones o sistemas sociales)*, in KARL-OTTO APEL e ENRIQUE DUSSEL, **Ética...**, *op. cit.*, p. 327.

<sup>1205</sup> **Transformação...**, v. 2, *op. cit.*, p. 258; o mesmo texto, em outra edição brasileira, com outro tradutor, em **Estudos...**, *op. cit.*, p. 25.

sintático-semântica e compreenda sua inserção, originária e intranscendível, em seu jogo de linguagem pragmático próprio. Outras regras argumentativas, que derivem das normas necessariamente pressupostas em todo jogo argumentativo, não derivam de um suposto fato empírico dessa pressuposição: a pressuposição não é *factum*, mas condição de possibilidade de toda argumentação racional. Decisões podem ser justificadas racionalmente: basta que não se negue o plano pragmático da linguagem<sup>1206</sup>.

Para uma razão que, nos moldes do positivismo lógico, só vê possibilidade epistêmica aos enunciados factuais, pode ser impossível pretender qualquer fundamentação racional às decisões obtidas pela via argumentativa. **É preciso superar essa racionalidade exclusivamente sintático-semântica**, tão característica da doutrina tributarista quanto responsável por descaminhos teóricos, em direção a um pensar pragmático, que resgate a comunidade concreta de atuação discursiva. Na ciência moderna, pensa-se o conceito de racionalidade como uma “...*capacidade de conclusão lógica e, respectivamente, de cálculo matemático valorativamente neutro e permanentemente instrumentalizável, para os mais variados fins...*”, como ensina APEL. Essa racionalidade solipsista, que domina a tributarística brasileira, pode e deve ser superada, a caminho de uma “...*racionalidade comunicativo-consensual...*”, sob pena da manutenção do “...*déficit do conceito de racionalidade...*”, ainda nas palavras do mesmo autor<sup>1207</sup>. É preciso mergulhar, novamente, na vida concreta, no mundo fático, nas situações existenciais, onde se inserem todas as proposições, e das quais fazem parte todos aqueles que falam. Inclusive os tributaristas.

---

<sup>1206</sup> Cf. *ibidem*, respectivamente, p. 466 e 471; p. 130-131 e 135.

<sup>1207</sup> **Estudos...**, *op. cit.*, p. 201, 205.

## 5.4 Quinto balanço parcial

*“...a partir do estágio preexistente do conhecimento científico, para atingir a ruptura epistemológica, o salto teórico qualitativo, o estudioso empreenderá seu diverso e autônomo caminho de construção científica, sem disputar com teorias alternativas já incorporadas ao patrimônio teórico da humanidade”<sup>1208</sup>*

De que algo é, logicamente não se deduz que algo deva ser. Esse dualismo, no âmbito da lógica científica moderna, faz sentido. De fato: sob o ponto de vista estritamente lógico, de que algo ocorre não se segue que esse algo deva ou não deva ocorrer. Isso, no entanto, não apenas expõe uma impossibilidade lógica, mas também, e principalmente, revela as impossibilidades da lógica. Desvela as limitações de um pensamento exclusivamente lógico-instrumental. Sabe-se, desde a sofística, que a correção lógica do pensamento não garante verdade. Desde que ZENÃO DE ELÉIA, quase quinhentos anos antes de Cristo, demonstrou, logicamente, que o movimento é impossível, sabe-se que a experiência, muitas vezes, refuta a lógica, porque esta pode atestar a correção formal inclusive de uma argumentação materialmente falsa<sup>1209</sup>. **Sobre aceitar as limitações impostas pela lógica, cumpre, portanto, superar o pensamento exclusivamente lógico e suas limitações.** A superação da lógica científica por uma racionalidade pragmática permite a utilização da contradição performativa como critério de fundamentação. Do fato de alguém argumentar, reflexivamente, compreende-se que, para tal, ele precisa, com necessidade, pressupor certas regras de argumentação.

Nos pressupostos doutrinários, cabe à ciência falar exclusivamente sobre o que é, descrevendo, e isso pode ser controlado racionalmente, porque descrever é exercitar razão. Descaberia à ciência falar sobre o que deve ser, decidindo, porque isso não poderia ser controlado racionalmente, pois decidir seria exercício exclusivo de vontade. **Porém, a filosofia, longe de abonar, suprime a legitimidade desse tipo de argumento.** A exposição deste capítulo permite questionar a verdade segundo a qual o trabalho científico é exclusivamente racional, porque nele está presente sempre a vontade

<sup>1208</sup> Curso..., *op. cit.*, p. XXXV.

<sup>1209</sup> Cf. ARISTÓTELES, *Dos argumentos sofísticos*, p. 170 e 187-188; FÁBIO ULHÔA COELHO, *Roteiro de lógica jurídica*, p. 87.



de; e, no sentido da *Wille zur Wahrheit*, o trabalho científico depende da vontade. Também permite questionar a atribuição de irracionalidade necessária a toda decisão, porque nela também podem estar presentes razões. Se não estiverem, a decisão é irracional, fato que mostra a possibilidade de controle racional da decisão. Tem razão JULIANO MARANHÃO:

...a exigência de fundamentação constitui um pressuposto para qualquer discurso racional: se o agente não pode oferecer razões para suas conclusões, então essas são arbitrárias, o que praticamente impede a contra-argumentação, reduzida a um choque entre vontades.

Pode-se até admitir que a decisão jurídica ou o convencimento seja de fato alcançado por um processo emocional ou ideológico, mas, de qualquer forma, a mesma deve se apresentar como fundamentada em premissas normativas para que se lhe garanta racionalidade<sup>1210</sup>.

Há vontade na decisão, como há vontade na ciência; mas pode haver racionalidade na decisão, como pode haver racionalidade na ciência. O dualismo entre ser e dever-ser; entre aquilo que é, racionalmente cognoscível, e aquilo que deve ser, objeto de decisão livre; já não mais se sustenta em suas rígidas bases separatistas, em face da evolução do pensamento filosófico. Quem raciocina e compreende o que é não elimina o elemento volitivo. Quem decide o que deve ser não o faz insubmisso a qualquer controle de racionalidade. A oposição dualista entre a ciência necessária e contingenciada e a decisão livre e desvinculada cai por terra. **Ao invés de dualismo, tem-se recursividade: a razão e a vontade funcionam em circuito recursivo.** Já não há mais correção em sustentar, como o fazem a hermenêutica kelseniana e seus adeptos, descaber à ciência falar sobre uma decisão porque ela só se poderia manifestar sobre o que é racionalmente determinável. Uma decisão é racional sempre que se fundamente, sob o ponto de vista dos argumentos que a sustentam, em fatos ou em normas fundamentadas pela ciência e pela filosofia, e, em última instância, fundamentadas, reflexivamente, na condição de possibilidade do próprio discurso. O que não significa dizer, obviamente, que essa decisão é uma verdade absoluta e incontestável. Outro argumento, racionalmente posto segundo as mesmas regras, pode superá-la; qualquer argumento

<sup>1210</sup> As lógicas do direito e os direitos da lógica, in LUÍS EDUARDO SCHOUERI (coord.), **Direito...**, *op. cit.*, p. 107.

pode, inclusive, superar as próprias regras – o que ele não pode é, nesse intento, pretender-se racional e, simultaneamente, cair em contradição performativa.

Em lugar de simplesmente continuar a sustentar não caber ao cientista do direito se manifestar sobre o direito que deve ser, ancorado em uma suposta e já *a priori* definida necessidade de irracionalidade nessa manifestação, demanda-se do cientista do direito o enfrentamento da difícil tarefa de **apontar em que casos uma argumentação, em uma decisão ou uma explicação, pode ser considerada racional, e, portanto, válida.** É preciso que se estabeleçam quais os argumentos que podem e quais os argumentos que não podem ser acolhidos; e, dentre os que podem, quais tem maior relevância.

Existem regras reflexivas obtidas filosoficamente, que pautam, como critério de correção, toda argumentação. São as regras da pragmática transcendental, como a igualdade entre os falantes e a proibição do uso da violência, ou da ética discursiva habermasiana. Mas **cabe à ciência estabelecer quais são as regras que devem regular o procedimento argumentativo no campo especializado do direito, e no direito tributário em particular.** Há muitas propostas teóricas voltadas para a argumentação jurídica em geral, e raríssimas voltadas para a argumentação jurídica no direito tributário em particular. É do acerto dessas propostas, e da competência na sua aplicação, que surgirá a possibilidade de controle racional de decisões jurídicas. Elas não serão irracionais, volitivas, livres; bem ao contrário, poderão ser racionalmente obtidas e controladas. Mas, para isso, é necessário a superação dos pressupostos epistemológicos criticados. Procurar expor e hierarquizar argumentos capazes de sustentar a correção de uma solução jurídica, viabilizando sua obtenção ou sua justificativa por via racional, e seu controle posterior pela mesma via. Compreender propostas nesse sentido, criticá-las em busca de seu aperfeiçoamento, e procurar sua aplicação prática: é, também, o que se espera da ciência do direito tributário. Não a mera descrição do ordenamento em linguagem rigorosa, desvinculada das consequências práticas desse labor<sup>1211</sup>.

---

<sup>1211</sup> Como exemplo – raríssimo – de proposta de controle argumentativo no direito tributário, encontram-se os esforços de HUMBERTO ÁVILA. É com fundamento no direito constitucional brasileiro, inclusive em suas normas tributárias, vistas de forma ampla e complexa, que o autor busca a hierarquização dos argumentos que podem sustentar uma solução jurídica correta – cf. *Contribuições...*, *op. cit.*, p. 308-327; *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*, **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 5; **Sistema...**, *op. cit.*, especialmente p. 147-159; **Teoria da igualdade...**, *op. cit.*, *passim*. Para além do âmbito tributário, sua **Teoria dos princípios** também fornece subsídios para a argumentação jurídica correta.

## 6 A EPISTEMOLOGIA E A SUPERAÇÃO DO REDUCIONISMO

### 6.1 Em que se funda a complexidade

#### 6.1.1 O que é complexidade

*“Mas, demolidos os alicerces da doutrina tradicional, impõe-se a oportunidade – e mais do que a oportunidade, a necessidade – de uma reconstrução do Direito Tributário cientificamente fundada e fecundada”<sup>1212</sup>*

O imperativo reducionista prescreveu a redução do direito tributário à norma posta, uma proposição sobrejacente a uma estrutura proposicional sempre idêntica, em qualquer espaço-tempo. A universalidade e a eternidade da fórmula estrutural da norma jurídica estão traduzidas no princípio da homogeneidade sintática, amplamente aceito no discurso doutrinário. Mas assim, **o direito tributário, sob a justificativa de tornar-se ciência, ao fundar-se no universal e eterno, assume ares fortemente metafísicos**. A ciência do direito tributário, ao invés de contribuir para a boa aplicação do direito ao caso concreto, e para o aprimoramento da matéria legislada, trabalha na idealidade metafísica – em grandiosos esforços teóricos que, muitas vezes, trazem dificuldade para a vida concreta. Com isso, afasta-se daquele imperativo de utilidade que separaria a ciência da metafísica, na tradição baconiana.

#### **Essa forma de proceder enraíza-se no pensamento científico simplificador.**

Um pensamento que mutila a realidade em partes estanques, a serem estudadas, cada uma, em isolamento, perante as demais. Assim, a ciência do direito tributário, antes de mais nada, separou a norma posta de seu contexto social. Parcelas desse contexto estudadas por outros saberes, como a economia, a sociologia, a ciência política, o constitucionalismo contemporâneo e a ética, ficaram excluídas do estudo científico do direito. E, mesmo dentro das normas postas, a ciência tributarista opera um novo corte, voltando sua atenção apenas às normas que dispõem sobre a instituição, a fiscalização e a arrecadação dos tributos. Até mesmo as normas que tratam do contencioso tributário,

---

<sup>1212</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. XV; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

administrativo ou judicial, foram entregues a outra ciência, o direito processual tributário, seguindo-se o labor separatista. O pensamento voltado exclusivamente às normas postas optou, inclusive, por negar pertinência, em sua ciência, a preocupações com os efeitos que tais normas geram na vida social, e no meio ambiente no qual as próprias normas estão inseridas. A eficácia social da norma tributária foi tema também excluído pelo corte metodológico. Tal estudo estaria reservado para a sociologia do direito. Como nenhum sociólogo do direito, no Brasil, optou por dedicar-se a construir uma sociologia do direito tributário, nada sabemos nesse campo.

**O resultado desse esforço simplificador é a incompreensão do todo no qual o direito tributário está imerso.** Não se conhece o sentido, o significado das múltiplas manifestações do direito tributário na vida econômico-sócio-ambiental. Não se sabe nada para além da norma posta. Fica inviabilizado o conhecimento daquilo que, de fora, condiciona o direito tributário e, tampouco, dos condicionamentos que o direito tributário devolve a seu entorno. As múltiplas razões políticas, éticas e econômicas de ser do direito tributário são desconhecidas – como são desconhecidos, igualmente, os efeitos que o direito tributário provoca na política, na ética e na economia. E, como o direito tributário remete a seu entorno, numa realidade complexa e intersistemática, se não se permite o conhecimento desse meio-ambiente, não se conhece o próprio direito tributário. Como último passo, no caminho da negação do conhecimento complexo, substitui-se a realidade a ser compreendida por um sistema ideal, construído pelo estudioso, com pretensão de coerência, mas sem necessária correspondência com a realidade empírica. Esse é o diagnóstico atual da ciência tributarista.

Acreditou-se, no direito tributário, que, para conhecê-lo, bastava identificar a sua unidade mínima e irredutível, de estrutura idêntica e eterna, e dali seguir no conhecimento de cada uma dessas unidades formadoras do sistema. Mas esse estudo da mínima unidade é impotente para fornecer qualquer explicação a respeito do sentido do sistema, e do sentido desse sistema jurídico enquanto parte de um sistema ecológico maior. **Dizer que o direito tributário é um conjunto de normas e compreendê-lo enquanto tal, embora de destacada importância, é apenas um início, na aventura do conhecimento do ser do direito tributário.** Superada essa etapa, há mais a fazer. Procedeu-se dessa forma também, por exemplo, na linguística e na genética. Reduzir o

fenômeno linguístico a suas unidades mínimas e irreduzíveis – textos? Frases? Palavras? Fonemas? Letras? – jamais será suficiente para dar conta do sentido do discurso. Reduzir o fenômeno biológico à decodificação do DNA é insuficiente para compreender o significado da vida, tanto para o ser vivo, quanto para seu ambiente<sup>1213</sup>. Essa redução pode ser um primeiro passo, mais ou menos relevante, mas estancar nela é impedir o crescimento cognitivo.

A epistemologia do fim do século passado e do início deste século direciona-se em busca da compreensão e do enfrentamento da complexidade. Há ciências que só se tornam possíveis assumindo-se a complexidade enquanto método: é o caso da cosmologia e da ecologia, por exemplo<sup>1214</sup>. Mas de que se trata um pensamento científico complexo? Releva, aqui, o cuidado para evitar mal-entendidos. **É necessário afastar o equívoco de se compreender complexidade como mistura de saberes, como coquetel de ciências, como sincretismo metodológico.** A demanda por um conhecimento capaz de se dirigir ao todo, e de compreender o que há nas fronteiras entre as disciplinas científicas, suas inter-relações e suas trocas retroativas, não significa o abandono dessas disciplinas. O interdisciplinar pressupõe as disciplinas, ensinam JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES e PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>1215</sup>. Mas significa saber sempre que as disciplinas promovem um corte abstrato e, muitas vezes, arbitrário no real, e que esse corte não impede, aliás demanda, um conhecimento voltado para o que ficou dele excluído, na tentativa de uma compreensão mais ampla. Assim, por exemplo, um pensamento complexo do direito tributário, que pretenda entender suas relações com a economia, não deverá misturar direito tributário com economia, mixando o diferente no uno. Fazer da multiplicidade dos diferentes uma realidade una é, também, uma atitude simplificadora, que deve ser evitada. Ao contrário, é preciso compreender as complexidades de um e outro, suas diferenças e seus inter-relacionamentos. Um pensamento complexo não totaliza, numa visão unitária e antidiferenciadora. Fazer ciência em complexidade não é pretender substituir a diferença pelo holismo, numa

---

<sup>1213</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 271-272.

<sup>1214</sup> Cf. EDGAR MORIN, A articulação dos saberes, in **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios, p. 33.

<sup>1215</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Em socorro da obrigação tributária, in HELENO TÔRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 78; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 412; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário**: fundamentos..., *op. cit.*, p. 89-90.

espécie de totalitarismo epistemológico<sup>1216</sup>. Ao contrário, é compreender e respeitar as diferenças: como destaca ROBERT ALEXY, é necessário diferenciar para compreender as relações entre os diferentes<sup>1217</sup>. Tais diferenças não excluem a necessidade, muitas vezes, de compreender a economia para bem compreender o direito tributário e vice-versa. Compreender suas influências recíprocas é algo que não será viável, nem a um pensamento exclusivamente jurídico-tributário, nem a um pensamento econômico, mas a um pensamento complexo que amplie a visão para incluir ambos – ainda que seja, também o complexo, um conhecimento falível e provisório. Essa é uma forma de pensar afastada de plano pela doutrina tributarista, desde seu justo combate com o “direito tributário invertebrado”. Para a doutrina, que tanto lutou pela autonomização do estudo do direito tributário, uma proposta de reintegração complexa do direito tributário em seu entorno pode-lhe parecer absurda, em função de seus próprios condicionamentos noológicos. No senso comum metateórico dos tributaristas – adaptando-se a já clássica expressão de LUIS ALBERTO WARAT –, sabe-se, *a priori*, que toda consideração política ou econômica é negativa ao direito tributário, antes mesmo que seja tentada, e qualquer tentativa assim é, desde logo, impedida<sup>1218</sup>. Essa sabedoria jamais poderá ser contestada pela experiência em contrário. Espíritos formados no modelo de especialização fechada, certamente verão como insensata a proposta de superação desse modelo<sup>1219</sup>. Daí a necessidade de bem caracterizar o que vem a ser uma epistemologia da complexidade.

A ciência, tradicionalmente, busca um conceito nuclear, uma palavra-chave, a partir da qual segue para construir seu sistema de conhecimento: célula, gene, átomo, signo, luta de classes, mão invisível, pulsão *etc.* No direito tributário, esse conceito nuclear já foi a autonomia, que levou à interpretação econômica, e o fato gerador; atualmente, é a norma. **Num pensamento complexo, contudo, não cabe pensar toda a realidade a partir de um elemento-chave**<sup>1220</sup>. Num universo complexo, de múltiplas

---

<sup>1216</sup> Cf. EDGAR MORIN, Introdução: oitava jornada: a religação dos saberes, in **A religação dos saberes: o desafio do século XXI**, p. 490.

<sup>1217</sup> Cf. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 32 – originalmente, publicada como *Theorie der Grundrechte*, em 1986.

<sup>1218</sup> A expressão é usada, por exemplo, em **Introdução geral ao direito**, v. 1, p. 57.

<sup>1219</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento, p. 100.

<sup>1220</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método**: a vida da vida, v. 2, p. 284 – originalmente, publicada como *La Méthode 2: La vie de la vie*, em 1980. Mais adiante, MORIN acrescenta, em nota de rodapé: “Claro, o problema-

determinações, em constante interação e mutação, uma palavra-chave ficaria deslocada. O *Wollen* de STAMMLER, a solidariedade de DUGUIT, o *Sollen* de KELSEN: todas essas simplificações revelam, apenas, aspectos parciais dos problemas, mantendo velados os demais. A norma é o conceito-chave da teoria do direito tributário, já há algum tempo. É preciso reconhecer que, atualmente, onde há direito, há norma. Mas direito não é só norma: reduzi-lo a esse termo-chave é, a pretexto de bem conhecer, ignorar suas outras dimensões e, mesmo, ignorar o que as próprias normas têm de inter-relações com os demais aspectos do jurídico. A norma deve ser pensada em conjunto com aquilo que a condiciona e determina, e integrada àquilo sobre o que ela exerce influência, e compreendida como uma complexidade de elementos inserta em complexidades mais amplas. No entanto, para quem entende que, ao conhecimento científico, está exclusivamente reservada a tarefa buscar a unidade e a simplicidade em meio à complexidade, encontrar a partícula simples e uniforme dentro da diversidade, achar a unidade mínima e irreduzível de manifestação da realidade complexa, no bojo desse contexto, falar em ciência complexa parece, desde logo, um contrassenso. Quem ouve falar em complexo, pensa logo em simplificá-lo, torná-lo claro, compreensível, facilitado; purificá-lo de suas impurezas<sup>1221</sup>. Em virtude dos condicionamentos simplificadores, presentes no espírito dos cientistas, é bem possível que se pretenda a substituição de um pensamento redutor, voltado para a simplicidade, por um novo pensamento redutor, agora voltado à “complexidade”. Essa palavra, como já foi feito com a própria palavra “ciência”, seria transformada em um símbolo para a solução mágica de todos os problemas do conhecimento. Porém, o complexo é precisamente aquilo que não pode ser reduzido a uma palavra-chave ou a uma ideia simples. A complexidade surge, precisamente, onde não é possível simplificar, como ensina EDGAR MORIN:

A complexidade se impõe primeiro como impossibilidade de simplificar; ela surge lá onde a unidade complexidade produz suas emergências, lá onde se perdem as distinções e clarezas nas identidades e causalidades, lá onde as desordens e as incertezas perturbam os fenômenos, lá onde o sujeito-observador surpreende seu próprio rosto no objeto de sua observação, lá onde as antinomias fazem divagar o curso das racionalizações... [sic]<sup>1222</sup>

---

*chave, em qualquer pensamento, é evitar que um termo, destinado a nomear, ganhe autonomia, parasite o discurso e transforme-se em (pseudo)-essência. Estamos atentos, por método” – p. 332, n. 33.*

<sup>1221</sup> CF. JACQUES ARDOINO, A complexidade, in EDGAR MORIN, **A religião...**, op. cit., p. 548.

<sup>1222</sup> **O método...**, v. 1, op. cit., p. 456.

É certo que o conhecimento científico envolve a distinção. Distinguir direito tributário de economia, sociologia, política e ética é um primeiro passo importante para conhecê-lo. O conhecimento científico implica a análise. É importante separar as várias normas jurídicas tributárias entre normas de competência e de imunidade, de incidência e de isenção; de lançamento e de suspensão e extinção do crédito tributário; entre as normas gerais que preveem esses institutos e as normas individuais que os aplicam concretamente. O conhecimento científico depende da objetivação. Cabe caracterizar os institutos do direito tributário, como a anterioridade, naquilo que ela tem de comum em todas as suas manifestações – um período entre a publicação da norma e a incidência do tributo – e o que tem de específico – anterioridade relativa ao próximo exercício financeiro, ou de noventa dias. Conhecer, cientificamente, é selecionar o relevante e descartar o irrelevante. É válido saber se o destino do dinheiro arrecadado é relevante para a determinação da obrigação ou não de pagar um tributo. Mas o conhecimento, se estanca na distinção e esconde as relações; se é interrompido na análise e se nega à síntese; se objetiva mas esquece as individualidades, o papel do sujeito cognoscente e as aleatoriedades; se seleciona mas olvida que a seleção é uma atividade do cientista e, não necessariamente, a realidade observada tem os mesmos seccionamentos; esse é um conhecimento que, a pretexto de conhecer, distorce a realidade a ser conhecida, porque **simplifica o que é complexo e, portanto, não compreende a complexidade**. Muitas dessas separações revelaram-se, no caminhar da ciência, impeditivas do conhecimento daquilo que é complexo. Atualmente, busca-se compreender a realidade complexa, em seus múltiplos condicionamentos. A esse respeito, lembra EDGAR MORIN:

...aprendemos cada vez mais que os estados psicológicos dependem estreitamente da falta ou do excesso deste ou daquele complexo molecular (assim, a depressão corresponde a uma redução de serotonina no cérebro). Pelo outro lado, o que afeta o espírito afeta o cérebro e, através do cérebro, todo o organismo. Assim, sabe-se que a dor do luto ou a depressão grave enfraquecem o sistema imunológico durante vários meses e que os males do espírito podem tornar-se doenças do corpo (psicossomáticas)<sup>1223</sup>.

---

<sup>1223</sup> O método..., v. 3, *op. cit.*, p. 82-83.



Epistemologia complexa também não é – nem pode ser, sob pena de negar-se enquanto tal – uma receita para a compreensão definitiva da realidade. Bem diferentemente, aceita como impossível tal compreensão, pretensão só cabível a uma ciência simplificada. Só quem simplifica a realidade pode pretender um conhecimento definitivo. Quem a admite complexa também a admite inapreensível em sua totalidade. Trabalhar em complexidade é trabalhar com o problema da incompletude do conhecimento científico, embora procure trabalhar com o que ficou de fora do conhecimento disciplinar: quais os conceitos não explorados ? Quais as relações impensadas entre as disciplinas ? Como se interliga o que fora separado por fronteiras intransponíveis ? A complexidade não é uma resposta definitiva; antes, **é um desafio para o pensamento, um convite para o enfrentamento do problema e não para seu descarte.**

Na ciência moderna, crê-se na ordem do universo e do real, na viabilidade do conhecimento adequado das partes pela desconsideração do todo complexo, na fecundidade do pensar indutivo, dedutivo, e coerentemente imerso na lógica clássica, e que a realidade obedece às mesmas prescrições às quais a lógica submete o raciocínio. **Hoje, sabe-se que esses pilares, se ainda não ruíram por completo, estão severamente abalados.** Desde POPPER, já não se acredita mais na infalibilidade da lógica indutiva. Quando BOHR enunciou o princípio da complementaridade, de características antagônicas presentes simultaneamente na realidade, limitou o âmbito de abrangência da lógica clássica: a partícula é e não é onda e corpúsculo ao mesmo tempo. A ordem determinista da realidade, desde a termodinâmica, converteu-se em uma ordem suscetível de desordem e de reorganização em novos formatos, a cada instante e uma vez mais, sujeita a acontecimentos mais ou menos aleatórios. A concepção das emergências e a noção de recursividade, pensadas a partir da cibernética de NORBERT WIE-  
NER, interditou a pesquisa da unidade elementar, separada do todo, como um caminho seguro para a construção do saber científico<sup>1224</sup>. Em direito tributário, porém, fala-se em infalibilidade do pensamento lógico, redução de complexidades e ordem estrutural idêntica e universal, por trás das aparências. Quando a ciência contemporânea busca

---

<sup>1224</sup> Cf. EDGAR MORIN, O desafio da complexidade, in **Educação...**, *op. cit.*, p. 60-63; EDGAR MORIN, EMILIO-ROGER CIURANA e RAÚL DOMINGO MOTTA, **Educar na era planetária**: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana, p. 19 – originalmente, publicado como *Éduquer Pour L'Ère Planétaire. La pensée complexe comme Méthode d'apprentissage dans l'erreur et l'incertitude humaines*, em 2003.

caminhar no sentido de compreender as complexidades inerentes às revoluções epistemológicas, no campo do real e da metodologia de conhecimento do real, o direito tributário aprofunda-se, cada vez mais, em um pensamento simplificador, redutor, idealista e racionalizador. Num tempo em que a ciência contemporânea busca formas para poder trabalhar com as incertezas e as aleatoriedades do real, os tributaristas continuam a trabalhar exclusivamente com certezas e universalidades. Cabe provocar o direito tributário, para que conheça e teste a pertinência do que se vem denominando “paradigma da complexidade”, em substituição ao paradigma simplificador bacon-cartesiano e, no direito tributário, kelsen-vilanoviano. É preciso, para tal, compreender o que é complexidade, e tentar, consciente e conseqüentemente, sua crítica, transposição ou adaptação para o direito tributário, para testar sua aplicabilidade e fecundidade. E contribuir para sua construção, sem as amarras de uma educação para o brilho, porque a complexidade não é algo já feito, já constituído: demanda ousadia para o novo<sup>1225</sup>. Há que se trabalhar, ultrapassando o repetidamente estabelecido, em ousadia teórica e sem conformismo, como recomendaria mestre SOUTO.

“Complexa” é uma realidade constituída por elementos heterogêneos, associados de forma inseparável. Vem de “*complexus*”, que, para EDGAR MORIN, é aquilo que é tecido junto<sup>1226</sup>. Nesse sentido, uma pessoa é uma realidade complexa: é um conjunto de partes constituintes heterogêneas, que não podem ser bem compreendidas separadamente: um coração separado do ser humano já não é mais um coração em seu funcionamento natural. Uma sociedade de pessoas é uma realidade complexa: é um conjunto de pessoas. A separação das pessoas leva ao fim da sociedade, de modo que o conjunto é indissolúvel. E é formado por partes heterogêneas, pois não há duas pessoas iguais. O ordenamento jurídico, da mesma forma. A sociedade, na qual o ordenamento se insere, enquanto um elemento heterogêneo, que a forma em conjunto com outros elementos, também. E assim por diante. Realidades complexas são “sistemas”, na clássica definição de LUDWIG VON BERTALANFFY: “...*complexos de elementos em*

---

<sup>1225</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O paradigma perdido**: a natureza humana, p. 24 – originalmente, publicado como *Le paradigme perdu: la nature humaine*.

<sup>1226</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 13.

*interação*<sup>1227</sup>. O exemplo de MORIN, bastante referido, mas escassamente encontrável no direito tributário, é o seguinte<sup>1228</sup>:

Tomemos uma tapeçaria contemporânea. Ela comporta fios de linho, de seda, de algodão e de lã de várias cores. Para conhecer esta tapeçaria seria interessante conhecer as leis e os princípios relativos a cada um desses tipos de fio. Entretanto, a soma dos conhecimentos sobre cada um desses tipos de fio componentes da tapeçaria é insuficiente para se conhecer esta nova realidade que é o tecido, isto é, as qualidades e propriedades próprias desta textura, como, além disso, é incapaz de nos ajudar a conhecer sua forma e sua configuração<sup>1229</sup>.

Este é o princípio: **o mero conhecimento individualizado das partes de uma realidade complexa é incapaz de prover o conhecimento do todo**. Não é conhecido todos os preceitos integrantes de determinado ordenamento jurídico que se compreende o ordenamento enquanto tal, porque o ordenamento e seu entorno espaço-histórico-cultural, impõem, àquelas partes integrantes, determinados condicionamentos, cujo entendimento é necessário para a compreensão de cada uma delas – e, por isso, fala-se em interpretação sistemática, teleológica, histórica, histórico-evolutiva, sociológica *etc.* Assim, conhecer a soma de elementos é insuficiente para conhecer o conjunto e os próprios elementos em si. Ampliando-se a visão, não é conhecido o direito positivo e a economia que se compreende a sociedade na qual ambos se inserem, porque essa sociedade pode ter propriedades não encontráveis em cada um daqueles elementos. A primeira consequência de um pensamento complexo é a seguinte: certos conhecimentos obtidos por análise e simplificação não permitem compreender as propriedades do conjunto, nem mesmo partindo da soma dos conhecimentos isolados das partes. Porque o todo é mais do que a soma das partes. Porém, como o todo condiciona as próprias partes, também é verdadeiro que o todo é, em certo sentido, menos do que a soma das partes: fossem, esses segmentos do todo, incondicionados pela totalidade, e, assim, pudessem revelar todas as suas potencialidades, comporiam

<sup>1227</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 56.

<sup>1228</sup> Curiosamente, essa explicação é referida na segunda edição do livro de ADRIANO SOARES DA COSTA, dedicado à crítica ao dualismo entre fato e evento, publicada após o início da redação desta tese – cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 145. Também depois do início da redação desta tese, encontrei a referência, agora num texto especificamente tributário, em ARTUR CÉSAR DE SOUZA, Análise econômica e social da penhora no âmbito da execução fiscal sob a perspectiva da parcialidade positiva do juiz, **Revista Tributária e de Finanças Pública**, n. 90, p. 18.

<sup>1229</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 85.

uma soma maior. No direito, por exemplo, uma norma, que poderia ser validamente interpretada de muitas formas, às vezes tem essa amplitude reduzida a poucas possibilidades, e, eventualmente, a uma única possibilidade, em função precisamente dos condicionamentos impostos pelo todo – ordenamento, âmbito cultural em que se insere, situação espaço-temporal *etc.* Assim, o todo é menos do que a mera soma de suas partes desvinculadas do todo. Surge um duplo paradoxo: o sistema é, simultaneamente, mais e menos que a soma de suas partes<sup>1230</sup>. Enxergue-se a realidade mais amplamente, e será possível compreender que o próprio direito, e o direito tributário, são inibidos, em suas potencialidades, por integrarem um todo social que os condiciona. E também a política e a economia têm suas potencialidades limitadas porque o todo, que contém o direito, limita-as. E, precisamente porque uma parte pode ter uma característica relevante para que, enquanto constituinte de um todo, faça com que esse todo condicione as demais partes, é inviável querer, até mesmo, conhecer uma parte do todo sem conhecer as outras. Sobre esse ponto, afirma BACHELARD, no âmbito das ciências naturais: “*É inútil levar mais longe a análise ao ponto de isolar sob todos os pontos de vista um objeto único, porque parece claro que no mundo da microfísica o único e peculiar perde suas propriedades substanciais*”<sup>1231</sup>. Isso porque se perde a dimensão relacional: o ser da partícula é em relação. Separar cada ser humano para compreender a sociedade enfrentaria o mesmo problema. No direito tributário, sabe-se que isso é assim dentro do ordenamento, e, então, prega-se, com razão, uma interpretação sistemática. Porém, impedir-se transcender o ordenamento implica desconsiderar que o próprio ordenamento é parte em um todo maior. Deixa-se de compreender os condicionamentos exteriores que o determinam – por isso, deixa-se de compreendê-lo adequadamente.

EDGAR MORIN cita, com frequência insistente, um trecho significativo daquele numerado como 72, entre os *Pensamentos*, de BLAISE PASCAL: “*...estimo impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, bem como conhecer o todo sem entender particularmente as partes*”<sup>1232</sup>. **Sob o ponto de vista estritamente lógico, essa**

<sup>1230</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 85 *et. seq.*; MYRON KOFMANN, *Edgar...*, *op. cit.*, p. 135; CRISTIANO CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 50-51.

<sup>1231</sup> *Epistemologia...*, *op. cit.*, p. 14-15.

<sup>1232</sup> PASCAL, *Pensamentos*, p. 35.

**afirmação conduz a uma impossibilidade, e revela-se como um paradoxo:** se, para conhecer a parte, é preciso conhecer antes o todo; mas, para conhecer o todo, é preciso conhecer antes as partes, a circularidade da proposição indica uma inviabilidade cognitiva. Mestre SOUTO, porém, ensinou a aceitar os paradoxos. Esses “...*primos pobres desdenhados pela lógica...*”, como chama, ironicamente, têm uma força de comunicação que não pode ser desprezada. Para o recifense, “*Sob uma aparente desarticulação semântica, é admirável o seu poder de comunicar verdades fundamentais numa expressão sintética*”. Nesses enunciados paradoxais, continua o mestre, não habita contradição, porque eles são regidos por uma razão que a racionalidade lógica hipotético-dedutiva desconhece<sup>1233</sup>. É exatamente como um paradoxo que MORIN trata o pensamento de PASCAL: numa lógica de simplificação, leva a um impasse. Porém, cabe ao pensamento complexo não eliminar ou simplificar, mas tentar trabalhar com paradoxos, se eles efetivamente se põem na realidade, como uma verdade fundamental, no real a ser conhecido. Há que se aprender e desenvolver esse pensamento complexo, no intento de superar os limites da racionalidade lógica e simplificadora tradicional<sup>1234</sup>.

**Na caracterização do pensamento complexo, esta tese vale-se, como base, da obra de EDGAR MORIN.** Uma das vantagens de voltar-se para o pensamento desse autor é sua condição de quase desconhecimento em meio aos tributaristas, o que indica o novo<sup>1235</sup>. O autor francês tem o mérito de, em certos pontos, construir reflexões próprias a respeito da complexidade, e, em outros, de condensar o pensamento científico contemporâneo, nas suas mais variadas vertentes. Por vezes, parece, ele próprio, ainda imerso no idealismo, e com pretensões descabidas de universalidade. Por isso, é preciso um autopolicimento, ao valer-se de suas noções, e nem todas podem

---

<sup>1233</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 163.

<sup>1234</sup> Cf. **O método...**, v. 2, *op. cit.*, p. 399.

<sup>1235</sup> Embora mantenha-se num pensamento drasticamente redutor, CRISTIANO CARVALHO refere-se a EDGAR MORIN, e tem o inegável mérito de propor categorias para uma teoria sistêmica, muitas das quais eu próprio me valho, trazendo autores relevantes e pouco lembrados no direito tributário, como MATURANA, BERTALANFFY, WIENER, HEISENBERG e outros – cf. **Teoria...**, *op. cit.*, *passim*. No sentido de um tratamento mais complexo do direito tributário, na doutrina nacional, há a obra de PAULO CALIENDO, igualmente preocupado com a construção de uma teoria sistêmica, embora em via diferente do conterrâneo: diferente por não se referir MORIN, e por desenvolver pensamento bem menos redutor – embora, como o primeiro, aceite o dualismo entre fato e evento, a visão mais redutora que já surgiu na teoria do direito tributário – cf. **Direito...**, *op. cit.*, *passim*. Recorrendo a MORIN e à complexidade, há, também, a recente obra de HELENO TORRES – cf. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**, especialmente p. 105-115.

ser adotadas<sup>1236</sup>. É deficitário, também, porque é praticamente silente em relação ao direito. Entretanto, não é nem de uma aceitação nem de uma crítica a MORIN que se trata, neste ponto da tese, mas da construção de um discurso de fundamentação prospectivo, para a adaptação e a aplicabilidade, ao direito tributário, de certas noções por ele expostas. O autor busca elementos em físicos, químicos, biólogos, psicólogos, economistas, sociólogos, epistemólogos, filósofos *etc.* Muitos desses elementos serão trazidos, na tentativa de expandir os horizontes do direito tributário. Ficará, então, perceptível, como a linha de pensamento moriniana assemelha-se e entra em convergência com muitos pontos da reflexão de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.

### 6.1.2 A necessidade do pensar em complexidade: a Terra Pátria

*“O mais dramático resultado da pesquisa científica não é, contudo, a dominação planetária incondicional da técnica moderna, é a correspondente submissão incondicional da humanidade. Não se sabe sequer onde colocar sem riscos os ‘dejetos atômicos’”*<sup>1237</sup>

A ciência apoia-se numa racionalidade instrumental e redutora. Superar esse estado de coisas é necessário, porque os efeitos que o uso exclusivo dessa racionalidade tem causado – ou, ao menos, não tem conseguido evitar – podem levar ao fim da própria ciência e ao aniquilamento da humanidade. Os problemas atuais mais fundamentais têm dimensões planetárias e natureza polidisciplinar: mudanças climáticas, guerras, governos. As consequências dos atos humanos podem, hoje, atingir dimensões que interessam à totalidade da vida humana em todos os seus aspectos. Mas, o saber que deve resolver esses problemas, continua compartimentalizado, fragmentado, nacional. A inadequação é evidente: se os problemas que se apresentam à sociedade contemporânea são, por um lado, multidimensionais, e, por outro, planetários; então um conhecimento compartimentalizado, capaz apenas de perceber uma dimensão do problema,

<sup>1236</sup> Um exemplo: ao tratar da ecologia da ação, em determinado texto, o autor é categórico e trai sua pretensão a uma universalidade simplificadora e, até, maniqueísta: *“Uma ação não obedece nunca às intenções daqueles que a fazem...”* – A propósito dos sete saberes, in **Educação...**, *op. cit.*, p. 97-98. Nunca? Como afirmá-lo, com legitimidade epistemológica, *a priori* de qualquer experiência em sentido contrário? Melhor este outro escrito, no qual relativiza a mesma ideia: *“...o meio ambiente apossa-se dela num sentido que pode se tornar contrário ao da intenção original...”* [sic] – **Introdução...**, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1237</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 39; **Ciência...**, 2. ed. *op. cit.*, p. 49; **Ciência...**, 3. ed. *op. cit.*, p. 50.

mas incapaz de compreender os efeitos globais que esse problema pode causar, mostra-se insuficiente e inadequado. Daí a necessidade de um pensamento que enfrente a multidimensionalidade, a complexidade, o jogo de interações e retroações entre os elementos que formam o todo<sup>1238</sup>. Para afastar os preconceitos contra a complexidade, é preciso demonstrar que o pensamento que simplifica, a um só tempo, mutila a realidade que pretendia conhecer, mascara a realidade em vez de compreendê-la, substitui a experiência por uma idealidade, e pode gerar efeitos negativos imprevistos e imprevisíveis.

O plástico foi uma invenção fundamental do século XX, possibilitada pela ciência e pela técnica. Não se saberia viver, no mundo contemporâneo, sem o plástico. Ele está presente em tudo: guarda e protege o alimento, veste, caminha-se sobre ele, escreve-se nele ou com ele, lê-se nele, diverte-se com ele. Os efeitos positivos da invenção do plástico são reconhecíveis de plano. Saudou-se o surgimento do plástico. Hoje não se sabe mais o que fazer com tanto plástico. Reciclá-lo não é barato. Jogá-lo no meio ambiente é uma irresponsabilidade. Eliminá-lo é quase impossível. Os efeitos negativos também são evidentes. Ainda que fosse possível imaginar alguém que não desfrutasse dos efeitos positivos da criação do plástico, seus efeitos negativos atingem a humanidade como um todo. Mas, quando da criação do plástico, esses efeitos negativos não foram previstos. E, no limite, podem vir a superar os efeitos positivos. A poluição, um subproduto, pode tornar-se mais relevante, para as preocupações da humanidade, do que o produto principal<sup>1239</sup>. **Os efeitos negativos não foram pensados porque a ciência é simplificadora:** separa a invenção do seu entorno, e não percebe, pragmaticamente, os efeitos que ela pode gerar na vida concreta. Toda ciência é tradicionalmente assim, e também o é a ciência do direito tributário.

No início da ciência, esse era um pensamento descabido, porque extemporâneo. A preocupação com os efeitos negativos que o saber simplificador poderia gerar para a qualidade de vida no planeta não estavam presentes – o conceito de “vida no planeta” sequer existia. Os excessos que um pensamento estritamente técnico-instrumental

---

<sup>1238</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 13-15; Sobre a reforma universitária, *in Educação...*, *op. cit.*, p. 19; O pensamento socialista em ruínas: o que se pode esperar?, *in* EDGAR MORIN, JEAN BAUDRILLARD e MICHEL MAFFESOLI, **A decadência do futuro e a construção do presente**, p. 25; HILTON JAPIASSÚ, **O sonho transdisciplinar e as razões da filosofia**, p. 15.

<sup>1239</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Para...**, *op. cit.*, p. 72.

simplificado pode gerar começam a ser pensados na tradição da teoria crítica de Frankfurt, e aparecem também em HEIDEGGER. Tudo isso é século XX. E, no decorrer desse século, aparece uma dimensão radicalmente nova: uma humanidade planetária, que supera, em solidariedade de destino, as preocupações meramente nacionais. Problemas ambientais, econômicos, de saúde, de guerra, tornam-se planetários<sup>1240</sup>. Tem-se, então, um problema novo, ao mesmo tempo presente e distante, simultaneamente concreto e abstrato. É uma preocupação relevante e imediata; ao mesmo tempo, porém, mediatizada pelo discurso político e econômico, projetada em teorias ecológicas e sociológicas; é concreta, mas abstratizada<sup>1241</sup>. Além disso, é, em certo sentido, distante: ações individuais parecem, a seus atores, desprezíveis, sob o ponto de vista de sua eficácia global. Aqui, o universal ganha novo significado. Quando KARL-OTTO APEL fala na possibilidade de uma universalização da ética, fala em um período no qual a noção abstrata e metafísica de universal já caíra por terra, e diante de uma racionalidade instrumental dominante. **O que há de universal, agora, é o concreto, não a idealidade abstrata.** A ideia de uma ética universal ganha, hoje, contornos bastante diferentes: a universalidade dos seres humanos é, inegavelmente, solidária, no seu destino planetário<sup>1242</sup>. Essa universalidade, fica claro, nada tem a ver com aquela metafísica, contra a qual vociferou NIETZSCHE. Trata-se de uma universalidade concreta, *hic et nunc*, decorrente dos problemas empíricos, reais e historicamente situados. Para essa realidade, que se tornou, em certos âmbitos, universal, demandam-se soluções universais.

Percebe-se, cada vez mais, o contrassenso que há em se pensar problemas cada vez mais complexos, e de alcance a cada dia mais planetário, com o uso exclusivo das ferramentas tradicionais de cognição científica: a redução de complexidades, a separação entre o que é e o que deve ser, a matematização, a racionalidade instrumental sintático-semântica. Diante disso, o desafio contemporâneo da globalidade consiste exa-

<sup>1240</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 527; EDGAR MORIN, *Para...*, *op. cit.*, p. 330; Observações finais: sexta jornada: a história, in **A religião...**, *op. cit.*, p. 440; **O método**: a humanidade da humanidade: a identidade humana, v. 5, p. 239 – originalmente, publicada como *La méthode 5: l'humanité de l'humanité: l'identité humaine* em 2001; EDGAR MORIN e ANNE BRIGITTE KERN. **Terra-pátria**, p. 68 – originalmente, publicado como *Terre-Patrie*, em 1993.

<sup>1241</sup> Cf. JÜRGEN HABERMAS, **Textos e contextos**, p. 44 – originalmente, publicada como *Texte und Kontexte*, em 1991.

<sup>1242</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método**: ética, v. 6, p. 160 – originalmente, publicada como *La méthode 6: éthique*, em 2004.



tamente na necessidade de contextualizar e de complexificar o conhecimento, algo para que os cientistas não são treinados. Determinados problemas multidimensionais e planetários demandam, para a sua solução, integração de conhecimentos, o que a ciência tradicional nunca aprendeu a fazer. Problemas ambientais, por exemplo, demandam solução integrada na economia, na política, no direito, na biologia, na ecologia, na ética *etc.* O direito tributário ambiental é uma demonstração de que é possível, também aos tributaristas, contribuírem para pensar soluções. Mas isso implica que o pensamento justributarista dialogue com outros saberes, ao contrário de fechar-se em si mesmo, como tem feito desde que o fantasma do direito tributário invertebrado precisou ser extirpado pela via do fechamento do tributário no jurídico-normativo, já existente *hic et nunc*. Essa necessidade de diálogo e integração, no entanto, e como visto, não implica confusão e fim das delimitações conceituais entre economia, política, direito, biologia, ecologia e ética. Ao contrário: é precisamente porque estão separados que podem dialogar. Trabalhar em conjunto, na busca de solução para problemas que já não mais admitem propostas de solução compartimentalizadas, por insuficientes e inadequadas à multidimensionalidade dos próprios problemas – que, quando não encontram solução num sistema fechado, partem em busca de novos sistemas que lhes ofertem novas possibilidades de enfrentamento, como ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

O sistema é um seletor de problemas. Se o problema não encontra solução no marco de um sistema (a), este tende a considerá-lo pura e simplesmente um falso problema e subsequenteiramente descartá-lo (b). Mas o problema é um seletor de sistemas. Se ele não se resolve num determinado sistema (c), procura-se a solução noutro sistema (d)<sup>1243</sup>.

**Já não é mais sustentável continuar a fazer ciência despreocupadamente,** sem atenção aos possíveis efeitos, desejados ou não, controláveis ou não, que o saber científico pode provocar. Está encerrada a época em que ciência e valor podiam andar separadamente<sup>1244</sup>. Se, desde BACON, a ciência deveria libertar o homem da natureza e fazê-lo dominá-la, essa mesma ciência, agora, aponta para a possibilidade de aniqui-

<sup>1243</sup> O contraditório..., *op. cit.*, p. 33.

<sup>1244</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 126; O método..., v. 6, *op. cit.*, p. 71.

lamento da espécie humana e da natureza. Mas não é só a falta de atenção aos efeitos o único problema da ciência redutora. A idealização e a racionalização também o são.

### 6.1.3 A simplificação: idealização e racionalização

*“O apriorismo e maniqueísmo das soluções epistemológicas... deve ser abandonado... pela procura de outros caminhos e soluções que serão encontrados a posteriori...”*<sup>1245</sup>

No campo do saber simplificado, há, segundo EDGAR MORIN, **dois fenômenos que caminham juntos e enfermam o espírito, que ele chama “idealização” e “racionalização”**. A idealização consiste em reificar as ideias, que passam a ser tomadas pelo real. Exemplo: a noção ideal de obrigação como um dever de cunho patrimonial torna-se a obrigação real. A racionalização consiste em forçar a realidade complexa a adaptar-se a um sistema lógico coerente e simplificado. Exemplo: todo tributo é calculado mediante aplicação de uma alíquota a uma base de cálculo<sup>1246</sup>.

**A ciência que idealiza toma o ideal como realidade, e refuta todo o real que se contraponha à ideia.** Quando contradiz a ideia, o real é que está errado<sup>1247</sup>. Há exemplos disso no direito. Considerar que todas as normas jurídicas, sempre e sempre, em qualquer espaço-tempo, terão apenas uma forma lógica hipótese-consequência, é tipicamente uma idealização da realidade. Trabalha-se com essa estrutura, construída idealmente, teorizando-se sobre ela. A realidade, que deveria ser estudada, é, então, esquecida, de modo que o estudo fica restrito à concepção idealizada, construída pelo estudioso. Escapa-se, com isso, da complexidade do real: diante de um fenômeno complexo, opta-se por não o enfrentar em sua ontologia, construindo uma idealidade que passará a ser objeto de estudo, ocupando o lugar do real complexo.

**É comum que esses sistemas ideais, tomados pelo real, formem-se a partir de uma ideia maior, substancializada numa “palavra mestra”.** MORIN explica as consequências desse proceder: *“A redução, a unidimensionalização, a simplificação levam ao reino da idéia única, maior, simbolizada e expressa pela palavra mestra. A*

<sup>1245</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 83.

<sup>1246</sup> Cf. Problemas de uma epistemologia complexa, *in O problema epistemológico da complexidade*, p. 32.

<sup>1247</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Para...*, *op. cit.*, p. 70.

*palavra mestra torna-se o conceito primeiro e final, do qual parte a explicação e no qual ela termina*<sup>1248</sup>. Uma adaptação desse pensamento ao direito tributário brasileiro verá, na “norma”, a palavra mestra: toda explicação parte dela e nela termina. Se uma proposta de compreensão do fenômeno jurídico-tributário não parte e não chega numa estrutura proposicional na forma de um juízo hipotético, está *a priori* equivocada, porque está em desacordo com a “realidade”: a ideia de norma jurídica. Reificando-se a ideia, ela torna-se a própria realidade, condicionadora da verificabilidade empírica.

Quando a realidade a ser compreendida e explicada é por demais complexa, dotada de elementos irracionais e paradoxais, **comumente é distorcida, para adequar-se a um sistema ideal, formado sob a égide da racionalidade científica tradicional.** Tem-se, aí, o fenômeno complementar à idealização: a racionalização. EDGAR MORIN define-a assim: “*A racionalização encerra num esquema de idéias coerente uma realidade que a ultrapassa por todos os lados...*” [sic]<sup>1249</sup>. A racionalização é equiparada, por MORIN, sob nítida influência freudiana, a “delírio” ou “loucura”, decorrentes de excesso de coerência abstrata, mesmo em face de incoerência no objeto concreto de estudo. Um fechamento da razão em si mesma, perdendo contato com a vida concreta<sup>1250</sup>. Já houve quem escrevesse um livro intitulado “direito tributário esquematizado”<sup>1251</sup>. Mas a ciência justributária em geral, e não só nesse livro, esquematiza o direito tributário, concebendo para si um esquema racional enquanto objeto de estudo, em substituição à realidade jurídico-tributária concreta, para a qual uma ciência empírica se deveria voltar. É preciso admitir que a ciência tributarista, em boa medida, trabalha dessa forma: cria um esquema de ideias, supostamente coerente, e tenta, nele, encerrar toda a realidade complexa do direito tributário. Acaba por criar um direito tributário irreal.

Não é adequado, em ciência, adotar-se, como postulado infalível, que toda e qualquer norma é um juízo hipotético que imputa, à realização de um fato nela previsto, a irradiação de uma relação jurídica. Porque é sempre possível que a experiência

<sup>1248</sup> EDGAR MORIN, **Para...**, *op. cit.*, p. 125.

<sup>1249</sup> Introdução: oitava..., *op. cit.*, p. 490.

<sup>1250</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Para...**, *op. cit.*, p. 137-138; Introdução: oitava..., *op. cit.*, p. 490. SIGMUND FREUD registra: “...cada um de nós se comporta, sob determinado aspecto, como um paranóico, corrige alguma aspecto do mundo que lhe é insuportável pela elaboração de um desejo e introduz esse delírio na realidade” – **O mal-estar na civilização**, p. 141.

<sup>1251</sup> O livro é de RICARDO ALEXANDRE.

demonstre o contrário. MIGUEL REALE, por exemplo, verifica empiricamente a existência de normas que, segundo ele, não podem ser reduzidas ao esquema hipótese-consequência. Forçar com que tais normas sejam vistas como hipotéticas seria construir um artifício verbal<sup>1252</sup>. A racionalização da realidade num sistema ideal está sempre sujeita à contraprova empírica. Quem, no entanto, pretender continuar na racionalização, precisará, em um argumento *ad hoc*, dizer que tais preceitos não são verdadeiras normas jurídicas, ou são apenas fragmentos de normas, ou valer-se de manifestações semelhantes destinadas a salvar a racionalização em princípio único, unitário e universal, de uma realidade que não é única, nem unitária, e muito menos universal. Porque essa teoria já sabe sua verdade, e jamais admitirá seu erro, por mais fortes que forem as eventuais oposições. É assim que “...a teoria que tudo sabe detesta a realidade que a contradiz e o conhecimento que a contesta”, como adverte EDGAR MORIN<sup>1253</sup>. Mas, assim, **a realidade, objeto primeiro da ciência, é, em nome da ciência, posta de lado**. Permanece em estado de velamento. A ciência torna-se, então, “doutrina” ou “ideologia”, nas expressões de MORIN: “Uma ideologia tende a remeter para a periferia, isto é, a considerar como secundário todo dado cuja existência precisa admitir mas cujo sentido não pode entender senão questionando-se a si mesma” [sic]<sup>1254</sup>. Assim, o argumento *ad hoc* trata como secundário – não normas, fragmentos de normas etc. – aqueles dados concretos que a ciência não pode admitir senão pondo em questão seus postulados mais caros. A racionalização, segue o autor, manifesta-se quando a idealização racionalizada “...deixa de ser controlada pela realidade empírica”<sup>1255</sup>. No momento em que a doutrina tributarista desiste da verdade por correspondência entre a proposição e a realidade, em direção a uma verdade por coerência interna, meramente sintática, desiste da ciência em direção à racionalização. E passa a trabalhar em seu sistema racional, distorcendo a realidade, mediante argumentos *ad hoc*, para que caiba nesse sistema. LOURIVAL VILANOVA recomendou evitar a cilada de uma verdade por mera coerência interna do discurso autorreferente:

<sup>1252</sup> Cf. **Lições...**, *op. cit.*, p. 94-95. Embora o próprio autor não resista à racionalização e à idealização, quando afirma haver sempre a forma hipótese-consequência em normas de conduta, e sempre a forma categórica em normas de organização – cf. *ibidem*, p. 98-100.

<sup>1253</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 99.

<sup>1254</sup> **Para...**, *op. cit.*, p. 103-104.

<sup>1255</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 118.

Mas um sistema de conceitos científicos tem necessariamente um fundamento objetivo como base. A base do edifício conceptual científico é o setor específico do real ao qual se refere. Se os conceitos se desdobrassem e articulassem segundo uma dialética autônoma, então a verdade científica ficaria reduzida a uma mera correção formal do pensamento, à concordância do pensamento consigo mesmo. A verdade seria, então, algo imanente e o conhecimento científico perderia o sentido objetivo próprio. O que significa: a ciência sem qualquer relação com o real<sup>1256</sup>.

Trabalhar em complexidade é recusar-se a trabalhar apenas com a coerência lógica dos conceitos, e integrar a insistente referência à realidade. Mesmo, e principalmente, quando **a própria realidade a ser conhecida comporta elementos diferentes, particulares, contraditórios e alteráveis**. Uma vez admitido que o real pode ser cambiável, e pode não ter sempre as mesmas características definidas pela teoria, fazer ciência complexa é explicar e compreender precisamente essas particularidades, essas mutabilidades, essas diferenças. É aceitar que um acontecimento pode modificar profundamente a realidade conhecida, e procurar compreendê-la em todas as suas extensões, em vez de negar essa modificação, contornando-a, mediante o uso de argumentos *ad hoc*. Precisamente para que a ideia construída não substitua nem oculte a realidade, e, de meio de comunicação com o real, tornar-se meio para sua ocultação<sup>1257</sup>.

O caminho é longo e penoso, porque é necessário **renunciar ao conforto gerado pelo trabalho em um sistema perfeito e racional**. O trabalho doutrinário volta-se sempre para o mesmo sistema ideal, e concentra-se em seu aperfeiçoamento, reparando-lhe pontos em que a argumentação se mostra pouco coerente. A realidade subjacente fica de lado. Quem pretender enfrentar essa realidade complexa, sem deixá-la distorcer ou velar, pela adoção de um sistema racional idealizado, contudo, corre sério risco de deparar-se com situações para as quais não tem resposta, ou que sequer consegue compreender adequadamente. Será preciso ao cientista reeducar-se, tentando abandonar os processos de racionalização, que preservam sua paz de espírito<sup>1258</sup>. Nem sempre o conforto intelectual é sinônimo de boa ciência. Ao contrário: a ciência está repleta de desconfortos intelectuais, causados por situações postas no limite da com-

---

<sup>1256</sup> Sobre..., *op. cit.*, p. 4.

<sup>1257</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1258</sup> Cf. *ibidem*, p. 52.

preensibilidade humana – o *big bang*, o reproduzir-se e desenvolver-se da vida celular, a dualidade onda-corpúsculo *etc.*

**MORIN diferencia os conceitos de “teoria científica” e de “doutrina”.** Uma teoria é científica quando é falseável. Ela é, assim, “biodegradável”, porque aceita a regra do jogo científico – corroboração e refutação empíricas – e não teme sua própria mortalidade. Ao mesmo tempo, é aberta, e regenera-se a partir de refutações meramente parciais ou de reparos, que podem decorrer da observação experimental. Ainda que possa ser vista como uma “crença”, essa crença científica leva a vantagem de saber-se crença, e de ter a dúvida enquanto dado constitutivo fundamental. É algo “profana”, porque não contém em si princípios inatacáveis, como ocorre com a fé religiosa<sup>1259</sup>. Já o que chama “doutrina” tem certas características tão presentes na doutrina tributarista que, além da semelhança verbal, permitiriam imaginar que é precisamente do direito tributário brasileiro que fala o autor. Essa “doutrina” sofre dos males da idealização e da racionalização, claramente perceptíveis em seus atributos.

Para MORIN, **uma “doutrina” é centrada em um conceito fundamental**, uma palavra-chave, um núcleo a partir do qual todo o sistema doutrinário se constrói. Essa palavra-chave é inatacável por princípio, até tornar-se um dogma. A teorização acaba sempre por voltar-se para esse axioma, buscando reforço interno<sup>1260</sup>. É dele que tudo parte e a ele que tudo volta. A ciência justributarista tem esse núcleo: é o conceito fundamental de norma jurídica. Todo o sistema teórico constrói-se a partir desse conceito-chave, que é *a priori* insuscetível de contestação.

**Uma “doutrina” é definitiva.** Como seu conceito fundamental é de saída inquestionável, e como suas proposições são obtidas racional e coerentemente a partir desse núcleo-chave, a “doutrina” é irrefutável, e portanto definitiva, inexpugnável. Diante dessa sua condição inabalável, o recurso à experiência é desnecessário, porque a lógica do sistema doutrinário está provada para sempre. Assim, todo o sistema doutrinário está definitivamente provado como verdadeiro, porque é decorrência necessária de seus princípios fundamentais, eles próprios verdadeiros *a priori*<sup>1261</sup>. Isso ocorre

<sup>1259</sup> Cf. **Para...**, *op. cit.*, p. 270; **Ciência...**, *op. cit.*, p. 73; **Problemas...**, *op. cit.*, p. 30; **O método...**, v. 4, *op. cit.*, p. 174.

<sup>1260</sup> Cf. **Para...**, *op. cit.*, p. 74, 92 e 106; **Ciência...**, *op. cit.*, p. 23; **Problemas...**, *op. cit.*, p. 29; **O método...**, v. 4, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1261</sup> Cf. **Para...**, *op. cit.*, p. 74, 271; **O método...**, v. 4, *op. cit.*, p. 164.

no direito tributário: uma teoria que considere o lançamento como uma norma com a estrutura hipótese-consequência, ou a prescrição de suspensão de exigibilidade do crédito tributário como uma dessas normas, ou também a decisão judicial em matéria tributária, ou as normas de prescrição e decadência, ou as normas de pagamento e demais formas de extinção do crédito, ou a norma de isenção e também a de anistia *etc.*, todas essas propostas teóricas já são, desde logo, sempre verdadeiras – e, aliás, são *a priori* as únicas formas verdadeiras de compreensão da realidade jurídica, porque são as únicas condizentes com a palavra-chave inatacável. Fazer ciência passa a ser escolher um tema que ainda não foi tratado com esse método e desenvolvê-lo, aplicando a fórmula eternamente correta. Todo estudo assim realizado será verdade definitiva e, se trabalho acadêmico, logrará sempre aprovação. E se houver alguma incoerência interna, por lapso do cientista, basta que esse defeito seja sanado por uma pequena reorganização argumentativa, para que a verdade seja atingida, independentemente de recurso à refutação empírica.

Por isso, **uma “doutrina” é autoverificável**. Despreza a experiência, e suas verdades são verificadas por meio do recurso a ela própria, que se autoverifica circularmente: o sistema prova-se por si próprio. Uma “doutrina” fecha-se, autossuficiente, à experiência nova, para a qual é cega. Esse recurso é tido por suficiente para recusar as provas empíricas que a contradizem, assim como os argumentos que lhe são contrapostos por adversários intelectuais. A racionalidade científica impõe uma permanente e severa vigilância quanto aos dados empíricos, e admite a necessidade constante de verificação da informação; a “doutrina” despreza os dados empíricos, porque se verifica a partir de si própria. Na ciência, sempre é preciso refletir sobre os princípios organizadores da teoria; a “doutrina” já os tem como definitivamente provados e insuscetíveis de reavaliação. Sendo empírica, a ciência não se satisfaz com eventual coerência lógica obtida por suas teorias, porque sabe que o real, muitas vezes, não obedece às categorias lógicas do intelecto; para a “doutrina”, se o discurso doutrinário for coerentemente lógico, aí está uma prova ontológica de sua verdade, independentemente do real concreto que lhe subjaz. Assim, é intrinsecamente irrefutável, porque se fecha a

eventual perturbação empírica, mantendo a salvo sua coerência interna<sup>1262</sup>. No direito tributário, as primeiras premissas servem de instância inquestionável para a verificação das construções doutrinárias. Como se verifica a afirmação doutrinária segundo a qual a liminar, concedida por um juiz, é uma proposição hipotética, formada pelo enlace de um antecedente, descritor de um fato, e um conseqüente, prescritor de uma relação jurídica? Na própria teoria: tudo no direito é norma e toda norma é uma proposição nesses moldes. A prova definitiva está no próprio discurso doutrinário, que se autoverifica, independentemente de informação empírica externa. Dessa forma, uma “doutrina” passa a estar em um sobrenível em relação à realidade. Ergue-se acima dos fatos; torna-se superior a eles. Contudo, a “doutrina” não é totalmente fechada ao real.

**Uma “doutrina” é seletivamente aberta para realidade.** Para adquirir ares de cientificidade, uma “doutrina” sai à realidade empírica, e seleciona os eventuais dados que a possam confirmar. Ignora que esse dado seria, no máximo, uma corroboração, e pensa sair fortalecida dessa “verificação” empírica. Quando não os encontra, pinça aqueles dados que dela mais se aproximam e os distorce até que o novo dado, já corrigido, seja capaz de confirmar a proposta doutrinária. Aquelas situações empíricas que contradizem a “doutrina”, e não são suscetíveis de distorção, passam a ser consideradas falsas, equivocadas<sup>1263</sup>. Além disso, como explica MORIN, “*O grande delírio racionalista não faz outra coisa senão surrar o real para que este obedeça à idéia. Assim que dispõe de poder, ele aterroriza o real, mutila-o, tortura-o...*”<sup>1264</sup>. Quando detém o poder de determinar o real, uma “doutrina” busca essa transformação, para adaptar o real a suas construções intelectuais. A ciência do direito tributário, por exemplo, alimenta-se de fatos que não adquirem juridicidade senão quando documentados, a título de prova empírica, a sustentar o dualismo entre fato e evento. Outros fatos, que independem de documentação para gerarem efeitos jurídicos, têm sua condição distorcida, e passam a ser vistos como despidos de juridicidade. Se isso é impossível, esses fatos são excluídos do universo jurídico, mediante um artifício destinado a salvar a teoria. Tendo poder, a teoria pode, inclusive, introjetar-se de tal forma no pensa-

<sup>1262</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 23, 73; *Para...*, *op. cit.*, p. 92, 136, 142, 271; *O método...*, v. 4, *op. cit.*, p. 159, 162.

<sup>1263</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Para...*, *op. cit.*, p. 93, 106 e 137; *O método*, v. 4..., *op. cit.*, p. 162.

<sup>1264</sup> *Ibidem*, p. 140-141.



mento jurídico que, contra toda a lógica do sistema, documentos tornam-se fatos e declarações do sujeito passivo tornam-se “normas individuais e concretas” que constituem o crédito tributário, como se ato administrativo de lançamento fossem, e gerando os efeitos que seriam próprios deste último.

**A “doutrina” mitifica o discurso de seus fundadores.** Um dos dados fundamentais do pensamento doutrinário, explica MORIN, é a “...referência ao pensamento sacralizado dos fundadores...”<sup>1265</sup>. Essa referência pomposa ao iniciador da proposta doutrinária é constante: uma “doutrina” regenera-se em sua própria fonte<sup>1266</sup>. Independentemente da realidade, e mesmo contra ela, se necessário, a “doutrina” refere-se e encontra verificação nos textos que fundam sua forma de pensamento. Esses textos, porém, jamais são submetidos a qualquer crítica. Criticá-los seria quase um sacrilégio. A partir desses textos fundamentais, a “doutrina” inicia um movimento de cooptação de novos seguidores. O aumento no número desses sectários torna a “doutrina” cada vez mais forte em seu meio<sup>1267</sup>. Com isso, o discurso doutrinário, que deveria ser científico, identifica-se com um discurso mítico, e seu proceder torna-se um culto: nesse caso, diz MORIN, “...a transcendentalização e a deificação características da mitologia e da religião entram sub-repticiamente, mas com profundidade, no mundo laico da doutrina”<sup>1268</sup>. As características metafísicas da aplicabilidade universal e da eternidade assediam e instalam-se no discurso científico, subvertendo-o. No direito tributário, isso também ocorre. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES testemunha-o: “É a doutrina se comportando como se a autoridade de certos doutrinadores fosse a base empírica de sustentação dos seus enunciados”<sup>1269</sup>. Mas são enunciados sem outra sustentação, se não os enunciados inauguradores daquela determinada visão doutrinária.

**A “doutrina”, enfim, é racionalizadora.** Concebe idealmente estruturas simplificadoras – que, na intenção, são logicamente coerentes – e pretende que o real se amolde a elas. MORIN chama isso de uma “...hipertrofia da coerência lógica em detrimento da verificação empírica... aptidão para preferir a coerência à experiên-

---

<sup>1265</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1266</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Problemas...*, *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>1267</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Para...**, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1268</sup> **O método...**, v. 4, *op. cit.*, p. 175.

<sup>1269</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 178.

cia”<sup>1270</sup>. Não admite que qualquer parcela da realidade possa ser irracional e insuscetível de racionalização. Se cabe à ciência dialogar com esse real, que pode ser, algumas vezes, racionalizável, e outras não, a “doutrina” abandona o trabalho científico, porque está, desde logo, propensa a rejeitar a realidade, quando ela não se submete à racionalização. Ao invés de tentar adaptar o entendimento à realidade, procura adaptar a realidade às categorias, pretensamente lógicas, do intelecto. Uma realidade potencialmente contraditória, irracional, complexa, caótica, e, simultaneamente, determinável, racional, compreensível e sistemática, deve ser compreendida e explicada assumindo-se essa ambiguidade como um dado do real, e não escamoteada e substituída por uma explicação matematicamente coerente. Dentre as mais elevadas funções da ciência do direito está compreender eventuais contradições e ambiguidades na experiência jurídica, e propor tomadas de decisão racionais e coerentes, a superá-las, enquanto outras não sobrevivem. Não negá-las ou substituí-las por um mundo romantizado e perfeito. Com isso, a explicação mutila a realidade que deveria compreender, voltando-se apenas para o que é racionalizável e, na falta deste, para a idealização<sup>1271</sup>. A crítica de EDGAR MORIN é certa:

O pensamento simplificador elimina a contradição, porque recorta a realidade em fragmentos não-complexos que isola. A partir daí, a lógica funciona perfeitamente com proposições isoladas umas das outras, com proposições suficientemente abstratas para não serem contaminadas pelo real mas que, precisamente, permitem exames particulares do real, fragmento por fragmento. Que maravilhosa adequação “científica” entre a lógica, o determinismo, os objetos isolados e recortados, a técnica, a manipulação, o real, o racional! Então, o pensamento simplificador não conhece nem ambigüidade nem equívocos. O real tornou-se uma idéia lógica, isto é, ideo-lógica, e é esta ideologia que pretende apropriar-se do conceito de ciência [sic]<sup>1272</sup>.

O próprio MORIN, em certos pontos, parece recair em uma espécie de racionalização. Pergunta-se: “...quando uma observação ou uma experiência contradizem a idéia racionalmente garantida, é a razão que tem razão contra uma aparência ou o fato que tem razão contra uma racionalização?”<sup>1273</sup>. O contexto indica que a segunda alternativa seria, para o autor, a resposta correta, sempre. Mas esse ponto é fundamen-

<sup>1270</sup> Para..., *op. cit.*, p. 141.

<sup>1271</sup> Cf. *ibidem*, p. 137-143; THEODOR W. ADORNO, *Sociologia*, p. 47 e 49.

<sup>1272</sup> O método. v. 2..., *op. cit.*, p. 429-430.

<sup>1273</sup> O método. v. 3..., *op. cit.*, p. 429-430.

tal: ambas podem ser, e isso só será possível descobrir após a indagação, não antes. Não há receita prévia nesse caso.

Complexidade, portanto, não é a concepção de um método infalível, que possibilitaria a explicação da realidade, em uma totalidade sabida de uma vez por todas. Ao contrário: é precisamente a luta pela compreensão da inviabilidade dessa racionalização, como forma de fazer ciência, e da incorreção da substituição da realidade empírica pelo sistema ideal, quando da realização de um trabalho com pretensões científicas. Implica compreender que construir um sistema ideal e coerente imponível à realidade é fugir da ciência. Diz MORIN, com razão: “*A idéia de verdade é a maior fonte de erro que pode ser considerada; o erro fundamental reside na apropriação monopolista da verdade*”<sup>1274</sup>. Aquele que considera que afinal chegou à verdade indiscutível – a Terra é o centro do universo, a órbita da Terra em torno do Sol é um círculo perfeito, espaço e tempo são grandezas absolutas, Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, a luta de classes é o motor da sociedade, o estado deve/não deve interferir no desenvolvimento da economia, toda obrigação é patrimonial, obrigação e crédito são inseparáveis, em toda ocorrência social não juridicamente comprovada por documentos inexistente juridicidade *etc.* – fatalmente vê como erro tudo aquilo que se opõe a tal verdade. Com isso, deixa de permitir-se falsear pela prova empírica em sentido contrário; recusa-se a ceder ao melhor argumento. Recusa-se, inclusive, a considerar aquela prova enquanto tal, e a ouvir com interesse e solidariedade o argumento contrário. Entretanto, **o próprio do científico é manter-se no jogo da argumentação, experiência, corroboração, falseamento, indução ou abdução de nova proposta teórica**, em seguida, nova argumentação, nova experiência *etc.*

Quando se compreende a ciência do direito como uma atividade destinada a produzir um conjunto coerente de enunciados descritivos, no qual desapareçam as eventuais contrariedades e contradições existentes no plano do direito concreto – ou, mesmo, esse conjunto de enunciados, produto daquela atividade –, corre-se sério risco de idealização e de racionalização. Se, no direito, é preciso ordem e coerência, o primeiro passo para a construção de um direito coerente e ordenado é a compreensão de sua realidade como, eventualmente, incoerente e desordenada. E entender que cada

---

<sup>1274</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 145-146.

momento em que uma ordem e uma coerência são atingidas, é também o momento em que se abriu a possibilidade do acontecimento da desordem, que demandará um novo esforço organizador. Nosso sistema científico deve ser substituído por uma reflexão científica de compreensão das relações, sempre cambiantes, entre ordem e desordem, nas várias manifestações do direito concreto. E, a partir daí, de **oferecimento de soluções, no sentido da reorganização permanente, a cada vez que surge um acontecimento desorganizador** – que tanto pode ser um acontecimento social, uma alteração legislativa, uma nova interpretação jurisprudencial, quanto, mesmo, uma nova concepção doutrinária. Noutro giro: que o acontecimento desorganizador é sempre uma potencialidade, e que pode ocorrer a todo momento. Mas, para isso, é preciso que o cientista se procure livrar da impregnação do trabalho simplificador.

#### 6.1.4 A reflexividade epistemológica e a simplificação impregnada

*“Que é isso – a impregnação?”<sup>1275</sup>*

Toda análise a respeito do exercício da razão, em trabalhos com pretensão de cientificidade, é, em certo sentido, reflexiva: **o cientista voltando-se para si mesmo, para compreender-se enquanto sujeito de sua atividade, mas, ao mesmo tempo, objeto de investigação.** BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS distingue duas formas de exteriorização da reflexividade. Uma delas segue uma linha que denomina “subjetivista” ou “personalizante”, e que terá preocupações maiores com as relações entre o sujeito cientista e o sujeito social, que se integram na mesma pessoa. O cientista do direito que reflexivamente se percebe também enquanto advogado, juiz, membro do Ministério Público, professor, aluno, fiscal da arrecadação tributária, consultor empresarial *etc.*, e se torna capaz de compreender e de lidar com as influências que seu papel social pode ter na sua atividade científica, seria reflexivo nesse primeiro sentido. Quem percebe que o confronto de ideias, em busca de um acordo intersubjetivo provisório, é, também, uma interação entre humanos, povoada por afetividades e de ressentimentos, também exerce uma reflexividade subjetiva. Outra é a linha “objetivista” ou

<sup>1275</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 73; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 97; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 90.

“impessoal”, na qual a reflexão se volta para a própria prática científica em si, submetendo à crítica a forma de fazer ciência que utiliza, seus métodos e instrumentos. Aqui, estaria incluído o cientista do direito que pensa a respeito dos limites e das possibilidades da sua atividade, da forma como é feita – isto é, cedendo aos limites da dogmática jurídica ou os transgredindo; avaliando criticamente as manifestações concretas do direito ou se limitando a descrevê-las; pensando no vir-a-ser jurídico ou se mantendo no direito abstrato existente; preferindo o recurso à experiência, como ingrediente fundamental da investigação científica, ou o negando, em nome da racionalização e da idealização *etc*<sup>1276</sup>.

**A boa reflexividade pressupõe ambas as vertentes trabalhadas sempre em conjunto.** Um cientista-aluno só perceberá que as descrições feitas por um professor-aluno funcionam, pragmaticamente, como prescrições, e será, assim, capaz de questionar o caráter exclusivamente descritivo de uma proposição científica, quando reflexivamente compreender as relações sociais de poder e de dominação existentes entre um cientista-aluno e um cientista-professor, e, simultaneamente, questionar a própria atividade científica concreta como meramente descritiva, permitindo-se ir além da descritividade. Com essa atitude reflexiva, o cientista procurará aproximar-se da verdade, ao mesmo tempo em que precisará de humildade para reconhecer-se falível e influenciável<sup>1277</sup>. E, com ela, paradoxalmente, já não soa mais como um absurdo que o cientista fale na primeira pessoa do singular. Isso é paradoxal, porque, ao mesmo tempo em que nenhum cientista está isolado, no mundo, pois compartilha modos de significação linguística e intersubjetivamente construídos, também tem a sua história de vida particular, que não é de mais ninguém, e que, recursivamente ligada ao que há de comum, é seu elemento constitutivo enquanto sujeito. Essa perspectiva proporciona esse tipo de lucidez ao cientista – lucidez que MORIN entende inseparável da compreensão da onipresença do erro<sup>1278</sup>.

Um dos aspectos fundamentais do pensamento complexo é sua insistência em tentar reintegrar o observador na observação – como, aliás, reintegrar, recursivamente,

<sup>1276</sup> Cf. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 78-79.

<sup>1277</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 185; IZABEL PETRAGLIA, **Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber**, p. 55.

<sup>1278</sup> Cf. **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 52.

tudo aquilo que foi separado pelo conhecimento científico tradicional, na explicação de EDGAR MORIN:

...assim como a simplificação constitui um princípio fundamental que funda o conhecimento na disjunção e na oposição entre os conceitos primários de ordem/desordem, sujeito/objeto, si/ambiente, da mesma forma a complexidade constitui um princípio fundamental que associa nuclearmente esses conceitos primários em circuitos [*sic*]<sup>1279</sup>.

**Essa perspectiva reflexiva permite ao cientista conhecer e perceber-se imerso no problema do *imprinting*.** Trata-se da “impregnação”, o fenômeno descoberto por KONRAD LORENZ, e pensado por mestre SOUTO no *Ciência feliz*. Consiste em um processo de aprendizagem, verificado, empiricamente, no mundo animal. Uma vez “impregnado”, o animal jamais será o mesmo. Três são as características que LORENZ encontra na impregnação, na síntese de SOUTO: *é um esquema comportamental inato; consolida-se na primeira infância da vida do animal; e é irreversível*. Segundo o recifense, ainda não se sabe se a impregnação é restrita a certas espécies animais. Mas o que interessa, aqui, é pensar a impregnação como um fenômeno também humano, e como ela condiciona o desenvolvimento futuro do sujeito<sup>1280</sup>.

Uma forma de impregnar o ser humano é doutriná-lo em sua juventude. O jovem, quando doutrinado – e, portanto, impregnado –, tenderá a adotar um comportamento decorrente dessa impregnação, que será dificilmente revertida. Ou, quem sabe, será irreversível. Explica SOUTO: “*Doutrinação seria um outro nome da impregnação na espécie humana: impregnação de idéias e sentimentos; apropriação doutrinária da generosidade dos moços, muitas vezes degradando-as num instrumento de reles manipulação*”<sup>1281</sup>. Impregnado com a repetição e a sacralização dos textos fundadores da “doutrina”, com as ideias que estão acima dos fatos, com a teoria autoverificada, com a “doutrina” seletora da informação externa, com a racionalização do irracionalizável, o sujeito já não mais será o mesmo. SOUTO menciona a família como instância apta a impregnar o indivíduo, positiva ou negativamente. É preciso reconhecer que, além da família e da escola, **a universidade é um campo propício para a impregna-**

<sup>1279</sup> **O método**, v. 1..., *op. cit.*, p. 461-462.

<sup>1280</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 71-74; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 94-99; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 88-91.

<sup>1281</sup> *Ibidem*, respectivamente, p. 75-76; p. 101; p. 93.

ção. Lá, os jovens são eventualmente submetidos à doutrinação. É o que explica MORIN, que também se refere a LORENZ: “...há um *imprinting social* que desde a primeira infância se forma no seio da família, depois na escola, e mais ainda: o *imprinting* existe e fabrica-se nas nossas universidades” [sic]<sup>1282</sup>.

Essa impregnação acadêmica pode revelar um duplo aspecto. MORIN refere-se apenas a um aspecto negativo, caracterizado pela **inibição que o *imprinting* sociocultural gera nas virtualidades espirituais e intelectuais**. A impregnação impediria, ao impregnado, ver diferente do que lhe é mostrado; quem é impregnado numa “doutrina”, permanece nela, e recusa toda informação que a conteste<sup>1283</sup>. É viável, contudo, pensar também um aspecto positivo do *imprinting*, à medida que possa potencializar o desenvolvimento do saber naquela cultura. A impregnação dogmática que sofre o direito tributário brasileiro, por exemplo, permitiu o desenvolvimento de certas propostas teóricas notáveis, que, se não são suficientes, por serem estritamente normativas e redutoras, estão muito longe de ser inúteis. Por outro lado, um ambiente cultural que permita a exploração cognitiva do atual e do igual, mas também do novo e do diferente, e, portanto, adequada para a evolução da ciência, geraria um *imprinting* positivo. No entanto, um ambiente no qual a impregnação acadêmica impeça a busca pelo novo e pelo diferente, que feche portas ao conhecimento, em lugar de abri-las, que reprima a criatividade do cientista em vez de incentivá-la, é um ambiente danoso ao desenvolvimento da ciência contemporânea. Nesse caso, demanda-se um pensamento reflexivo, por meio do qual o cientista possa se entender enquanto um impregnado, e que lhe permita compreender os resultados, positivos ou negativos, dessa impregnação. Será preciso desenvolver uma resistência à impregnação<sup>1284</sup>. Para tanto, é preciso admitir que a impregnação humana, caso exista, não é irreversível. De acordo com a narrativa de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, essa poderia ser a tendência de KONRAD LORENZ<sup>1285</sup>. Admitir a irreversibilidade da impregnação universitária é admitir a impos-

<sup>1282</sup> Problemas..., *op. cit.*, p. 27. A referência a KONRAD LORENZ está em **O método**. v. 5..., *op. cit.*, p. 29. Sobre o *imprinting* em EDGAR MORIN, v. também **Os sete saberes necessários à educação do futuro**, p. 28 *et. seq.* – originalmente, publicado como *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur* em 1999.

<sup>1283</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método**..., v. 3, *op. cit.*, p. 221; **O método**..., v. 5, *op. cit.*, p. 30; **O método**..., v. 6, *op. cit.*, p. 119.

<sup>1284</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método**..., v. 3, *op. cit.*, p. 221.

<sup>1285</sup> Cf. **Ciência**..., *op. cit.*, p. 76; **Ciência**..., 3. ed., *op. cit.*, p. 101; **Ciência**..., 3. ed., *op. cit.*, p. 93.

sibilidade de que um pensamento reflexivo possa auxiliar na superação da inserção originária num modelo limitador.

Além de auxiliar na superação da ingenuidade epistemológica, o pensamento reflexivo permite perceber **as relações de poder que permeiam a atividade científica**. Absorto em seu trabalho, o cientista, se não pensa reflexivamente, fica incapaz de compreender os condicionamentos que lhe são impostos, para o bem ou para o mal, pela comunidade científica ou acadêmica na qual se insere. HILTON JAPIASSÚ tem reflexão interessante nesse ponto. Percebe como cada especialização cria um certo minifúndio, sobre o qual os especialistas exercem um poder ciumentoso e autoritário. O minifúndio do direito administrativo não admitiu, sem resistência, que o direito tributário dela se emancipasse. O minifúndio do direito tributário, por sua vez, resiste em permitir que o direito financeiro se aproxime. E, se resiste diante do direito financeiro, tem verdadeira ojeriza da política, da economia e da sociologia. O minifúndio universitário constrói cercas e muros ao seu redor, e cria uma aduana rigorosa, a controlar o que dele sai e o que nele entra. Tão rigorosa que JAPIASSÚ fala em “penitenciária”:

Essas “ilhas” epistemológicas, autoritária e dogmaticamente ensinadas, são ciumentamente mantidas por esses reservatórios de saber que são as instituições de ensino, muito mais preocupadas com a distribuição de suas fatias de conhecimento, de uma ração intelectual a alunos que nem mesmo parecem ter fome. Este saber mais ou menos mofado, armazenado nessas “penitenciárias centrais” da cultura, além de por vezes ser indigesto e nocivo à saúde espiritual, freqüentemente passa a ser propriedade de pequenos ou grandes mandarinos dominados pelo espírito de concorrência, carreirismo e propriedade epistemológica<sup>1286</sup>.

**Tal estado de coisas gera um diálogo científico sempre delimitado no espaço e no assunto:** só participam os habitantes do minifúndio universitário, que trabalham num autopolicimento constante, impedindo uns aos outros de se manifestarem sobre temas externos. Sob o pretexto de correção de erros, veda-se a pesquisa original e desviante. A situação é mantida e fortalecida pelo processo de seleção daqueles que são admitidos no minifúndio, como observa o mesmo autor:

---

<sup>1286</sup> **O sonho...**, *op. cit.*, p. 33.



Até mesmo o próprio sistema de recrutamento dos alunos e pesquisadores é armado de tal forma que nem sempre são selecionados os candidatos mais inteligentes, abertos, criativos e com potencialidade para a docência e a pesquisa, mas os que mais fácil e docilmente se submetem aos “mestres” orientadores e se conformam melhor aos modelos de pesquisa rotineira impostos pela instituição e freqüentemente ratificados pelo orientador. Como se formar pensadores em ambientes que não promovem a liberdade em relação aos poderes, não incentivam as críticas às idéias recebidas, a demolição das alternativas simplistas e a valorização da complexidade dos problemas?<sup>1287</sup>

Assim como a indústria cultural atrai os talentosos, mas limita seu talento ao que pode ser conciliado com os padrões, também aos mais talentosos dentre os novos integrantes do minifúndio universitário só é permitido desenvolver seu talento se dentro dos modelos estabelecidos<sup>1288</sup>. Boa parte da capacidade intelectual dos novos pesquisadores é limitada pela impregnação acadêmica, possível em virtude das relações de poder, que se estabelecem fortemente no meio universitário. Os novos pesquisadores, em geral os mais jovens, já não podem mais exercer livremente sua criatividade. Salvo raras e honrosas exceções, só são admitidos como orientandos aqueles que se submetem, plena e docilmente, a endossar a obra intelectual do orientador. A inventividade fica vedada. O que é ainda mais pernicioso, se se admitir a hipótese de mestre SOUTO, segundo a qual a criatividade manifesta-se somente na juventude – uma vez perdida a idade certa, a criatividade retrai-se, e termina, para sempre. Dá exemplos: KONRAD LORENZ, EINSTEIN, HEIDEGGER, HUSSERL, GILBERTO FREYRE, ORSON WELLES<sup>1289</sup>. Então: no momento de juventude, no qual o estudioso poderia ser criativo, não será, porque será impedido pelo *imprinting*; quando, mais tarde, consegue – se é que consegue – livrar-se da impregnação, já perdeu, para sempre, sua criatividade juvenil, restando-lhe apenas a nostalgia da inteligência. Além de perversa, a impregnação acadêmica é anticientífica: exerce seu poder para impedir, e não fortalecer, o desenvolvimento da ciência. Daí FOUCAULT, em sua interpretação do aforismo 333 da *Gaia ciência* nietzschiana, afirmar que, para compreender bem o conhecimento, não é sobre o próprio conhecimento que se deve debruçar, mas sobre a política:

<sup>1287</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>1288</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Cultura...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>1289</sup> Cf. *Ciência...*, *op. cit.*, p. 70; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 92 e 121; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 86 e 110.

Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento<sup>1290</sup>.

Uma ciência complexa não imporia a clausura num modelo pré-estabelecido. Ao contrário: em complexidade, não há esses padrões limitadores da criatividade do cientista. Uma ciência que se livra dos imperativos de simplificação, idealização, racionalização e limitação, terá melhor aptidão para implementar a pedagogia recomendada por mestre SOUTO, estimuladora da criatividade – e não dela castradora, sob o pretexto do aguardo da maturidade.

### 6.1.5 A complexidade do real e a ignorância do especialista

*“Na especialização dogmática, regiões materiais do jurídico, o jurista sabe cada vez mais sobre cada vez menos”<sup>1291</sup>*

Quando se pretende estudar cientificamente a realidade, admitindo-se que o real é simples, ordenado e lógico, é possível supor que teorias simples, lógicas e ordenadas sejam efetivamente capazes de refletir o real de forma adequada. Essa é a pressuposição que sustenta a ciência moderna, como, por exemplo, a noção de que toda a população de corpos celestes obedece a uma mesma mecânica inexorável<sup>1292</sup>. No direito tributário, ficou estabelecido que uma incontável constelação de normas jurídicas, nos mais variados âmbitos da experiência, em qualquer quadrante do espaço-tempo, obedece a uma mecânica inexorável, uma verdade universal e eterna: da hipótese à consequência, na norma; da norma superior à inferior, partindo da norma fundamental, no ordenamento. **Essa solução é sempre válida, a priori de toda experiência.** O especialista, então, constrói suas teorias com base nessas premissas de ordem do real: se toda

<sup>1290</sup> **A verdade e as formas jurídicas**, p. 23

<sup>1291</sup> Prefácio..., in JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO, **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 12.

<sup>1292</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método...**, v. 1, *op. cit.*, p. 51.

a realidade jurídica é formada por normas idênticas, cujos elementos constitutivos se relacionam sempre da mesma forma; e normas que, por sua vez, também se relacionam entre si sempre uniformemente, num sistema ordenado; então, o sistema proposicional científico, que nada mais é do que uma metalinguagem descritiva, pode ser adequadamente construído nos mesmos moldes.

Atualmente, porém, o universo já não é mais visto apenas como ordem. Admitte-se que o real seja, complexamente, **uma sucessão ininterrupta de ordem, desordem, interações que levam a uma nova organização, que, por sua vez, desordena-se, e assim por diante**. Na tradição, o mundo físico é concebido como ordenado, a obedecer, sempre, às mesmas leis naturais. E isso não apenas como uma hipótese de ciência construtivista, mas como a verdade universal sobre o real, ainda que isso seja insuscetível de verificação empírica, como lembra NORBERT WIENER<sup>1293</sup>. O mundo físico imanente é hoje compreendido como um vir-a-ser constante de ordem, desordem e organização, não como um ser estático, eterna, universal e identicamente ordenado, o que afeta a noção de identidade<sup>1294</sup>. Os físicos da segunda metade do século XIX descobriram que o universo conhecido é movido pela desordem. O calor é o movimento desordenado de moléculas dentro de um determinado sistema, a gerar entropia. Tornou-se necessário, desde então, que a ciência compreendesse a desordem e explicasse como, a partir dela, seria possível a ordem. Como, a partir da desordem aleatória do movimento das moléculas, é possível que haja todos ordenados – células, tecidos, organismos, sociedades, planetas, sistemas solares, galáxias: essa a pergunta a fazer e a resposta a ser buscada. No âmbito microfísico, é difícil compreender como a ordem do átomo é obtível a partir da extrema desordem das partículas que o compõem. E, no âmbito macrofísico, as estrelas são um turbilhão surpreendentemente organizado de fogo, de calor em temperaturas altíssimas; isto é: de desorganização máxima. E, no entanto, são organizadas, até que a desorganização interna as dissolva no tempo, como ocorrerá, segundo a ciência contemporânea, com todas elas, inclusive com o Sol, levando consigo a Terra e toda possibilidade de vida, na forma como se a entende hoje.

---

<sup>1293</sup> Cf. **Cibernética e sociedade**: o uso humano de seres humanos, p. 9 [sic] – originalmente, publicada como *The human use of human beings*, em primeira edição, de 1950, e segunda, revista, de 1954.

<sup>1294</sup> Cf. MYRON KOFMAN, **Edgar...**, *op. cit.*, p. 135.

Como é possível que se mantenha uma ordem razoável no direito tributário, mesmo havendo profunda desordem em seu interior ? Não é correto negar a existência de desordem no direito tributário: desentendimentos doutrinários; decisões judiciais equivocadas; argumentos incorretos ou cínicos; emendas constitucionais que desvirtuam o significado anterior do sistema; normas infralegais aplicadas em desacordo com a Constituição; leis que excluem a Constituição do âmbito dos processos administrativos; lançamento de tributos inexistentes, por erro ou má-fé; declarações do contribuinte transformadas em constituições definitivas de crédito tributário; confissões irretratáveis de débito, onde não há ilicitude nem obrigação tributária; operações empresariais maquiadas para parecerem outras; fatos geradores ocultados do agente fiscal; corrupção de juízes e agentes fiscais e contribuintes corruptores *etc.* A realidade do direito tributário, lembra KLAUS TIPKE, é complexa, a revelar a “...*real desordem do Direito Tributário, da assim chamada selva tributária (Steuerdschulgel) ou caos tributário (Steuerchaos)*”..., o que impõe, à doutrina, a missão de renová-lo, orientando a boa produção legislativa, em ocupação *de lege ferenda*<sup>1295</sup>. Se isso vale para o direito tributário alemão, certamente vale, talvez com maior intensidade, para o direito tributário brasileiro. **Toda essa realidade não cabe numa explicação normativa simplificada**, que parta da pressuposição de uma realidade ordenada, que obedecesse sempre às mesmas regras estruturais e materiais de organização normativa. Uma explicação como essa, ao invés de explicar, esconde o risco permanente em que se vive no mundo contemporâneo complexo, inclusive no mundo jurídico-tributário brasileiro.

Quando pensa na segunda lei da termodinâmica e no que a sucedeu, EDGAR MORIN identifica uma primeira revolução científica no século XX: foi a implosão do princípio determinista, segundo o qual todo o universo obedeceria a leis eternas<sup>1296</sup>. Onde havia ordem, há agora um diálogo permanente entre ordem, desordem e organização; onde vivia identidade e terceiro excluído, convivem agora partículas que são onda e corpúsculo simultaneamente; onde morava o calculável e o mensurável, coabita a aleatoriedade. Hoje, sabe-se que muito do que existe, senão tudo, nasceu da aleatoriedade e da turbulência, e convive com elas. E esses entes precisam, a todo momento,

<sup>1295</sup> **Direito tributário**, op. cit., p. 72.

<sup>1296</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça...**, op. cit., p. 56; ILYA PRIGOGINE, **O nascimento do tempo**, p. 47 – originalmente, publicado como *La nascita del tempo*, em 1988.

resistir às forças de destruição que os ameaçam a partir da constante desordem que os constitui. O universo, na compreensão contemporânea, nasceu da queima e da colisão de astros e de nuvens gasosas, formados por moléculas em cujo interior há desordem e aleatoriedade. Surpreendentemente, num pequeno planeta de um sol, no canto de uma galáxia minúscula e periférica, nasce, da desordem, e num processo de organização, a vida em seres unicelulares, que se desenvolvem para gerar formas de vida que já se aniquilaram e outras que permanecem, inclusive nós, humanos. Seria, no meio de tudo isso, o direito tributário e sua ciência, as únicas realidades coerentes, sem contradições, ordenadas e respeitadoras de um princípio básico fundamental de enlace intra e extra-normativo ? Justamente uma criação humana seria a única realidade perfeita e ordenada ? E, no entanto, não é fato que ela é, efetivamente, ordenada ?! O direito tributário está em desequilíbrio, por isso tem uma história, altera-se, progride, regride, flutua, reorganiza-se a partir de desordens, que surgem de seu interior, ou que lhe são impostas pelo exterior. Do não equilíbrio nasce coerência, e dela o desequilíbrio<sup>1297</sup>. Diante dessas evidências, não há mais como acreditar numa ordem determinista e determinada do universo. O universo é ordem, mas também é desordem, interações e reorganização incessantes. A noção simplificada de um universo como ordem tem profundos traços metafísicos e teológicos – não obstante LAPLACE, que, diante de NAPOLEÃO, teria excluído Deus de sua explicação do universo ordenado e perfeito, como uma hipótese desnecessária<sup>1298</sup>. Esses traços estão presentes em certas manifestações doutrinárias, que veem no direito tributário apenas universalidade, perenidade, unidade, ordem. Ordem e desordem, produzindo organizações e reorganizações, são sempre possíveis, em princípio. **Uma ciência que pretenda conhecer e não escamotear a realidade complexa precisa investigar ambos: ordem e desordem.** Deve compreender como, em seu meio próprio, ordem e desordem relacionam-se, para produzir organizações, sempre reordenadas a partir de desorganizações também recorrentes, e compreender essa reordenação a todo momento.

Veja-se, como exemplo interessante dessa reorganização a partir de desordens, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise da tributabili-

<sup>1297</sup> Cf. ILYA PRIGOGINE, **O nascimento...**, *op. cit.*, p. 39-42 e 65-67.

<sup>1298</sup> Cf. ILYA PRIGOGINE e ISABELLE STENGERS, **A nova...**, *op. cit.*, p. 38; EDGAR MORIN, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 209 e 212.

dade do *leasing* por via do Imposto sobre Serviços, no Recurso Extraordinário n. 547.245-SC. O Ministro JOAQUIM BARBOSA, em seu voto – que, embora em termos muito diferentes, “acompanhou” o voto do relator, vencedor por maioria –, afirma, entre outras coisas, que “*Não há um conceito constitucional absoluto, imutável, intuitivo através dos tempos para serviços, ditado pela ordem natural e que possa ser a priori violado por conceitos criados pela função especulativa...*”. Nesse sentido, entende que “*...não é possível identificar conceito incontroverso, imutável ou invencível para serviços de qualquer natureza*”. Para ele, “*...a rápida evolução social tem levado à obsolescência de certos conceitos jurídicos arraigados, que não podem permanecer impermeáveis a novas avaliações (ainda que para confirmá-los)*”. Diz, ainda, que “*...leasing não se limita à simples soma de suas partes*”. Finaliza, afirmando que “*...as operações de arrendamento mercantil resistem à classificação tradicional...*”<sup>1299</sup>. Vê-se o questionamento do paradigma tradicional da ciência moderna, pondo em dúvida a existência de realidades absolutas, imutáveis e incontroversas, passíveis de reflexão científica; duvidando da autossuficiência do objeto para determinar suas realidades, sem qualquer influxo do ambiente que o cerca; abandonando o saber do todo pela simples soma das partes; e recusando forçar a realidade a adaptar-se às classificações criadas pelo espírito. Nota-se a descrença na universalidade e na imutabilidade dos conceitos jurídico-positivos e das classificações científicas construídas a partir deles. Mas não é isso o que se quer aqui ressaltar. Independentemente do mérito da decisão, certamente ela **provoca desordem no direito tributário, e no sistema teórico de explicação do ISS**. A partir dela, a doutrina precisará reorganizar seu pensamento, para dar conta desse novo elemento desordenador, e da nova realidade que se impõe a partir dele. Não só a doutrina: os agentes econômicos e os fiscais tributários, além dos juízes e advogados, precisam reformular suas tomadas de decisão. O direito tributário não está livre da degradação ou da dispersão. Um tributo, concebido coerentemente, começa a receber interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, e alterações legislativas, criando regimes especiais, até ficar irreconhecível e reorganizar-se em novo formato, muitas vezes disforme. Perceber essas mudanças não é, porém, o que se costuma fazer. Ao contrário: sem questionar-se, aqui, seu mérito, é fato que se encontram manifesta-

---

<sup>1299</sup> Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Cf., também, CRISTIANO CARVALHO, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 49.

ções doutrinárias no sentido de que alterações legislativas nada alteram – como no caso da inserção do parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional. Inclusive, manifestações no sentido de que nem mesmo a substituição de uma constituição por outra é capaz de modificar a realidade – como no caso das funções das normas gerais de direito tributário. É até possível antever opiniões no sentido de que a decisão, embora seja norma jurídica, é errada e nada mudou no conceito de serviços ou no âmbito de incidência do ISS. Resiste-se a aceitar que elementos possam desordenar a realidade, e impor, a ela, uma nova reorganização. Mas esses elementos existem, desordenam, forçam reorganizações, a todo momento, no direito tributário e fora dele. Contra todas as evidências, trabalha-se num mundo cuja evolução parou com o surgimento da ciência do direito tributário.

**Aquilo que EDGAR MORIN refere como a “segunda revolução” científica também permanece ignorado no direito tributário brasileiro.** Trata-se da eclosão de disciplinas que surgem com a integração multidisciplinar de conhecimentos: a ecologia, as ciências da Terra, a cosmologia. Surge a ligação, contextualização de saberes, então compartimentados, mediante articulação de disciplinas, então isoladas. As disciplinas decorrentes dessa revolução dedicam-se ao estudo do conjunto formado pelos elementos estudados por ciências isoladas. Interessam-se pelas interações entre esses elementos, e as organizações e reorganizações que daí surgem, incessantemente. Explica MORIN: “...essas ciências rompem o velho dogma reducionista da explicação pelo elementar: elas tratam de sistemas complexos onde as partes e o todo produzem e se organizam entre si e, no caso da Cosmologia, uma complexidade que ultrapassa qualquer sistema”<sup>1300</sup>. Para o senso comum tributarista, porém, qualquer pessoa que pense em uma ciência da tributação, que leve em conta – não misturados, mas de forma integrada – conhecimentos jurídicos, sociológicos, econômicos, políticos, psicológicos, éticos *etc.*, estará operando em grave delírio. *A priori*, já se trata de um erro a ser extirpado.

Admitido esse *a priori*, o especialista corre o risco da hiperespecialização: se o saber disciplinar provou sua fecundidade na história da ciência, mediante a construção de um objeto de estudo, a hiperespecialização decorre da reificação desse objeto. O

---

<sup>1300</sup> **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 26-27.

que é decisão metodológica, torna-se explicação ontológica. E essa nova realidade torna-se isolada, autossuficiente. A fronteira disciplinar impede o conhecimento das relações entre o objeto reificado e seu entorno<sup>1301</sup>. Assim, o hiperespecialista, na contra-mão das pretensões da ciência contemporânea, fecha seu conhecimento naquele minifúndio acadêmico no qual permanece obrigado a trabalhar. Ignora tudo o que, de fora, condiciona seu objeto de estudo, sendo também cego para tudo aquilo que esse objeto devolve para seu entorno. Se, num primeiro momento, sabe cada vez mais sobre cada vez menos, sabe também pouco sobre essa partícula da realidade sobre a qual se volta, à medida que desconhece sua origem e as inter-relações que lhe são constitutivas. Em ensaio ainda inédito, inicialmente destinado a complementar o *Ciência feliz*, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES reflete a respeito das relações entre o conhecimento e a ignorância: quanto mais se sabe, mais se ignora, porque o espectro do desconhecido é ampliado. HILTON JAPIASSÚ, por sua vez, afirma que “...o especialista é alguém que tem lacunas em sua ignorância”<sup>1302</sup>.

Impedido de ver o entorno, o cientista é também incapaz de compreender os efeitos que sua ciência gera no meio que a recebe, e que com ela interage. **A ética dominante na ciência é a de que ciência e ética não dizem respeito uma à outra.** Da premissa correta, segundo a qual é impossível saber-se tudo sobre tudo, e que, portanto, é preciso contentar-se com um saber parcial, retira-se a conclusão: então, quanto mais redutor for um pensamento, mais ele terá a chance de aproximar-se da verdade científica, ainda que seja apenas a verdade sobre um campo parcial. O duplo defeito que enferma essa conclusão está, de um lado, na sua falsidade, e, de outro, na sua inaceitabilidade. É uma conclusão falsa porque, ainda que redutor, o saber não por isso se aproximará mais da verdade, ao negligenciar as emergências que só aparecem no conjunto, e as inter-relações entre os múltiplos aspectos da realidade. É uma conclusão inaceitável porque, de um conhecimento redutor, têm-se seguido ações redutoras, que têm direcionado a técnica científica para construções que ameaçam tanto sujeitos isolados quanto o futuro de toda a humanidade. Sofrem-se as consequências danosas da técnica redutora, inclusive no direito, e particularmente no direito tributário.

<sup>1301</sup> *Ibidem*, p. 106. O mesmo texto, em outra tradução, em *A articulação...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>1302</sup> **O sonho...**, *op. cit.*, p. 53.



**Esse agir leva a uma ética da irresponsabilidade científica.** Ao cientista cumpre descrever seu objeto isolado com rigor, despreocupado com as consequências possíveis a partir dessa empreitada<sup>1303</sup>. Que pode dizer a doutrina tributarista a respeito dos efeitos que suas teorias podem causar no sujeito contribuinte, ou na sociedade economicamente organizada? Nada, se essa sociedade e aquele sujeito estiverem excluídos das preocupações do tributarista. Ser e devir separam-se, razão e vontade cindem-se e opõem-se, ciência e ética vivem num distanciamento originário e constitutivo de ambas, tão pleno quanto irrevogável.

**Pretender um saber complexo é pretender a superação dessa condição científica.** Significa acreditar na possibilidade de um saber, ao mesmo tempo, científico – racional, sujeito à “testabilidade” empírica – mas que não mascare o real, eventualmente irracional. Um saber que não isole segmentos do real de seu entorno. Uma ciência apta a permitir a tentativa de compreender as inter-relações entre os múltiplos, complexos e volúveis entes intramundanos, aí incluído o *Dasein* cientista. Um conhecimento que não impeça a solidariedade entre ciência e ética, e que não oponha, de forma dualista, ciência e arte. Que assuma o risco e o enfrente, sem escamoteá-lo.

## 6.2 Categorias para uma ciência complexa

### 6.2.1 Auto-eco-organização

*“Dizia Heidegger, com razão, que não era necessário ser profeta para reconhecer que as ciências modernas não tardariam a ser pilotadas pela nova ciência de base – a cibernética”<sup>1304</sup>*

Uma ciência complexa deve dirigir-se a uma compreensão cada vez mais adequada da realidade. Para tanto, precisa evitar reduzi-la a esquemas simplificados que, fruto da vontade de racionalização, substituem a realidade a ser conhecida por uma realidade noológica idealizada. Se a realidade é complexa, compreendê-la em sua complexidade demanda superar os limites, abstratamente impostos a ela, pelo pensa-

<sup>1303</sup> Cf. EDGAR MORIN, *O método...*, v. 6, *op. cit.*, p. 73.

<sup>1304</sup> *Ciência...*, 3. ed. *op. cit.*, p. 139.

mento científico compartimentalizador. Superar esses limites, porém, não significa ignorá-los. Compreender as relações entre os objetos de estudo – fazendo, assim, um novo estudo – não é negar as diferenças entre aqueles objetos e, nem mesmo, a eventual utilidade do estudo disciplinar. **Mesmidade e alteridade relacionam-se, na ciência complexa, sem se confundirem.** Porém, os diferentes, separados, comunicam-se, e compreender essa comunicação é tarefa para uma ciência complexa<sup>1305</sup>. O pensamento complexo envolve a compreensão das inter-relações entre aquilo que foi cindido pelo pensamento redutor. Nesta tese, o método redutor de complexidades é tido como algo a ser superado por um pensamento que assuma, enfrente e tente compreender as complexidades. O pensamento idealizador e racionalizador, por outro lado, precisa ser abandonado.

Que o cientista se convença da necessidade e da oportunidade de um saber complexo: trata-se do primeiro passo. Já difícil, mas ainda menos difícil do que indicar os modos de se construir, adequadamente, um pensamento complexo<sup>1306</sup>. Nesse campo, tudo ainda está por ser construído. Tudo, por isso, é tão difícil quanto instigante e desafiador. **Não há um modo claro e definido de se pensar em complexidade.** Porém, há certas categorias que se pretendem adequadas, em face da complexidade do real, e que permitem pensar diferentemente do pré-estabelecido. Essas categorias precisam ter sua aplicabilidade e sua fecundidade testadas, sempre e cada vez mais, e estão sempre abertas à possibilidade de superação, de adaptação ou de abandono. Para tanto, é preciso bem compreendê-las.

Uma categoria fundamental do pensamento complexo é a organização a partir de interações. De algo que se organiza, em função de suas próprias individualidades, pode-se dizer ser auto-organizado. Por outro lado, aquilo que se organiza a partir do exterior, de seu entorno, pode ser chamado “eco-organizado”. A auto-eco-organização é a compreensão da possibilidade de que ambos, tanto os condicionamentos internos quanto os externos, contribuam, com maior ou menor intensidade, para a organização. Nesse sentido, **um ente auto-eco-organizado é aquele que se organiza a partir de interações internas e externas.** É uma organização autônoma e heterônoma, porque

<sup>1305</sup> Cf. HILTON JAPIASSÚ, *O sonho...*, *op. cit.*, p. 13; EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>1306</sup> Cf. EDGAR MORIN, Introdução às jornadas temáticas, *in A religião...*, *op. cit.*, p. 21.

busca, tanto nela própria, quanto no exterior, as informações ou os elementos organizadores<sup>1307</sup>. Assim como, antes da ecologia, estudava-se a vida somente nos âmbitos da espécie, voltando-se à reprodução; e do indivíduo, com atenção ao organismo; também no direito tributário estuda-se o ordenamento, isto é, a reprodução de normas, e a própria norma, um organismo formado de partes constituintes. Cumpre, seguindo adiante, na evolução do direito tributário, estudar as relações entre o direito e o ambiente que o condiciona, e ao qual o direito devolve condicionamentos.

Um fenômeno que se auto-organiza, a partir de informações que recebe do exterior, tem, nesse exterior, um de seus dados constitutivos. À medida que contribui para a constituição e determinação de sua auto-organização, o ambiente precisa ser compreendido, para que se entenda adequadamente o fenômeno auto-organizado. A reorganização do objeto, a partir da recepção da informação externa, altera obrigatoriamente o objeto, que passa a ser outro, porque antes não contava com aquela informação – e, esta, também se altera, ao receber os condicionamentos do todo auto-organizado com o qual se comunica. Tornou-se lugar-comum referir o direito positivo como um sistema autopoietico, a partir da obra de GUNTHER TEUBNER<sup>1308</sup>. O direito seria um sistema que regularia sua própria forma de desenvolvimento, selecionando o que nele entra, e como e em que condições entra, e o que dele sai, e como sai. Essa concepção parece corroborada. Ela implica a consideração do sistema jurídico como aberto, semântica e pragmaticamente, à informação exterior, e dela dependente. **Sua autonomia é inseparável de sua dependência**, e daí a concepção complexa de um todo que, ao mesmo tempo em que deve ser auto-organizado, no plano sintático, também é eco-organizado, nos planos semântico e pragmático: a auto-eco-organização. PAULO DE BARROS CARVALHO, por isso, ensina que o sistema jurídico é fechado no plano sintático, mas aberto nos planos semântico e pragmático<sup>1309</sup>. Sendo assim, ocultar essas relações é inviável enquanto método adequado para a boa compreensão do objeto.

**Pode-se pensar em exemplos recentes**, no direito tributário e fora dele. O Conselho Nacional de Justiça foi introduzido no ordenamento jurídico a partir de im-

<sup>1307</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 95; **Para...**, *op. cit.*, p. 158.

<sup>1308</sup> Chamada, precisamente, *O direito como sistema autopoietico*, na tradução portuguesa.

<sup>1309</sup> Cf. **Direito tributário: fundamentos...**, *op. cit.*, p. 121.

portante conjuntura política, que se tornou favorável à sua criação. Foi pensado, construído e entregue, em projeto, ao poder legislativo, que, assumindo as funções de poder constituinte derivado, constitucionalizou o órgão – que tem, aqui e ali, questionada a constitucionalidade de suas competências e de seus atos. A lei dos políticos “ficha-limpa” foi introduzida no ordenamento a partir de importante conjuntura social, que permitiu uma auto-organização da sociedade civil, na criação de um projeto de lei de iniciativa popular, que foi, então, acatada pelo poder legislativo; e embora já tenha tido sua constitucionalidade questionada, a lei tem sido prestigiada pelo poder judiciário. A incidência do ICMS nas importações de qualquer bem ou mercadoria foi introduzida, no ordenamento, a partir de relevantes argumentos de ordem econômica, que consideraram sua ausência como um desvio na formação dos preços, uma vez que todo bem comprado no interior do país sofre sua incidência, o que justificaria que todo bem comprado do exterior também a sofresse, para não concorrer com vantagens econômicas. Inserido no sistema há quase uma década, boa parte dos estudiosos ainda questionam sua constitucionalidade. Mesmo a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública: ela foi inserida na Constituição depois da declaração de inconstitucionalidade das muitas taxas de iluminação pública, em emenda também acusada de inadequação constitucional<sup>1310</sup>. A reorganização do direito deu-se, nesses casos, por motivos propriamente jurídicos, além de políticos. Tem-se, aqui, eco-organização, que pode ser vista, também, como auto-organização: o CNJ foi incluído, na Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, e o ICMS, sobre as importações em geral, pela Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001; e é a própria Constituição que prevê a criação de emendas, em seu artigo 60. O “ficha-limpa” foi incluído no sistema pela Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, e o próprio sistema prescreve, no artigo 69 da Constituição, a aprovação de leis complementares, e, no artigo 14, § 9.º, a competência da lei complementar para tratar de inelegibilidade.

Mesmo sem alteração de texto, **o direito positivo é sempre reorganizado a partir de seu entorno e, simultaneamente, devolve ao seu entorno estímulos reor-**

---

<sup>1310</sup> Cf. ANDRÉ FOLLONI, *Tributação...*, *op. cit.*, p. 133-137; Natureza jurídica da “contribuição” sobre iluminação pública, *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 14, *passim*.

**ganizacionais.** Não há como compreender, por exemplo, as normas dos arts. 233 e 234 do Código Penal sem se saber o que é, para uma determinada parcela da sociedade, “obsceno”; sem aceitar que essa concepção é um vir-a-ser em constante alteração, e que tais mudanças, muitas vezes, independem de modificações na redação dos textos legais<sup>1311</sup>. E tal resposta nem sempre poderá ser satisfatoriamente encontrada unicamente nos textos legais. É sempre possível que haja necessidade de transcendê-lo. Limitar *a priori* a compreensão aos textos legais é impor uma simplificação que corre o risco de impedir um entendimento adequado. Contrastar o texto referido, do Código Penal, à Constituição de 1988, será pouco para entender porque determinadas condutas poderiam ser consideradas obscenas, na década de 1940, hoje já não mais, o mesmo podendo valer de 1988 para cá, passadas mais de duas décadas. Só um pensamento simplificador, idealizador, racionalizador – e, até mesmo, arrogantemente autossuficiente – pode pretender que sempre, em qualquer caso, e *a priori* de toda experiência em sentido contrário, a leitura exclusiva do conjunto de textos jurídico-prescritivos bastará para a correta compreensão da norma jurídica. Descabe inadmitir que as normas postas podem, em certos casos, mais ou menos numerosos, ser insuficientes para a boa compreensão. O pensamento complexo impõe essa admissão. Não basta contextualizar o texto normativo no conjunto de textos, mas **é preciso contextualizar os textos no conjunto social dos quais é elemento constitutivo**. Surge a ideia de níveis de complexidade: analisar a norma dentro do ordenamento é galgar um nível de complexidade, mas transcender o ordenamento é complexificar ainda mais a análise. Mesmo porque esse conjunto social, a todo momento, retroage sobre os textos, que retroagem sobre a sociedade, num devir ininterrupto. Daí a necessária relatividade dos conceitos de sistema, subsistema e elemento: a norma é concebida como um elemento no ordenamento, visto como sistema; mas, ela própria pode ser entendida como um sistema, formado por seus elementos; e, embora o direito positivo possa ser visto como um sistema, é também elemento num sistema social maior.

---

<sup>1311</sup> ***Ato obsceno***

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

***Escrito ou objeto obsceno***

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

O direito organiza-se, duplamente, a partir de seu *genos*, isto é, da memória informacional nele inscrita, que governa sua reprodução, e de seu *fenon*, isto é, das informações que colhe do seu meio-ambiente. *Genos* é o que autodetermina a criação e aplicação do direito, a partir do direito positivo, e, circularmente, visto como algo sempre interior; *fenon* é o que eco-determina a transformação dessa criação e aplicação, interagindo com os códigos e programas vindos do ordenamento. Ambos não apenas são inseparáveis, mas **co-implicam-se, muitas vezes em antagonismo, no devir da auto-eco-organização**<sup>1312</sup>. A redução do direito apenas às normas postas permite ver, apenas, uma auto-organização. Porém, não só suas determinações internas, decorrentes de sua autonomia, devem ser levadas em consideração, pelo estudioso que pretende, adequadamente, compreendê-lo. Também é necessário compreender as determinações externas que recebe e devolve ao seu entorno, e o permanente risco de desorganização e reorganização que isso implica. Diz MORIN: “*O ecossistema produz complexidade organizada, que alimenta as auto-organizações, as quais produzem complexidade organizada, que nutre os ecossistemas*”, de modo que “*O desenvolvimento da complexidade eco-organizacional e o da complexidade auto-organizacional são inseparáveis*”<sup>1313</sup>. O caráter constante da possibilidade de auto-eco-organização, sempre renovadora, justifica a inserção da partícula “-re” na expressão: auto-eco-reorganização.

As noções de “auto” e “eco” podem parecer contraditórias: isso, porém, não impede que sejam pensadas. **Uma ciência complexa precisa trabalhar com eventuais contradições e paradoxos.** A identidade do direito distingue-o de seu meio, mas mantém sua interação organizacional com esse meio. Descabe atribuir maior importância e limitar o estudo ao ambiente ou ao interior do sistema – que é formado por partes, mas que é parte no interior de um sistema maior. Qualquer posicionamento, nesse sentido, é simplificador, e deixa incompreendido o aspecto complementar. Pretender compreender o direito em suas relações internas, aliadas àquilo que, do exterior, o determina, é caminhar no sentido da complexidade.

---

<sup>1312</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método...**, v. 2, *op. cit.*, p. 145.

<sup>1313</sup> *Ibidem*, p. 83.

**A ideia de auto-eco-organização leva à noção de “emergência”.** Emergências são qualidades novas que determinado objeto adquire, a partir de sua inserção em uma organização maior. Assim, as características do todo complexo, quando comparadas às de seus elementos isolados, são novas, emergentes de tal complexidade<sup>1314</sup>. EDGAR MORIN fornece o seguinte conceito: “*Pode-se chamar de emergências as qualidades ou propriedades de um sistema que apresentam um caráter de novidade com relação às qualidades ou propriedades de componentes considerados isolados ou dispostos diferentemente em um outro tipo de sistema*”<sup>1315</sup>. Essas emergências, lembra ainda o autor, podem aparecer, inclusive, no âmbito de uma parte, que passa a ostentar qualidades que não teria se não fizesse parte de um todo razoavelmente organizado. Ocorre, além disso, que essas emergências, que só são produzidas em virtude da inserção da parte no todo, venham a retroagir sobre o próprio todo, determinando-lhe uma nova direção ou um novo sentido. Estando sempre sujeito a novas formas de reorganização, não se pode conceber o direito senão no tempo, como um constante vir-a-ser, em que cada instante antecede uma nova reorganização, e sucede a um direito que já não mais é. Assim, é preciso compreender cada elemento do sistema normativo como algo cujas características e condicionamentos dependem, precisamente, dessa sua inserção no sistema, enquanto elemento. A procedência da interpretação sistemática do direito só é admissível tendo por base esse pressuposto. Ao mesmo tempo, porém, é preciso compreender o próprio direito positivo, e cada um de seus elementos, como uma parte num todo maior – e que, portanto, pode adquirir características novas enquanto parte desse todo, qualidades que emergem dessa inserção, e estão, a todo momento, sujeitas a alterações, à medida que o próprio todo o está.

---

<sup>1314</sup> Cf. LUDWIG VON BERTALANFFY, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 83.

<sup>1315</sup> **O método...**, v. 1, *op. cit.*, p. 137

## 6.2.2 Recursividade, dialogia e princípio hologramático

“Nada fácil o caminho”<sup>1316</sup>

Ligada à auto-eco-organização, **a recursividade é uma categoria fundamental para o pensamento complexo**. Uma relação de causa e efeito é uma relação que pode ser classificada como “linear”: o fato gerador “causa” a obrigação tributária; o lançamento “causa” o crédito tributário. Uma relação recursiva é melhor pensada como circular: a alteração na conjuntura econômica “causa” uma modificação no sistema jurídico-normativo que, por sua vez, devolve efeitos para a conjuntura econômica. Ou: a instituição de um novo tributo causa alterações na conjuntura econômica, o que serve de motivo para novas mudanças no direito positivo, e assim sucessivamente. A recursividade é um processo em que efeitos ou produtos são, simultaneamente, produtores e causas, de modo que os estados finais sejam co-geradores dos estados iniciais<sup>1317</sup>. Ver o direito como auto-eco-re-organizado não pode implicar uma simplificação, e esquecer que o próprio direito é elemento num todo social, e que determina esse todo ao mesmo tempo em que é determinado por ele, em circuito recursivo. Se o direito, por exemplo, vier a decidir pela inconstitucionalidade do CNJ, do ICMS-importação e da lei dos “ficha-limpa”, retroagirá sobre a política, a economia e a sociedade. E se não a reconhecer, também retroagirá, devolvendo uma informação, ainda que diferente, e alterando seu entorno, da mesma forma que seu ambiente o modifica.

Já se sabe que, no âmbito interno ao ordenamento jurídico, o sistema depende das normas que dependem do sistema. A norma, unidade que forma o sistema, não é ela própria uma unidade, na medida em que é determinada pelo sistema. Sabe-se que é impossível separar a norma do sistema para fins de estudo. Sabe-se que a norma não é um sistema de hipótese-consequente autossuficiente. Porém, um pensamento redutor pretende que o ordenamento apresente essa autossuficiência. Ele poderia ser compreendido a partir de si mesmo, dentro de si mesmo; aliás, não apenas poderia: deve ser compreendido dentro de seus próprios limites, por imposição epistemológica. Toda consideração de seu entorno inviabilizaria, *a priori*, seu entendimento adequado. Po-

<sup>1316</sup> O contraditório..., *op. cit.*, p. 14.

<sup>1317</sup> Cf. EDGAR MORIN, O método..., v. 3, *op. cit.*, p. 113



rém, a necessidade, contemporaneamente admitida, de pensamento sistemático, não pode separar o direito do sistema que o contém, sob pena de negar-se. O direito tributário faz parte de um ordenamento jurídico, que é elemento no sistema socioeconômico; e é constituído por tributos, que podem ser vistos como microssistemas, e mesmo normas, que também são, por sua vez, sistemas ainda menores. **E tudo isso está interligado indissociavelmente, e relacionado de forma recursiva:** uma boa compreensão de cada um desses elementos deve pressupor o todo, e não negá-lo, como é preconizado pela epistemologia tradicional. Nesse sentido, é um acerto negar a possibilidade de compreensão de uma norma isolada, numa espécie de pensamento sistemático intranormativo, mas um erro pregar a necessidade de compreensão do direito enquanto ordenamento jurídico isolado, impedindo um pensamento sistemático extranormativo. Proceder corretamente ao caminhar em direção a um pensamento sistemático intranormativo; contudo, cai em equívoco ao impedir um pensamento sistemático extranormativo. A lição de EDGAR MORIN é importante:

...o sistema tomou o lugar do objeto simples e substancial e ele é rebelde à redução em seus elementos; o encadeamento de sistemas de sistemas rompe com a idéia de objeto fechado e auto-suficiente. Sempre se trataram os sistemas como objetos; trata-se de agora em diante de conceber os objetos como sistemas<sup>1318</sup>.

Não só o ordenamento jurídico é um sistema: ele também é parte de um sistema maior. Da mesma forma que, por ser parte de um sistema, uma norma não pode ser compreendida isoladamente, também o ordenamento, por ser parte de um sistema, não pode ser bem entendido se dele isolado, porque se relaciona recursivamente com esse sistema. O erro metodológico básico é este: construir um direito tributário solitário, inexistente no plano concreto. Assim como os efeitos produzidos num país podem espalhar-se para outros – o que inviabiliza, eticamente, um nacionalismo ferrenho, que feche o país em si próprio – também os efeitos produzidos no direito tributário podem se espalhar pelo seu ambiente, o que reprova, eticamente, um direito tributário auto-centrado e fechado em relação a seu entorno<sup>1319</sup>.

---

<sup>1318</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>1319</sup> Sobre a impossibilidade ética do nacionalismo exacerbado e suas relações com o fenômeno tributário, cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 527.

Uma evolução importante que o pensamento complexo pode proporcionar ao direito tributário é a superação da concepção segundo a qual a ciência do direito é uma metalinguagem descritiva ou explicativa do direito positivo. Ela é muito mais que isso. Superando a concepção de níveis de linguagem intocáveis um pelo outro, **as relações entre o direito positivo e a ciência do direito devem ser vistas como recursivas**: do direito positivo à ciência que o descreve, e que, a ele, devolve significações, que são determinantes da própria ciência, e assim por diante. Na crise de paradigmas em que vive a ciência do direito tributário contemporânea, encontram-se, com notável frequência, referências à descritividade da ciência, aliadas à defesa da construtividade livre e ilimitada de significações normativas pelo intérprete. Ao mesmo tempo em que seria descritivo, o trabalho científico, no direito, poderia levar à existência de um sistema para cada intérprete. A noção de recursividade pode permitir uma melhor compreensão das relações entre direito positivo e ciência do direito, para além da noção simplificada de níveis de linguagem intocados e intocáveis. É falso dizer que a ciência do direito sempre apenas descreve uma realidade já dada em toda sua completude ontológica. Em KANT, o conhecimento já era sintético entre os fenômenos e as categorias do intelecto. Biologicamente, sabe-se que o conhecimento é uma tradução cerebral de impulsos elétricos provocados por percepções sensoriais<sup>1320</sup>. O conceito e os limites das “normas interpretativas” são construções doutrinárias, não constantes do direito positivo, que determinaram o julgamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos arts. 3.º e 4.º da Lei Complementar n. 118, de 19 de fevereiro de 2005<sup>1321</sup>. Essa doutrina não “descreveu”, mas “construiu” um conceito jurídico. Mais do que mera descrição, a doutrina cria fórmulas persuasivas, influenciando o comportamento de quem as recebe. Por isso, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR destaca a função

<sup>1320</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método...**, v. 5, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1321</sup> V., por exemplo, a decisão no AgRg no AgRg no REsp 1131797 / SP, publicada em 1.º de julho de 2010. Os preceitos citados são os seguintes:

*Art. 3.º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1.º do art. 150 da referida Lei. Art. 4.º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3.º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.*

Código Tributário Nacional:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;...*

“conformadora” da ciência jurídica, que contribui para a determinação do sentido da ordem normativa, e sua função de doutrinar, deontológica, de dizer o que deve ser feito, e de que forma. Atribuir, à ciência do direito, atividade meramente descritiva, é simplificar a realidade, eliminando sua atividade pragmaticamente construtiva, conformadora, diretiva, que retroage sobre a sociedade e o próprio direito positivo, de forma desejável ou não. Serve, na lição do mesmo autor, como um “desencargo” para o jurista, pois lhe concede a conveniência de não precisar enfrentar a realidade complexa em seus múltiplos aspectos, isolando um – o que permite ao cientista, inclusive, ignorar os efeitos que seu discurso gera em retroação sobre o próprio direito e o meio social onde se insere, eliminando sua responsabilidade social. Enquanto mero descritor do pré-existente, o jurista devolve a responsabilidade ao agente competente para criar e aplicar a norma, em uma atitude classificada, por TERCIO, como “conservadora”<sup>1322</sup>.

Não obstante, também é falso dizer que o cientista do direito é livre para construir o conteúdo que quiser para o direito positivo, até o limite de um sistema para cada intérprete. Fosse assim, não seria possível a outro, além do autor, ler esta tese. **Nenhuma comunicação humana seria viável.** Desde WITTGENSTEIN sabe-se que uma pessoa solitária não pode seguir uma regra. SOUTO demonstrou como há sentidos prévios à atividade de interpretação, e como esses sentidos condicionam o interpretar<sup>1323</sup>. HEIDEGGER ensinou como o ser humano é um ser no mundo, condicionado pela linguagem, que é comum, e não pessoal. Atribuir toda a significação da norma ao intérprete isolado depende de um solipsismo metódico, hoje, superado. Há verdade no dizer-se que há sentidos prévios à interpretação, assim como há verdade em afirmar-se que a interpretação é uma atividade construtiva. Essas noções estão dialogicamente ligadas, em um circuito recursivo, que se manifesta entre a linguagem do direito positivo e a linguagem da doutrina.

Há exemplos empíricos dessa recursividade entre o direito positivo e a ciência do direito. A lista anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, que regia o Imposto sobre Serviços, foi considerada taxativa pelo Pleno do Supremo Tribunal

---

<sup>1322</sup> Cf. **Introdução...**, *op. cit.*, p. 82-87; **Função...**, *op. cit.*, p. 124-140.

<sup>1323</sup> Cf. **Curso...**, *op. cit.*, p. 1-21.

Federal, no julgamento do Recurso Especial n. 116.121. Esse decreto-lei está parcialmente revogado pela Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, mas a jurisprudência mantém-se, no particular. Encontra-se o entendimento pela taxatividade num dos expoentes da doutrina tributarista: RICARDO LOBO TORRES. Interpretação contrária é encontrável em outros pesos-pesados da doutrina, como SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO. Ainda que ambos pudessem ter tido intenção meramente descritiva, fato é que **a decisão do Supremo Tribunal Federal encontrou fundamento expreso na doutrina** do primeiro autor<sup>1324</sup>. A partir daquela decisão, a opção pela taxatividade passou a ser a interpretação oficial para o dispositivo constitucional que prevê a definição dos serviços tributáveis pelos municípios, em lei complementar. A ciência do direito foi um elemento fundamental na reorganização semântico-pragmática do direito positivo, a partir da intervenção jurisprudencial. A proposição doutrinária, que é erigida a partir do direito positivo, retroagiu sobre ele, dando-lhe novo sentido, antes inexistente: a certeza, no plano normativo, da taxatividade da lista – concorde-se ou não com essa interpretação. O conceito “taxatividade” passa a ser constitutivo do fenômeno “taxatividade da lista do ISS”, que não existiria enquanto tal, se não fosse a descrição científica, e que, após essa descrição, passa a obrigar, permitir e proibir – atuar sobre a conduta – de forma diferente do que antes dela. JOHN SEARLE observa que, “...*para um vasto número de fenômenos sociais e psicológicos, o conceito que nomeia o fenômeno é também constitutivo do fenômeno*” [sic]<sup>1325</sup>. Mas não é somente pela via do poder judiciário, ou de qualquer órgão competente, que a recursividade entre ciência do direito e direito positivo se manifesta. Qualquer pessoa que molde sua conduta de acordo com um significado de construção doutrinária estará, ao mesmo tempo, levando em conta, na orientação de sua conduta, tanto o direito positivo, quanto a doutrina. Pense-se, por exemplo, num parecer de advogado, que, explicando o direito, determina os rumos adotados por um cliente, que antes trabalhava de outra forma, por orientação de outro advogado, que via o problema de maneira diversa. É o direito legislado funcionando, sozinho, sem linguagem competente, e tendo seu

<sup>1324</sup> Cf. RICARDO LOBO TORRES, **Curso de direito financeiro e tributário**, p. 397-398; SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 434; Supremo Tribunal Federal, acórdão no RE 116.121/SP, Relator para o acórdão Ministro MARCO AURÉLIO DE MELO, publicado no Diário da Justiça da União, em 25 de maio de 2001 – disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>1325</sup> **Mente, cérebro e ciência**, p. 95 – originalmente, publicada como *Minds, brains and science*, em 1984.

conteúdo semântico e sua influência pragmática de condutas sendo alterada, sem autoridade competente. Como se nota, direito positivo e ciência do direito são realidades ligadas em circuito recursivo: muitas vezes, o direito positivo condiciona a ciência do direito que o condiciona; o direito positivo limita a ciência do direito que o limita; o direito positivo depende da ciência do direito, que dele depende.

Fica claro, também, que **a recursividade não é só entre ciência do direito e direito positivo**. O fluxo recursivo engloba, de maneira complexa, a jurisprudência, a política, a economia, o jogo de influências, a posição social ou acadêmica do cientista *etc.* A definição pela taxatividade da lista devolve, aos contribuintes, uma relativa segurança a respeito da tributabilidade de suas atividades, reorganizando a economia, ao mesmo tempo que entrega, aos municípios, a consciência da possibilidade de limitação de sua competência tributária pelo Poder Legislativo da União. Age no mesmo legislativo, que passa a precisar alterar a lista, sempre que entender pela necessidade ou pela conveniência de tributar uma nova atividade pela via do ISS. Retroage sobre os advogados, que passam a dar consultas diferentes do que o faziam antes da nova definição do direito positivo, dada pela jurisprudência, com fundamento doutrinário. Concede ao cientista uma nova condição acadêmica e profissional. E assim por diante.

Diante da complexidade do real, **é importante procurar compreendê-la e trabalhar com ela**. Descabe permanecer a ocultá-la pela redução da ciência do direito a um saber meramente descritivo que não retroagiria sobre seu objeto de estudo. O objeto de estudo da ciência do direito pode ser, também, um objeto de manipulação por essa mesma ciência – como ocorre na ciência contemporânea, aliada à técnica: o objeto de estudo da botânica e da genética podem ser objeto de manipulação pelos botânicos e pelos geneticistas. Um pensamento complexo tem a pretensão de compreender essas inter-relações recursivas e retroativas. É uma cognição que se pretende “ecologizante”. Torna-se fundamental perceber que a complexidade, se está na realidade, precisa estar também no conhecimento que a ela se volta. A realidade é compreendida, doravante, como um todo, em circuito recursivo, feito de ordem e de desordem, a gerar contínua organização, desorganização e reorganização, de modo que o aparato conceitual necessário para trabalhar com essa realidade precisa ser aprimorado. As categorias lógicas do conhecimento simplificado não permitem compreender essa realidade com-

plexa. A causa gera o efeito, mas o efeito retroage sobre o experimento causador e o altera. Ora, então o efeito não é só “efeito”, e denominá-lo meramente “efeito” pode esconder suas retroações sobre as causas. Linguagem-objeto e metalinguagem é outro exemplo de categorias que, posto tenham relevância e utilidade, por um lado, por outro, impedem que se compreenda como a metalinguagem retroage sobre a linguagem objeto, constituindo novos significados a cada momento. Tratam-se como antagônicas as características de descritividade e prescritividade: ou a linguagem é descritiva, ou é prescritiva. Se o direito positivo prescreve, não descreve; se a ciência descreve, não prescreve. A relação dialógica entre prescritividade e descritividade, existente no discurso jurídico-científico, fica ocultada nessa compreensão parcializante.

Em uma realidade complexa, como a ciência do direito, é admissível a possibilidade de encontrar características simultaneamente presentes, eventualmente complementares, mas que também sejam, de forma paradoxal, contraditórias, concorrentes, antagônicas. Exemplo: descritividade e prescritividade. EDGAR MORIN chama “dialógica” uma situação como essa. O autor define assim a dialógica: “*Unidade complexa entre duas lógicas, entidades ou instâncias complementares, concorrentes e antagônicas que se alimentam uma da outra, se completam, mas também se opõem e combatem*” [sic]<sup>1326</sup>. Assim, **um mesmo fenômeno complexo pode ser constituído por entidades que são antagônicas e complementares**. Então, MORIN denomina dialogia a possibilidade de trabalhar, simultaneamente, com duas noções, que, embora antagônicas ao pensamento lógico, são complementares, na realidade a ser conhecida, e, portanto, não podem ser cindidas na cognição. Entre noções dessa espécie, o epistemólogo enxerga uma relação que chama “dialógica”<sup>1327</sup>.

Em nome da lógica da descrição, um pensamento simplificador tenderia a eliminar, ou ter como hipostênico, um desses elementos antagônicos, concedendo primazia ou exclusividade ontológica – ou, pelo menos, no plano cognitivo – ao aspecto contrário. Uma realidade formada, ao mesmo tempo, por ordem e desordem, em constante interação, produzindo novas formas de organização, logo em seguida, mais uma vez, reorganizadas, seria descrita ou como ordem ou como desordem. Pensada essa

<sup>1326</sup> O método..., v. 5, op. cit., p. 300.

<sup>1327</sup> Cf. A cabeça..., op. cit., p. 95-96.

realidade sob influência do princípio lógico da não contradição, ela jamais poderá ser ordem e desordem concomitantemente. **A tautocronia de aspectos contraditórios, eventualmente presente na realidade, fica eliminada no plano descritivo.** A compreensão, nesse caso, perde contato com a realidade a compreender, tornando-se deficitária.

**A dialogia pode ser um importante instrumento, na superação dos dualismos reducionistas, que enfermam o conhecimento.** No lançamento tributário, há dialogia entre constitutividade e declaratividade: noções antagônicas que existem, simultaneamente, em uma mesma realidade empírica. Na ciência do direito, há dialogia entre razão e vontade: noções antagônicas que se manifestam, concomitantemente, na mesma atividade do espírito. O ordenamento é dependente do meio em que se insere ou é autônomo? Tanto um, quanto outro: ao mesmo tempo em que tem autonomia perante o seu entorno, o direito tributário também dele depende. Autonomia e dependência são noções antagônicas, no plano lógico, mas são qualidades que podem existir, e simultaneamente, em uma determinada realidade<sup>1328</sup>.

Isso porque **a realidade social, como um todo, está no ordenamento e na norma, que retroagem sobre o todo.** No direito tributário, tradicionalmente, reconhece-se que o todo do ordenamento-sistema está na norma, pois a norma só é enquanto inserida e condicionada por esse todo. Ao mesmo tempo, a norma, recursivamente, devolve ao ordenamento informação nova, dando-lhe nova condição. O todo está na parte que está no todo. É o que ALFREDO AUGUSTO BECKER, a partir de EZIO VANONI e LUIGI BERLIRI, chamou “cânone da unidade do ordenamento”. O todo está na norma que retroage sobre o todo, como sustenta BECKER: “*A regra jurídica embute-se no sistema jurídico e tal inserção não é sem conseqüências para o conteúdo da regra jurídica, nem sem conseqüências para o sistema jurídico*” [sic]<sup>1329</sup>. Tem razão BECKER. Porém, esse “todo” não se reduz ao ordenamento positivado. O próprio sistema de direito positivo é uma parte, que está num todo maior, que está nele. Cada norma carrega a força de todo o ordenamento, mas também suporta o peso de todo o sistema social, no qual se inserem ambos: o ordenamento e a norma. O ordenamento

---

<sup>1328</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 288, 325.

<sup>1329</sup> *Teoria...*, *op. cit.*, p. 116.

tem, sobre seus ombros, toda a complexidade da sociedade da qual faz parte, assim como esse complexo social é influenciado e condicionado pelo ordenamento, esse seu elemento constitutivo. Essa relação de interpresença entre parte e todo é denominada, por EDGAR MORIN “princípio hologramático”, e complementa a noção de recursividade. É uma relevante categoria do pensamento antirreducionista, que se soma à auto-eco-organização, à recursividade e à dialógica.

### 6.2.3 Individualidade e diversidade

*“Na oficina do pensamento, não há lugar para acomodações bem comportadas”<sup>1330</sup>*

**A ciência trabalha com a construção de conceitos:** ser humano, célula, átomo, órgão, organismo, moeda, norma, solidariedade. Um conceito é formado pela generalização de traços comuns a determinados entes. O conceito não reflete todas as características do ente que representa: abrange apenas aquelas eleitas como relevantes pelo construtor do conceito. Por isso, o conceito seleciona propriedades e reduz complexidades<sup>1331</sup>. Sendo assim, os conceitos têm uma função “econômica”: usa-se o conceito em lugar de referir todos os entes reais que nele cabem<sup>1332</sup>.

Ao trabalhar com conceitos, **a ciência trata do geral, e exclui, por impertinente, o individual.** Volta-se para o comum, afastando o diferente. O pensamento científico tradicional, com isso, acaba sendo o pensamento do geral e do comum, que descarta tanto individualidade quanto diversidade. Porém, a realidade que a ciência pretende compreender e descrever, e na qual pretende intervir e exercer controle, incorpora entes individuais e diferentes, que ficam desconhecidos em um trabalho exclusivamente generalizante. A eventual necessidade de conhecer esse individual e diferente gera uma tensão no pensamento científico analítico: ele tipifica em modelos gerais, mas, eventualmente, precisa registrar existências individuais<sup>1333</sup>. A construção de

<sup>1330</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 17.

<sup>1331</sup> Cf. LOURIVAL VILANOVA, *Sobre...*, *op. cit.*, p. 4; PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 132; ALAÔR CAFFÉ ALVES, **Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico**, p. 45.

<sup>1332</sup> Cf. NICOLA ABBAGNANO, **Dicionário...**, *op. cit.*, p. 198.

<sup>1333</sup> Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, **Função...**, *op. cit.*, p. 137.



um sistema racional e ideal, que reduza toda a realidade complexa a um esquema sempre a ela aplicável, abre-se à frustração, pela confrontação com o diferente e o individual. O tratamento exclusivo do geral e do idêntico impede, ao invés de viabilizar, o conhecimento do objeto em sua individualidade e diferença.

**O retorno da ideia de individualidade e de diversidade põem dúvida e suspeita no pensamento simplificador.** Por exemplo: a teoria do direito tributário costuma registrar três formas de quantificação do valor a ser pago a título de tributo: ou o tributo é fixo, ou tem a base de cálculo e alíquotas *ad valorem*, ou é calculado pela multiplicação da base de cálculo a alíquotas *ad rem*. Porém, frustra-se esse esquema simplificado, nos casos em que a realidade complexa for constituída por outras formas de quantificação do tributo – que não serão inválidas simplesmente porque contrariariam uma teoria geral. Esse eventual acontecimento empírico forçaria alterações na teoria – que, do contrário, tornar-se-ia falsa, na sua pretensão de explicação correta da realidade. O direito tributário positivo brasileiro, a partir da edição da Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003, e do Decreto n. 6.957, de 9 de setembro de 2009, passou a ser integrado por um acontecimento novo: o Fator Acidentário de Prevenção, conhecido pela sigla FAP, elemento integrante da forma de cálculo da contribuição prevista no artigo 22, II, da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. O FAP não é uma aberração inimaginável, no que diz respeito ao seu conteúdo material de quantificação do tributo. Ao contrário: realiza o princípio da pessoalidade. Mas ele é posto, no ordenamento, como um terceiro elemento, ao lado da alíquota e da base de cálculo, determinadas em lei, que concorrem para o cálculo do tributo devido. Desde então, a contribuição referida passou a ser calculada de um modo diferente, fora do padrão clássico da teoria do direito tributário. É um modo de complexidade incrementada, porque adiciona, em sua formulação jurídico-positiva, um novo elemento ao clássico binômio alíquota-base de cálculo. Como se vê, o direito tributário também está ligado “...a processos sempre novos de transformação e de aumento da complexidade”, adaptando-se o que diz PRIGOGINE da vida, da sociedade e do universo<sup>1334</sup>. Esses processos devem ser enfrentados pela ciência, e não escamoteados. Como o valor específico do tributo, para cada empresa, é definido por resoluções do Conselho Nacional de Previdência Social –

---

<sup>1334</sup> **O nascimento...**, *op. cit.*, p. 75.

CNPS, e não por lei, questiona-se a constitucionalidade do FAP, por desrespeito à legalidade tributária dos artigos 150, I, da Constituição, e 97, II, do Código Tributário Nacional. Ambos os dispositivos prescrevem que o aumento de tributo deve vir estabelecido em lei. Porém, no caso dessa contribuição voltada ao custeio de gastos previdenciários com acidentes de trabalho, sustenta-se que o aumento para cada empresa está estabelecido não em lei, mas nas resoluções do CNPS<sup>1335</sup>. Contra esse argumento, o Tribunal Regional Federal da 3.º Região decidiu pela ausência de verossimilhança das alegações de ferimento à legalidade, indeferindo pedido de antecipação da tutela, nos seguintes termos:

No que diz respeito à instituição de tributos, o legislador esgota sua função constitucional ao descrever o fato gerador, estabelecendo a alíquota, a base de cálculo e o responsável pelo recolhimento. A Lei criou o tributo e descrevendo-o pormenorizadamente, com todos os seus elementos: hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota. Também restaram atendidas as exigências previstas no art. 97 do Código Tributário Nacional, inclusive no que toca à definição do fato gerador. A regra matriz de incidência contém todos os elementos necessários à configuração da obrigação tributária, vez que define sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas, em consonância com os princípios da tipicidade tributária e da segurança jurídica<sup>1336</sup>.

Repare-se na petição de princípio: o julgado aceita como comprovado que basta estarem hipótese de incidência, sujeição passiva e ativa, base de cálculo e alíquota definidas em lei, para que a legalidade tributária tenha sido respeitada. Porém, a constituição e o código tributário obrigam que a majoração do tributo venha estabelecida em lei, não restringindo os elementos de incremento valorativo apenas à base de cálculo e à alíquota. Se houver outro critério de aumento de tributo, posto no direito positivo como algo além de base de cálculo e alíquota, este também deve estar estabelecido em lei. Procede a lição de HUGO DE BRITO MACHADO: “...a lei instituidora do tributo há de conter... a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo...”<sup>1337</sup>. Mas, firme na crença de que há uma “regra-matriz” para aquela contribuição, e que a “regra-matriz” contém,

<sup>1335</sup> Cf. CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA e MELISSA FOLMANN, **Fator Acidentário de Prevenção**, p. 105-107.

<sup>1336</sup> AI 407149/SP, 2. Turma, Rel. Juíza ELIANA MARCELO, publicado em 2 de setembro de 2010.

<sup>1337</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 53.

em seu critério quantitativo, apenas base de cálculo e alíquota, sempre e sempre, para todo e qualquer tributo, o acórdão decide, sem demonstrar, que o FAP não produz majoração de tributo não estabelecida em lei, e que, então, não viola o artigo 150, I, da Constituição e o artigo 97, II, do CTN. **A teoria simplificadora, nesse caso, dificulta o entendimento correto da contribuição.** Ela não permite compreender que o FAP pode ser, efetivamente, um critério a majorar o tributo devido, ladeando base de cálculo e alíquota. Nesse caso específico, é inegável que a teoria científica e suas simplificações influenciaram a jurisprudência, e retroagiram sobre o próprio direito positivo, determinando-lhe sentido. E, pelo fenômeno da ecologia da ação, essa teoria, que contribuiu e ainda contribui, em muito, para a defesa da legalidade tributária e para denúncias de sua violação, acabou transformada em instrumento de sua subversão.

Contemporaneamente, já não se pode mais aceitar a noção de ciência como uma explicação apenas do geral, existente em toda a experiência, num determinado âmbito de conhecimento. **Permanece a potencial fecundidade de um pensamento voltado para o geral, mas não sua exclusividade.** A restrição do conhecimento ao geral mutila e esconde a realidade, em vez de explicá-la adequadamente. Não só as normas individuais são seres individuais, mas também as normas gerais o são, e precisam ser compreendidas, cada uma delas, em sua individualidade. E não só as normas, mas os fatos, as ocorrências sociais concretas – como no “postulado da razoabilidade”, que HUMBERTO ÁVILA entende como um dever de individualização do direito ao caso em exame<sup>1338</sup>. Todo o esforço de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em classificar certos conceitos como jurídico-positivos, e, portanto cambiáveis ao gosto do direito positivo, vai nesse sentido: o direito pode criar entidades individuais, diferentes. Cabe à ciência compreendê-las, não ocultá-las. Algo que pode tornar o direito tributário diferente, a cada vez, e, portanto, repleto de individualidades e de diversidade, pode ser chamado “acontecimento”. O FAP é um acontecimento.

---

<sup>1338</sup> Cf. **Sistema...**, *op. cit.*, p. 102-103.

## 6.2.4 Acontecimento e ecologia da ação

*“...a meditação de uma vida não revelaria o sentido todo de uma norma”<sup>1339</sup>*

**“Acontecimento” é o nome que se dá para ocorrências que provocam alterações na realidade, e que obrigam a pensá-la diferentemente.** O direito consiste em um sistema repleto de determinismos: certos acontecimentos podem ser corrigidos, ou expurgados, quando se desviam dos parâmetros do sistema. Esses acontecimentos, mesmo extremamente desviantes, porém, provocam uma nova configuração para o sistema: quando são rechaçados, ou sofrem um processo de adaptação, fortalecem as estruturas deterministas e conservadoras do sistema; quando, ao contrário, saem vencedores, fazem com que o próprio sistema a eles se adapte, impondo-lhe novos caminhos.

Os sistemas podem comportar acontecimentos novos, mesmo se rigidamente estruturados. Mesmo no determinado, pode haver liberdades, flexibilidade, aleatoriedade<sup>1340</sup>. No direito, essa característica é, por um lado, um trunfo: permite sua adaptação a novas contingências sociais e ao progresso do pensamento jurídico. Por outro lado, contudo, é uma fraqueza: causa déficit na segurança da estabilidade das relações jurídicas, presentes ou potenciais. Fato é que o direito, por mais organizado em sistema que possa ser ou parecer, admite aleatoriedades, admite jogo e admite liberdade. **Há uma série de acontecimentos que podem, a todo momento, desviar a organização jurídica, criando uma desordem, que demandará nova reorganização.**

Esses acontecimentos, muitas vezes, dificultam a compreensão do especialista. Perturbam o saber estabelecido<sup>1341</sup>. Influências externas e acontecimentos dificultam, em muitos casos, a compreensão do tributarista. É o caso, como visto, do ICMS-Importação. Exemplo típico de acontecimento perturbador é o mencionado julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da incidência do Imposto sobre Serviços sobre atividades de *leasing*. Aparece, com ele, o novo no direito tributário: a partir dessa decisão, as estruturas do direito tributário põem-se em movimento. Esse julgamento-

<sup>1339</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 179.

<sup>1340</sup> Cf. EDGAR MORIN, **Ciência...**, *op. cit.*, p. 267.

<sup>1341</sup> Cf. EDGAR MORIN, **A cabeça...**, *op. cit.*, p. 19.

acontecimento tanto pode ser neutralizado pelas forças conservadoras, com o que o direito tributário se reorganizará em um fortalecimento do pré-estabelecido; quanto pode determinar uma drástica mudança na compreensão e aplicação do ISS – e, mais amplamente, na tributação dos serviços em geral. E, aí, a imagem de ordem do pensamento científico tradicional fica, repentinamente, pobre. Torna-se insuficiente para a compreensão da realidade complexa<sup>1342</sup>.

**O sistema jurídico, visto de dentro ou de fora, é um sistema instável: está sempre sujeito a um acontecimento que modifique seus rumos.** É no tempo, portanto. Um acontecimento com essa potencialidade pode ser uma lei nova; uma decisão judicial que repercuta socialmente; uma emenda constitucional; uma nova interpretação, dada ao direito positivo, por um tribunal relevante; uma tese doutrinária que ponha em revista o pensamento anterior *etc.* A partir desses acontecimentos, que trazem instabilidade, o sistema reorganiza-se, mas já não é mais o mesmo. A tendência científica de reduzir tudo a regras simples e uniformes, a assumir teorias gerais, tem como decorrência uma tendência doutrinária de negar essa instabilidade, e de insistir na estabilidade. Nem mesmo a substituição de uma Constituição é capaz de desestabilizar algumas convicções doutrinárias, como no conhecido caso das funções da lei complementar de normas gerais em matéria de legislação tributária<sup>1343</sup>. Não se abandonam as concepções teóricas: elas são mantidas, mesmo contra eventuais evidências empíricas em sentido contrário. A complexidade dos acontecimentos aleatórios, ao invés de ser assumida, enfrentada e compreendida, e de ter suas consequências medidas sem preconceitos, é negada, em nome de uma simplicidade ideal.

O novo traz incerteza e risco. Cumpre a uma ciência complexa enfrentá-la, percebendo acontecimentos e avaliando seriamente seus efeitos. Nesse enfrentamento, a atividade científica deve permanecer aberta para a possibilidade de que tais acontecimentos provoquem desvios nos rumos então vigentes. Essa ciência complexa, tentando compreender recursividade, ordem e desordem, acontecimentos, tem a pretensão de ser uma ciência apta a tratar do devir, e não só do ser. “Deveniente” pela própria

---

<sup>1342</sup> Cf. EDGAR MORIN, Os desafios da complexidade, in **A religião...**, *op. cit.*, p. 19

<sup>1343</sup> Cf., a respeito dessa disputa, JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Denúncia espontânea e multa moratória: confissão e crise na “jurisdição” administrativa, in LUIZ EDUARDO GUNTHER (coord.), **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude constitucional**, p. 396-412.

natureza, imerso no devir, **o direito tributário tem a aprender com uma ciência que não esconde o vir-a-ser e o dever-ser** no ser estático das formas inalteráveis. Ela é, também, uma ciência do alerta permanente a novos acontecimentos, que não permite, ao hábito, dominar o cientista. Como defende EDGAR MORIN, “*Sacudir esta preguiça mental é uma lição que nos oferece o pensamento complexo*”<sup>1344</sup>. Essa é, como se percebe, uma lição que encontra convergência com a denúncia de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES contra o encastelamento doutrinário: é preciso, sempre, estar disposto a abandonar o castelo de construções teóricas exitosas, quando a realidade complexa já não mais puder ser compreendida a partir dele.

O trato com acontecimentos leva à categoria conhecida como “ecologia da ação”. Uma ação, ao ser inserida num meio, traz a ele informações novas, bem como dele recebe determinados condicionamentos. Assim, **a ação está sujeita a desvios resultantes dessa inserção, que podem ou não se efetivar**. EDGAR MORIN explica a ecologia da ação da seguinte forma: “*...assim que começa num determinado meio, toda ação entra num jogo de inter-retro-ações que modificam, desviam, ou mesmo invertem o curso dela; escapa assim da vontade do seu autor e pode até mesmo, em ricochete, voltar-se contra ele*” [sic]<sup>1345</sup>. No direito, MIGUEL REALE tem reflexão semelhante: “*...uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças nos planos dos fatos e valores...*”<sup>1346</sup>. Essas alterações, explica o autor, independem, muitas vezes, da vontade do órgão competente para a positivação daquela norma. Ela, uma vez editada, entra num jogo de fatos e valores, além de outras normas, que provocam mutações incontroláveis pelo seu editor.

Mas isso não ocorre, apenas, com a norma. Uma nova teoria jurídica é um acontecimento no mundo do direito, que pode repercutir mais ou menos, a depender de uma série de fatores, muitas vezes independentes da vontade de seu autor. Compreendendo a possibilidade de desvio, o ator precisará pensar, várias vezes, nos possíveis efeitos que sua ação pode causar no meio, e nos efeitos que o meio pode causar em suas ações. Deverá levar o risco, sempre presente, na devida conta. Essa é uma ética

<sup>1344</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 83.

<sup>1345</sup> **O método...**, v. 5, *op. cit.*, p. 212, 309. Sobre o tema, do mesmo autor, cf. A propósito dos sete saberes, *in* **Educação...**, *op. cit.*, p. 98; **Introdução...**, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1346</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 101.

que se impõe quando se consideram, pragmaticamente, os efeitos da linguagem sobre seus usuários. Desconhecer e desconsiderar a ecologia da ação implica ignorar essa obrigação ética. Num mundo que adquire sempre novos e cruciais caminhos, a partir da informação vinda da ciência, desconhecer essa realidade torna o cientista inconsciente de sua responsabilidade social.

### 6.3 Complexidade no estudo do direito tributário

#### 6.3.1 Níveis de complexidade

*“...a visão do particular perturbou a compreensão do todo”<sup>1347</sup>.*

Existem quatro princípios, listados por EDGAR MORIN, que reinavam no âmago da ciência moderna, mas **foram abalados pelo pensamento epistemológico do Século XX, e impõem o desafio da mudança à ciência do Século XXI**. São eles: o princípio de ordem, o princípio de separação, o princípio de redução e o princípio de validade da lógica dedutivo-indutiva-identitária. O primeiro, princípio de ordem, vê o universo como um todo ordenado, determinado. Sofre a oposição do modelo ordem-desordem-organização. O segundo prega a separação da realidade em partes para fins de estudo, e a disjunção entre o sujeito conhecedor e o objeto a ser conhecido. A consideração da recursividade das inter-retroações entre os múltiplos aspectos da realidade e a reinserção do sujeito como agente conformador do objeto estremecem esse princípio de separação. O terceiro pretende que a redução do complexo às suas partes simples permite o conhecimento desses segmentos, que, em seguida, unidos, permitirão a compreensão do todo. Esse expediente, porém, impede a consideração concomitante de aspectos complementares da realidade, inviabiliza a compreensão das qualidades emergentes e dos condicionamentos recíprocos. O último trabalha com a racionalidade lógica e indutiva e não admite a contradição – embora seja possível encontrar elementos contraditórios na realidade a ser conhecida, e haja aspectos do real que um conhe-

---

<sup>1347</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. 228; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 214.

cimento fundado na lógica clássica deixa esquecidos, sem mencionar os problemas, já reconhecidos, do pensamento indutivo<sup>1348</sup>.

**Esses quatro princípios estão, porém, ainda presentes, com maior ou menor força, na ciência do direito tributário brasileiro.** O ordenamento jurídico é visto como um todo ordenado de normas jurídicas, com derivação hierárquica, no qual a produção da norma inferior está determinada pela norma superior. Acasos e indeterminações não fazem parte desse universo. O direito tributário ainda é entendido, restritivamente, como o conjunto de normas que disciplina a instituição e a arrecadação de tributos – um segmento normativo, destacado de seu todo para fins de estudo. A concentração de esforços no estudo da norma evidencia o expediente redutor, presente e dominante. Por fim, a aposta na coerência, no inter-relacionamento dos enunciados construídos a partir de verificações tópicas da realidade empírica, e, imediatamente, dela descolados, constituindo um mundo ideal e racional, é exemplo de racionalidade excessivamente lógico-indutiva e autossuficiente. O estudo do direito tributário, assim, fica “unidimensional”: estuda-se somente a norma. É até surpreendente comparar a crítica à unidimensionalidade, na economia, feita por RENÉ PASSET, ao estudo do direito tributário e sua evolução. Inicialmente, o autor observa como a ciência econômica teria sido fundada em convenções distanciadas do problema de capacidade da biosfera e das zonas de saturação das necessidades. Analogamente, o direito tributário foi construído sob o signo do distanciamento, tanto da administração pública, quanto do gasto público, das funções estatais e dos direitos fundamentais. Interessava-lhe, restritivamente, o momento da arrecadação: fato gerador e obrigação tributária. Na economia, esse distanciamento, na visão do autor, decorre de circunstâncias históricas compreensíveis. Contemporaneamente, no entanto, a natureza não pode mais ser ignorada pelos economistas<sup>1349</sup>. Mantendo a analogia, também o orçamento, o gasto público, a capacidade contributiva das empresas e das pessoas físicas, e os demais direitos fundamentais, nada disso pode permanecer ignorado. Se, talvez, o orçamento e as funções do estado pudessem ser legitimamente ignorados, nas décadas de 1950 e 1960, hoje não podem mais. Se, presumivelmente, a capacidade econômica podia ser consi-

<sup>1348</sup> Os desafios..., *op. cit.*, p. 559-560.

<sup>1349</sup> Cf. Economia: da unidimensionalidade à transdisciplinaridade, *in* EDGAR MORIN (coord.), **A religião...**, *op. cit.*, p. 252-253.



derada irrelevante naquele grave período de suspensão do estado democrático de direito, hoje não mais. Se uma crítica ao direito positivo poderia ser compreensivelmente evitada em um estado ditador, esse problema está superado.

Para além da norma tributária, é preciso olhar para o sujeito concreto que paga e que recebe. Perceber o impacto em quem paga, e compreender as possibilidades e limites de quem recebe. Fazê-lo é **respeitar outras dimensões do direito tributário, para além da unidimensionalidade da norma**. É aspirar à complexidade: embora não pretendendo explicar tudo sobre tudo, intenta-se respeitar as diversas dimensões da realidade<sup>1350</sup>. Considerar o sujeito concreto, a incidência concreta do direito e seus efeitos sobre aqueles que o recebem, é trabalhar em complexidade. Quando fecha o direito tributário na norma posta, e inadmite, como âmbito seu de cogitações, o extranormativo, a ciência redutora negligencia muitas dimensões do direito tributário que, a uma ciência do direito tributário complexa, cumpre retomar.

Essas dimensões podem ser organizadas em seis categorias, integradas recursivamente e perpassando-se incessantemente. São seis níveis de complexidade, entendidos como níveis no aprofundamento da cognoscibilidade interdisciplinar, não níveis estanques do real. É um caminho. Trilhar essa via significa ir de um ponto a outro, passando por estádios. **Esses estádios serão, aqui, denominados “níveis de complexidade”**. Caracterizar-se-á a via, assim, em um andar a partir da simplicidade em direção à complexidade, que passará por fases. Cada um desses estádios caracterizar-se-á, em relação ao anterior, por um acréscimo no nível de complexidade – e, no sistema de valores aqui adotado e defendido, por um ganho epistemológico desejável. Assim, quem considera um encadeamento de normas, e não apenas uma norma, faz um estudo já incrementado, em sua complexidade, comparando-se ao estudo de uma norma só. Porém, quem integra, a essa perspectiva, valores, direitos fundamentais, justiça constitucional, fundamentos econômicos, éticos e políticos *etc.*, galgou novo estádio em complexidade. Quanto mais integrador for o pensamento, mais complexo, e, portanto, melhor será.

**Identificam-se, a princípio, seis níveis de complexidade, nesse caminho.** Uma via de retorno, da compartimentalização temática, para o enfrentamento do obje-

---

<sup>1350</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Ciência...*, *op. cit.*, p. 177.

to complexo, em uma ordem crescente de complexidade. O primeiro nível de complexidade supera a análise, mas permanece ainda dentro do direito tributário. Ele contempla estudos que tratem, conjuntamente, dos diversos institutos do direito tributário, visto no sentido estrito e tradicional: normas relativas à instituição e arrecadação de tributos. Nesse primeiro plano, tem-se, ainda, somente direito tributário, embora já visto com algum grau de complexidade e, portanto, com certo ganho em face do estudo isolado de seus vários aspectos. O segundo nível de complexidade supera o âmbito estrito do direito tributário, embora se mantenha, ainda, dentro do estudo normativista. Percebe as normas tributárias em conjunto com outras prescrições jurídico-positivas, que, com elas, relacionam-se, recursivamente. Congrega, então, o direito tributário, o financeiro, o administrativo, o constitucional e outros dos assim chamados ramos dogmáticos do direito, naquilo que PAULO DE BARROS CARVALHO denominou “intertextualidade interna ou intrajurídica”, e JAMES MARINS chamou de conhecimento “endógeno”<sup>1351</sup>. Trabalhar com a complexidade de segundo nível permite transbordar os limites do direito tributário, embora o estudioso ainda permaneça confinado no jurídico-positivo-normativo. O terceiro nível de complexidade extravasa os confinamentos de um só ordenamento jurídico. Contudo, permanece no âmbito do direito positivo. Compreende estudos do direito tributário que envolvam considerações de normas internacionais, comunitárias ou do direito comparado. É ainda um direito *hic et nunc*; porém, o *hic* é mais abrangente. O quarto nível de complexidade abre a dogmática jurídica para a busca de outras ciências. Compreende o direito tributário mediante a utilização conjunta de considerações recepcionadas de ordens científicas diversas. Recebe considerações econômicas, sociológicas, políticas, psicológicas, pedagógicas *etc.*, incluídas elaborações de sociologia do direito, história do direito, economia política, teoria geral do direito, teoria do estado *etc.* Esse quarto nível de complexidade leva em consideração, para permitir a adequada compreensão e aplicação do direito, não apenas as considerações extradogmáticas, mas também, eventualmente, extrajurídicas, embora ainda científicas. Envolve, embora supere, o que PAULO DE BARROS

---

<sup>1351</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALO, Prefácio, in HELENO TÔRRES, **Direito tributário e direito privado**: autonomia privada, simulação, elusão tributária, p. 7; **Direito tributário, linguagem...**, *op. cit.*, p. 195; JAMES MARINS, O desafio da política jurídico-fiscal, in **Tributação e política**, p. 42. Sobre a intertextualidade, do primeiro autor, cf., também, **Direito tributário: fundamentos...**, *op. cit.*, p. 90.

CARVALHO chamou “intertextualidade externa ou extrajurídica”, aproximando-se mais do que JAMES MARINS denomina conhecimento “exógeno”<sup>1352</sup>. Trabalhar no quarto nível de complexidade implica deixar os limites da dogmática jurídica normativista tradicional. O quinto nível de complexidade compreende o direito tributário a partir de informações desenvolvidas nos âmbitos do saber racional não científico. Abre-se, o tributarista, para a filosofia e a ética, inclusive a filosofia do direito. O estudioso permite-se sair do plano jurídico e do plano científico. Vai longe, segue o caminho, para buscar subsídios fora do direito e da ciência, no mundo em que se insere. De lá, retorna ao direito tributário, munido de um arsenal cognitivo que ampliará sua capacidade de compreensão. Regressa abastecido de conhecimentos que o capacitarão a orientar a aplicação mais justa do direito ao caso concreto. O sexto nível de complexidade busca elementos não somente racionais, mas também estéticos. O literário, o senso comum, o artístico. A retomada da identificação entre direito e arte, conjugada e não contraposta ao elemento científico. Anuncia-se a superação do último dualismo, entre arte e ciência no direito, possível a partir da superação do dualismo entre razão – ser – e vontade – dever-ser.

### 6.3.2 Dentro do direito tributário, para além da norma individualizada

*“Serem difíceis é razão adicional para que as coisas sejam feitas”*<sup>1353</sup>

**O estudo da norma tributária de incidência é um estudo já num certo nível de complexidade, embora ainda limitado.** Há ali complexidade, porque se procura compreender a hipótese de incidência tributária como um complexo, formado por aspectos material, temporal, espacial e – a depender da proposta doutrinária – pessoal. Busca-se entender a relação jurídica como um complexo, que integra sujeitos ativo e passivo, e a forma de quantificação do tributo – base de cálculo e alíquota, ou, em propostas um pouco mais complexas, sistemática de crédito e débito e demais elementos quantificadores. Ainda, pensa-se as relações de implicação normativa entre anteceden-

<sup>1352</sup> Cf. *idem*, respectivamente, p. 7, 195 e 42.

<sup>1353</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 195 – parafraseando RAINER MARIA RILKE.

te e conseqüente. Essa norma é, contemporaneamente, vista como construção do intérprete, a partir da totalidade de textos jurídico-prescritivos relativos à matéria tributária – portanto, em certo grau de complexidade.

Alça-se a um nível superior de complexidade quando o entendimento se abre à consideração do inter-relacionamento de mais de uma norma – ainda que todas estritamente de direito tributário, visto em sentido tradicional, isto é, instituição e arrecadação de tributos. Considerar, em conjunto, a norma de incidência e a modalidade de lançamento tributário, por exemplo. Permite-se, com esse expediente complexificador do estudo, compreender o grau de exigibilidade da obrigação prescrita na norma de incidência. Essa compreensão fica inviabilizada nos estudos que se restringem à norma de incidência tributária, porque é no espaço de relacionamento entre a norma de incidência e a norma prescribente da modalidade de lançamento que está o regime de exigibilidade do tributo. A visão mais ampla, capaz de abranger tanto o direito tributário material quanto o formal, integra questões relevantes, como prazos e formas de pagamento, formalidades de cobrança, obrigações acessórias *etc.* Outros relacionamentos entre normas jurídicas tributárias, como os que se dão entre norma de incidência, norma de competência, norma de isenção, norma de suspensão tributária, conversão de suspensão em alíquota zero, são compreendidos a partir do trabalho em primeiro nível de complexidade. A consideração dos relacionamentos entre normas de direito tributário material, formal e processual trabalha no primeiro nível de complexidade, e é fundamental, dado o sistema de interdependência entre essas normas, destacado por JAMES MARINS<sup>1354</sup>. O direito tributário será visto, então, como um todo, na esteira do pensamento de KLAUS TIPKE<sup>1355</sup>.

**O estudo no nível inicial de complexidade não é estranho à doutrina brasileira.** O primeiro capítulo do *Lançamento tributário*, de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, é intitulado “Relações entre obrigação tributária e crédito tributário”, e inicia-se com a defesa da necessidade do reconhecimento dessas relações<sup>1356</sup>. Trata-se de exemplo de trabalho científico que assume a complexidade do objeto de estudo, e pro-

<sup>1354</sup> Cf. *Elisão tributária e sua regulação*, p. 27.

<sup>1355</sup> Cf. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, in LUIS EDUARDO SCHOUERI e FERNANDO AURELIO ZILVETI (coord.), *Estudos em homenagem a Brandão Machado*, p. 63.

<sup>1356</sup> *Lançamento...*, *op. cit.*, p. 3-4; *Lançamento...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 39.

cura enfrentá-la. Pensar-se as relações entre as normas dos artigos 128 e 166 do Código Tributário Nacional, buscando compreender o regime jurídico de substituição tributária e seus reflexos na legitimidade para a repetição de indébito, no âmbito das normas gerais de direito tributário: é novo exemplo de trabalho em complexidade de primeiro grau<sup>1357</sup>. Transcender as normas gerais, para verificar as inter-relações entre elas e as normas específicas de determinado tributo é avançar na complexidade. Quem, porém, considera que esse já é estudo de índole processual e não tributária, verá tal empreendimento como exemplo de trabalho em uma complexidade de segundo nível: indo além do direito tributário, mas mantendo-se no direito positivo interno.

### 6.3.3 Dentro do direito interno, para além do tributário

*“...Alfredo era grande demais para confinar-se para sempre nos limites de uma especialidade teórica”<sup>1358</sup>*

Já é clássico o entendimento segundo o qual o direito tributário é um direito de sobreposição, superposição, ou de segundo grau: as normas tributárias comumente incidem sobre fatos já previamente qualificados por normas de outros campos do direito, com destaque para o direito privado. Exemplificativamente: incidência tributária sobre lucro, folha de salários, propriedade, transmissão, doação. Nesses casos, é imprescindível ao intérprete sair do direito tributário para pesquisar o significado jurídico desses conceitos e institutos nos outros âmbitos do direito, tendo a obrigação de respeitá-los<sup>1359</sup>. Embora sob a crítica de importantes setores doutrinários, essa concepção foi positivada no direito brasileiro<sup>1360</sup>. Sempre que a pesquisa científica demandar, no

<sup>1357</sup> Cf. JAMES MARINS, **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial, p. 299-303; HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, **Processo tributário**, p. 432-438.

<sup>1358</sup> Presença..., *op. cit.*, p. 10; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 157; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 208.

<sup>1359</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 122-123; ALCIDES JORGE COSTA, **Direito tributário e direito privado**, in BRANDÃO MACHADO (coord.), **Direito tributário**: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, p. 226; HELENO TÔRRES, **Direito...**, *op. cit.*, p. 75; JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, **Imposto sobre serviços de comunicação**, p. 60; CELSO RIBEIRO BASTOS e MODESTO CARVALHOSA, **As prestadoras de serviço e a contribuição devida ao SESC**: uma questão jurídica e de responsabilidade social, p. 80 e *passim*; ARNALDO BORGES, **Introdução ao direito tributário**, p. 11.

<sup>1360</sup> Foi positivada nos arts. 109, em determinada interpretação, e 110, inequivocamente, do Código Tributário Nacional: “*Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos*”

caso da competência tributária ou outros, e o pesquisador sair do direito tributário, para investigar outras normas de direito positivo interno, estará a **trabalhar em um segundo nível de complexidade**.

**Também essa complexidade de segundo grau é familiar à doutrina.** Na obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, é possível encontrar bons exemplos de trabalho nesse segundo nível de complexidade. Um dos mais significativos, certamente, é o que envolve a compreensão das relações sintáticas entre as leis complementares e os demais instrumentos normativos no direito constitucional brasileiro. Na obra *Lei complementar tributária*, há mais de três décadas referência no tema, mestre SOUTO procura responder à pergunta a respeito da existência de hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, pesquisando outras previsões constitucionais de lei complementar, ainda que distantes do direito tributário. Rejeita uma concepção que, *a priori* do texto constitucional, consagre, em todo e qualquer caso, a superioridade hierárquica da lei complementar sobre a lei ordinária, ou sua ausência. Rechaça um entendimento unitário, que simplificasse a complexidade do tema, negando propostas fundadas na universalidade, na identidade e no reducionismo simplificador. Examinando a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, o autor verifica que algumas leis complementares, previstas naquele texto, quando editadas, seriam hierarquicamente superiores a leis ordinárias; outras, não. Conclui pela existência de tipos diferentes *de leis complementares*<sup>1361</sup>. Há quem considere o direito econômico para pensar o direito tributário, como FERNANDO FACURY SCAFF. O autor verifica desequilíbrio concorrencial quando determinados contribuintes obtêm decisões judiciais que impõem incidência tributária diferenciada em relação aos demais. Com isso, cogita do afastamento dos efeitos do trânsito em julgado, com fundamento no artigo 170, IV, da Constituição. Preocupa-se com os efeitos, em argumentação de fundo pragmático. Vale-se da complexidade de segundo nível, enfrentando o direito constitucional, o direito tributário, o direito processual e o direito econômico, para sustentar suas conclu-

---

*tributários*"; "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias". Para a crítica, cf. RICARDO LOBO TORRES, *Normas...*, *op. cit.*, p. 135-194 e *passim*.

<sup>1361</sup> *Ibidem*, p. 83-90.

sões, que seriam inviáveis sem o recurso ao argumento complexo. Avança, mesmo, até um quarto grau de complexidade, ao empreender cálculos e fazer demonstrações econômicas<sup>1362</sup>.

Outro campo propício para a complexidade em segundo grau é a investigação acerca da **finalidade buscada pela edição de normas tributárias**. Em outras palavras: sua função. Classicamente, sustenta-se que a tributação se dá, contemporaneamente, nos estados democráticos de direito, com finalidades fiscais – arrecadação de dinheiro para utilização pelo aparato estatal, com vistas à consecução de determinados fins próprios desses estados, notadamente a efetivação dos direitos fundamentais como resultado do dever imposto pela Constituição – e extrafiscais – intervenção no âmbito econômico e social para, também, atingir certas finalidades públicas e constitucionais. Em determinados sistemas, inclusive, com finalidade punitiva, como em certas manifestações do direito tributário ambiental, os “tributos verdes” – que, no fundo, decorrem de atos ilícitos, e são equiparáveis a indenizações<sup>1363</sup>. Será preciso ir além do direito tributário para compreender, a partir de normas comumente classificadas como pertencentes a outras disciplinas jurídicas, a finalidade ou as finalidades de determinadas normas ou conjuntos de normas. Porque a atuação estatal, no domínio econômico, é regrada e estudada pelo direito econômico, e estão aí as contribuições de intervenção no domínio econômico, a demandar uma visão complexa, que não separe o direito tributário do econômico. De outra banda, a função fiscal é regrada e estudada pelo direito financeiro ou, mais amplamente, pelo direito administrativo. Estão aí as contribuições sociais, a impor uma visão complexa, que não cinda a arrecadação do gasto público. E o direito ambiental está a influenciar na criação dos tributos socioambientalmente orientados. Cada vez mais, insinua-se, o direito tributário ambiental, como um elemento perturbador da teoria tradicional justributária, despreocupada com funções e finalidades. A ciência tradicional não trabalha com a noção de finalidade, ficando apenas na causalidade – e o direito tributário, na mesma toada, satisfaz-se com a causalidade entre fato jurídico e relação jurídica. Contemporaneamente, a ciência natural admite o retorno da finalidade. Em biologia molecular, por exemplo, cada componente

---

<sup>1362</sup> Cf. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência, in HUGO DE BRITO MACHADO (coord.), **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária, p. 107.

<sup>1363</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Curso...**, *op. cit.*, p. 514-519, 527-531.

da célula é compreendido como cumpridor de uma função determinada, a garantir a consecução de finalidades: a sobrevivência e, muitas vezes, a reprodução da célula<sup>1364</sup>. **Assim como nas ciências naturais, também o direito tributário deve voltar a trabalhar com a noção de finalidade.** Para que serve o tributo ? Eis noção fundamental, que fica afastada, na perspectiva da exclusividade do esquema hipótese-consequência. Ter-se-ia um estudo que, embora permanecendo no paradigma normativista, avançaria a uma perspectiva funcional, e não meramente estrutural<sup>1365</sup>. Porém, a noção de finalidade deve ser vista de forma complexa, e não como uma nova simplificação. A finalidade está conjugada a outras manifestações do direito tributário. Nem sempre haverá uma única finalidade perseguida por uma norma ou um conjunto de normas – podendo haver, mesmo, finalidades contraditórias. Ao mesmo tempo em que é preciso deixar de pensar de modo exclusivamente causal – do fato o efeito, e só – também é necessário complexificar o que se soma ao causal, sem eliminá-lo. A compreensão da finalidade deve, então, ser complexificada, para que se minimize o risco – sempre presente – de simplificar e unidimensionalizar a realidade<sup>1366</sup>.

Esses dois primeiros níveis de complexidade permitem uma reflexão interessante, que acolha **um conceito mais amplo de direito tributário**: são tributárias não só as normas diretamente relacionadas à instituição e arrecadação de tributos, mas, também, outras. Nesse sentido, o trabalho de HUMBERTO ÁVILA, que encontra e examina normas limitadoras do poder de tributar em vários pontos da Constituição, para além dos artigos 145 a 156, para concluir que todas as normas que protejam, mediata ou imediatamente, bens jurídicos que podem ser restringidos pela tributação, compõem o direito tributário<sup>1367</sup>. Um claro incremento na complexidade. Embora, evidentemente, perpassando toda a vivência jurídica, é quando se volta ao estudo do direito constitucional – e, também, da filosofia do direito – que o tributarista pode compreender a rica e complexa temática dos direitos fundamentais, dos valores e da justiça, te-

<sup>1364</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método...**, v. 1, *op. cit.*, p. 317-325.

<sup>1365</sup> Cf. ANDRÉ FOLLONI, Normas aduaneiras: estrutura e função, *in* ROSALDO TREVISAN (org.), **Temas atuais de direito aduaneiro**, p. 18.

<sup>1366</sup> Novo e recente bom exemplo de trabalho em complexidade de segundo nível é encontrado no estudo de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR a respeito das relações entre direito tributário e processual civil, ao cotejar o parcelamento, previsto na Lei n. 11.491, de 27 de maio de 2009, com o significado e eficácia jurídicos dos arts. 348, 353 e 354 do Código de Processo Civil. Cf. Confissão de débito, parcelamento e rediscussão dos fatos, **Revista Fórum de Direito Tributário**, ano 8, n. 45, p. 12 *et. seq. e passim*.

<sup>1367</sup> Cf. **Sistema...**, *op. cit.*, p. 82.



mas obrigatórios no constitucionalismo contemporâneo e, por consequência, em qualquer estudo jurídico, na atualidade, para além da mera letra da lei, inclusive da letra constitucional<sup>1368</sup>. A fidelidade à Constituição impõe essa atitude.

#### 6.3.4 Dentro do direito, para além do ordenamento jurídico

*“Como surgiu o direito comunitário na sua complexidade”<sup>1369</sup>*

Quando se busca compreender as inter-relações entre as entidades normativas, dentro ou fora do direito tributário, mas no interior do ordenamento jurídico, faz-se pesquisa de complexidade ainda limitada. Um terceiro passo em direção a um enfrentamento mais consistente da complexidade pressupõe **transcender os limites do ordenamento jurídico, ainda que se possa, eventualmente, permanecer no âmbito do normativo**. Um bom exemplo, encontrado na obra mais recente de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, é o enfrentamento do direito comunitário. Nesse estudo, o autor busca compreender um todo, formado por normas jurídicas de direito interno, de direito internacional escrito e de direito internacional costumeiro. Isto é: ainda que permanecendo dentro dos cancelos do direito, sai, não só do tributário, como do ordenamento jurídico, buscando compreender as inter-relações entre este e os ordenamentos internacional e comunitário. O incremento em complexidade da pesquisa jurídica é ressaltado, pelo autor, logo no prefácio ao seu *Curso de direito comunitário*:

Trata-se porém de uma pesquisa dogmática interdisciplinar, i. é, demarcada por normas de direito comunitário positivo, o ordenamento jurídico comunitário na complexidade de sua formação, abrangendo por isso mesmo a investigação teórica de (i) normas constitucionais nacionais, respeitantes à integração comunitária, (ii) normas de direito internacional público, fundantes de validade interestatal dos tratados comunitários e (iii) normas de direito comunitário no sentido estrito, que envolvem sobretudo os regulamentos, diretivas, atos da Comissão Europeia, do Conselho e do Parlamento Europeu e decisões do Tribu-

<sup>1368</sup> Um bom exemplo é o julgamento do Supremo Tribunal Federal, estendendo a imunidade tributária, que, na letra constitucional, refere-se ao “papel” destinado à impressão de livros, aos filmes e papéis fotográficos, em nome da proteção ao valor liberdade de expressão – não obstante tenham ficado vencidos os posicionamentos por uma maior amplitude da imunidade – cf. julgamento do agravo regimental no RE 327.414, publicado em 12 de fevereiro de 2010.

<sup>1369</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. XXXII.

nal de Justiça das Comunidades Europeias etc. Mas os tratados internacionais fundam a validade de normas comunitárias com base em normas de direito costumeiro. Todos esses atos convergem para estruturar a complexa originalidade do direito comunitário positivo<sup>1370</sup>.

O caráter complexo da pesquisa soutiana fica, desde logo, exposto: examinam-se normas do direito interno, normas de direito internacional, e normas de direito tributário, além de normas de direito consuetudinário. Mas não apenas essas normas isoladas: o estudo **é complexo porque se debruça, com perseverança e acuidade, sobre os inter-relacionamentos entre as normas desses âmbitos diversos**. Trata-se de um todo, tecido por esses elementos e suas relações de influência e conformação recíprocas. Se o objeto de estudo é complexo, cumpre tratá-lo com epistemologia complexa:

Essa complexidade de fontes integrativas do objeto de conhecimento, o ordenamento jurídico comunitário, plexo de normas sistematicamente ordenadas, implica a complexidade de seu estudo pela doutrina. Se a base empírica, o conjunto de normas positivas de direito comunitário (ordenamento jurídico-comunitário), é complexa, o seu estudo *ipso facto* será, também ele, complexo e, na medida dessa complexidade, dificultado. É essa aliás uma consequência da vinculação das proposições doutrinárias à sua base experimental, insista-se, a ordem jurídico-positiva<sup>1371</sup>.

**O trecho acima revela a preocupação com a solidez científica:** se o objeto de estudo é complexo, demanda-se do pesquisador estudo também complexo. Decorrência do apego cognitivo ao real empírico, característica da ciência que não resvala para a metafísica. O mesmo trecho, contudo, anuncia a permanência no estudo normativista do direito, ao declarar-se dogmático. Estanca no terceiro nível de complexidade. Não é por outro motivo que SOUTO refere seu estudo, simultaneamente, como interdisciplinar e jurídico-dogmático, e sintetiza: “*Sob esse prisma, é atribuída ao direito comunitário a função insigne de superar a demarcação congênita dos contornos das ciências dogmáticas especializadas. Sua consigna fundamental seria: ir além das dogmáticas, sem sair das dogmáticas*”<sup>1372</sup>. Outro nome para o trabalho jurídico complexo de terceiro nível.

<sup>1370</sup> *Ibidem*, p. XXXI-XXXII.

<sup>1371</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>1372</sup> *Ibidem*, p. XXXIX.

**Aproximando-se de um trabalho em epistemologia complexa, mestre SOUTO também declara o direito comunitário como um acontecimento:** algo de novo, cuja emergência abala as estruturas do pensamento então dominante. Porém, um trabalho científico tradicional evitaria aqueles acontecimentos que introduzem singularidades na realidade, negando-os, e permanecendo na explicação tida como universal e eternamente verdadeira<sup>1373</sup>.

**Pesquisas de direito comparado aprofundam a compreensão a partir do recurso a normas de ordenamentos diversos, galgando o terceiro nível de complexidade.** Estudos detidos de direito comparado são raros no direito tributário<sup>1374</sup>. Seu valor é recusado. Mas, em seu *Curso*, mestre SOUTO entende o exame comparativo como uma lacuna a ser preenchida<sup>1375</sup>. Permanece relevante a tradicional advertência de cautela no estudo do direito comparado, dada a necessidade de adaptação para a ordem jurídica brasileira. Com essa cautela, o estudo agrega complexidade e pode ser fator importante na construção de uma ciência adequada à realidade em que se insere.

No *Curso*, contudo, mestre SOUTO condena a mescla entre investigações jurídicas e extrajurídicas, dogmáticas e extradogmáticas. Nega procedência à mistura de saberes regidos por campos científicos diferentes. Para seguir em direção a uma complexidade cada vez mais abrangente da realidade complexa, isto é, ir além do direito e do estudo do direito positivo isolado de seus condicionamentos exteriores, é preciso considerar o trabalho interdisciplinar entre direito e outras ciências, sem omitir sua diferenciação, mas sem impor isolamento. **Está-se, com isso, galgando o quarto nível de complexidade.**

---

<sup>1373</sup> Cf. *ibidem*, p. 82.

<sup>1374</sup> Tem-se bom exemplo na tese de JOSÉ ROBERTO VIEIRA: Legalidade genérica e tributária: comparações, in **Medidas...**, *op. cit.*, p. 130-185.

<sup>1375</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. XXXIV.

### 6.3.5 Para além da ciência jurídica, dentro da ciência

*“Se há similitude e simetria entre a missão do jurista e a dos que se dedicam a outras províncias do conhecimento, impõe-se esse diálogo”<sup>1376</sup>*

**O pensamento sistemático, tradicionalmente empregado no direito tributário, tem um caráter fortemente simplificador.** Além de basear-se em determinismos, idealidades e universalidades eternas, restringe-se ao direito positivo, sem abrir-se para compreendê-lo a partir das injunções que o extranormativo lhe impõe. Há um certo pressuposto segundo o qual o real, a sociedade, é formada por sistemas estanques: economia, política, direito, ética. Sistemas que obedeceriam a determinadas leis universais de comunicação entre eles, e que se fundariam em códigos binários exclusivos e universais. Assim, entende-se a própria realidade como dividida em compartimentos. É como se esses segmentos não fossem produto da atividade humana de cognição e compreensão, baseada na classificação e nos dualismos, mas, sim, que os sistemas estão separados, embora comunicantes, na própria realidade a ser compreendida. E esses sistemas são simplificados ao máximo, de modo que o direito se torna apenas um conjunto de normas, e estas, construções ideais a partir de textos empiricamente verificáveis, de modo que tudo aquilo que não é texto-linguagem-competente não é direito, e que o conjunto de textos-linguagens-competentes é bastante para a produção de sentido, sem necessidade de estender a visão para além dele. Mais do que isso: não só sem necessidade, mas sem propriedade. Esse ampliar de horizontes seria impeditivo do conhecimento, porque traria aumento de complexidade. Isso seria negativo, uma vez que a cognição dependeria de redução de complexidades. Ao contrário de contribuir, o alargamento de visão impossibilitaria o conhecimento. Nesse sentido, seria parcial e limitada a compreensão de um texto normativo isolado, dentro do ordenamento, sem considerar as demais normas, e as interações entre todas as normas. Porém, seria imperativo compreender uma norma, ou um conjunto de normas jurídicas, sem consideração do meio social no qual existe, do qual recebe e para o qual devolve influências e condicionamentos. O direito tributário envolveria aspectos sociológicos, econômi-

---

<sup>1376</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 10.

cos, políticos, psicológicos, filosóficos, éticos. Porém, eles seriam desprezíveis em um estudo estritamente dogmático, e tal desprezo viria sem prejuízo para a qualidade da pesquisa – ao contrário: seria sua condição de possibilidade.

Quando se compreende a complexidade do real, e que as disciplinas – economia, direito, política, sociologia, psicologia, antropologia – são criações ideais, cuja separação universitária não encontra necessária correspondência no objeto real, percebe-se que o imperativo separatista, como um *a priori* universalmente válido para o conhecimento, é, também ele, uma simplificação, uma pressuposição. Muitas vezes, a consideração de aspectos políticos e econômicos pode ser determinante para a correta compreensão, aplicação e alteração do direito tributário. Quando isso ocorre, negligenciar tais aspectos pode significar perda de precisão científica, déficit de compreensão. **Descabe um posicionamento, *a priori* da experiência, que sustente: nunca – ou sempre – é preciso ir além da ciência jurídica para melhor compreender e aplicar o direito.** É possível que o estudioso se depare com situações, decerto raras em sua simplicidade, nas quais o confinamento no jurídico-normativo seja suficiente para oferecer uma solução adequada. Mas, salvo com ilegitimidade epistemológica, não se pode, de antemão, negar a possibilidade de existência de casos nos quais esse confinamento seja insuficiente, ou mesmo danoso. Com ilegitimidade epistemológica, efetivamente, porque seria um posicionamento, já de antemão e *a priori*, insuperável pela experiência em sentido contrário. O compromisso com a ciência impõe procedimento contrário: manter-se receptivo à eventual necessidade de abertura do direito tributário a outros saberes. O que decidirá a respeito dessa necessidade será a experiência com a matéria a ser estudada, e não um preconceito, seja ele científico, epistemológico, metafísico ou ideológico, já determinante *a priori* das possibilidades e limites do saber.

Propor a superação do confinamento no direito tributário positivo – em outras palavras, superar o saber estritamente dogmático – depende de **uma demonstração do ganho metodológico que essa superação pode proporcionar.** Trata-se de um desafio. Aqui e ali, a doutrina identifica pontos nos quais a permanência no âmbito jurídico, sem a consideração de saberes produzidos em outras ciências, mostra-se inviável para a própria interpretação do direito. São exemplos empíricos da necessidade de su-

peração da visão estritamente dogmática. Veja-se, a título exemplificativo, a seguinte argumentação de LUIS EDUARDO SCHOUERI:

Com efeito, admitindo a variação cambial entre um período e outro, as autoridades administrativas vêem que se trata de realidades distintas. Esquecem-se, entretanto, que qualquer índice de variação cambial reflete, no máximo, a variação geral de preços, nunca servindo para constatar as variações setoriais. Assim, por exemplo, é possível que em um ano haja escassez de carne no mercado internacional, implicando preços altos, que não se repetem em anos subseqüentes. Tal fenômeno, comum a todos os setores da economia de mercado, com maior ou menor intensidade, não se reflete na variação cambial. Para aplicar a lei coerentemente com o princípio norteador dos preços de transferência, portanto, deverá a autoridade fiscal tomar em consideração tais variações de preços, seja favorável ou desfavoravelmente ao contribuinte [*sic*]<sup>1377</sup>.

O trecho é particularmente interessante, porque a ressalva “para aplicar a lei coerentemente”, e a conclusão que dela segue, não constam da primeira edição do livro<sup>1378</sup>. Ele revela a **necessidade de compreender os condicionamentos econômicos para se poder aplicar corretamente o direito tributário**: para estabelecer os limites entre o lícito e o ilícito, entre o desejado e o repudiado, o honesto e o desonesto, em matéria tributária. Não se mistura direito tributário e economia; não se trata, como o mesmo, disciplinas que são diferentes. Mas não se ignoram as inter-relações entre economia e direito tributário, quando esses relacionamentos são determinantes para a pesquisa jurídica adequada. Se partisse de um entendimento prévio acerca do necessário isolamento do direito em face de outras ciências, a argumentação acima estaria desde logo inviabilizada, levando consigo, para os confins do inviável, a adequada interpretação e aplicação do direito tributário naquele particular. GILBERTO DE ULHÔA CANTO sente-se obrigado a definir, com auxílio da física, o que é “energia” e o que é “eletricidade”, para resolver um problema relativo à tributação da energia elétrica<sup>1379</sup>. Ter-se-ia outra pesquisa frustrada, se o recurso a outras ciências fosse vedado de início.

Aceita-se que saber tudo sobre tudo é impossível, e quem, como aduz JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “...*quer saber tudo acaba por saber muito pouco acerca*

<sup>1377</sup> **Preços de transferência no direito brasileiro**, 2. ed, p. 130.

<sup>1378</sup> Cf. **Preços de transferência no direito brasileiro**, 1. ed., p. 82-83.

<sup>1379</sup> Cf. **Direito...**, *op. cit.*, p. 112-116.

*de muita coisa, porque não é possível saber tudo com profundidade. É dizer: acaba por não saber praticamente nada*<sup>1380</sup>. Se o jurista entende de direito, deve ser muito cauteloso ao pretender-se, ao mesmo tempo, um entendido em política, economia, sociologia, filosofia, psicologia, ética, contabilidade *etc.* Mas nada disso significa que, para resolver seus problemas jurídicos, não possa – ou deva, em muitos casos – valer-se das lições das outras ciências, nos casos em que **o próprio problema jurídico o demanda**. É que, se não o fizer, o problema jurídico pode ficar sem solução juridicamente adequada. Se se trata de um problema cuja solução é legitimamente demandada do jurista, é imperativo ético que ele se esforce para resolvê-lo. Não será eticamente admissível que o jurista, legitimamente demandado, lave as mãos, sob a justificativa de que aquele problema não lhe pertine, que está fora do seu sistema. Se o direito, dentro de seus cancelos, não resolve um problema jurídico, não é admissível que o jurista se abstenha de resolvê-lo, considerando-o um falso problema<sup>1381</sup>. Às vezes, o problema, seletor de sistemas, determina a abertura de pensamento do jurista para a produção teórica de outras ciências. Ciências diferentes, então, podem cooperar e dialogar, em vez de isolar-se, em consonância com um mundo globalizado, no qual a necessidade de diálogo tem superado a possibilidade de isolamento. GASTON BACHELARD já dizia: “*É verdadeiramente nessa cooperação de princípios teóricos que se manifesta a intensa atividade dialética característica da ciência contemporânea*”<sup>1382</sup>. Nos casos em que o problema – como o da justiça na aplicação de uma norma determinada – seja insolúvel no sistema adotado – ou, dentro do paradigma pressuposto – é que se impõe a virada paradigmática. Impõe-se a busca por uma nova forma de trabalhar. Explica mestre SOUTO:

Quando se adota o mesmo critério de interpretação dos fatos, obtêm-se os mesmos resultados na investigação e na pesquisa. Se equivocado esse critério, incidir-se-á sempre no mesmo erro. Somente é possível algo criativo, é dizê-lo, inovador, se ousar-se uma outra senda – outro caminho do pensamento<sup>1383</sup>.

<sup>1380</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 34; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 42; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 43.

<sup>1381</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 34-36.

<sup>1382</sup> **Epistemologia...**, *op. cit.*, p. 85.

<sup>1383</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 13.

Derrubados os alicerces que sustentam o dualismo entre ser e dever-ser e a epistemologia simplificadora, abre-se espaço para outro caminho de pensamento, que se mostre capaz de interiorizar problemas expulsos pelo sistema dogmático: a complexidade, assumida uma racionalidade pragmática.

Em um quarto nível de complexidade, o direito tributário pode dialogar com toda e qualquer disciplina científica que possibilite um incremento de complexidade, como condição necessária para sua compreensão, em abstrato, ou para o enfrentamento de determinado problema jurídico-tributário concreto. Pode manter comunicação com ciências sociais, como a economia, a ciência política e a sociologia, disciplinas ordinariamente vistas como não jurídicas. Pode relacionar-se com ciências sociais propriamente jurídicas, como a sociologia do direito, a história do direito, e a própria dogmática jurídica, seja ela tributária, seja não tributária: quantas vezes a solução de um problema não é encontrado na legislação, e sim na jurisprudência, ou na doutrina, ou no parecer do advogado, inclusive não tributarista? E, além disso, o direito tributário pode travar contato enriquecedor com ciências naturais, como a física ou a ecologia. Neste último caso, veja-se a reflexão de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: examinando o conjunto de normas ambientais, conclui pela existência de uma vedação geral a toda conduta lesiva ao meio ambiente<sup>1384</sup>. Que condutas estão proibidas é indagação cuja resposta depende de conhecimentos extrajurídicos, do âmbito da ecologia, ciência complexa por sua própria formulação. Conhecer os efeitos ambientais de determinadas ações ou inações é fundamental para bem compreender o direito em seu conteúdo, sentido e alcance. Quem se negar a essa investigação, permanecerá no senso comum do conhecimento ecológico, desconhecendo tudo o que de saber científico se produz a respeito. E não saberá interpretar adequadamente o direito. Outro exemplo soutiano: se a Constituição brasileira impõe a busca da integração social, econômica e cultural dos povos latino-americanos, será inconstitucional qualquer norma que se distancie desses objetivos<sup>1385</sup>. Nesse caso, a licitude ou a ilicitude de determinada atuação só será aferível a partir da averiguação, para além do direito positivo, dos efeitos sociais, econômicos, políticos e culturais dessa iniciativa, em uma investigação tanto

---

<sup>1384</sup> Cf. *ibidem*, p. 530.

<sup>1385</sup> Cf. *ibidem*, p. 194-196, 208-210, 222-227.



pragmática quanto complexa. Não há outro caminho: isso decorre de imposição do próprio direito, que se abre à complexidade. **Aberto o objeto à complexidade, não deve o pesquisador fechar-se a ela, sob pena de fazer trabalho inadequado.** Com essas suas lições, SOUTO, implicitamente, se não admite, ao menos não recusa a pesquisa em quarto nível de complexidade. Se SOUTO, no passado, recusou procedência à consideração da obrigação acessória como algo de conteúdo patrimonial, em função dos dispêndios econômicos que implica, décadas depois, passou a tratá-la como uma pesquisa cuja fecundidade não poderia ser negada *a priori* – dado, inclusive, o estado de coisas no cotidiano empresarial, no qual os custos de conformidade, especialmente no Brasil, são elevadíssimos. Está, o mestre, a contextualizar sua teoria no mundo concreto onde vive, abrindo a visão da dogmática jurídica, tradicionalmente fechada<sup>1386</sup>.

**O direito contemporâneo abre-se à complexidade, inclusive o direito tributário.** O Código de Processo Civil, em seu artigo 543-A, condiciona a admissibilidade do recurso extraordinário à existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Torna-se ônus jurídico argumentar levando em consideração questões econômicas, políticas e sociais, tradicionalmente havidas como extrajurídicas. Não se compreenderá a regulação do recurso extraordinário se não se compreender o que é uma questão relevante do ponto de vista econômico, político e social. De acordo com o artigo 15 da Lei n. 12.106, de 7 de agosto de 2009, cabe suspensão da segurança concedida pelo *writ of mandamus*, caso haja perigo iminente de grave lesão à economia pública. Quem se recusar a investigar o que vem a ser uma grave lesão à economia pública não compreenderá o direito brasileiro, que se complexifica ao incorporar esse tema macroeconômico. Negar legitimidade a essa investigação implica, *ipso facto*, negar a possibilidade de correta interpretação e aplicação do direito. Se cabe à ciência do direito conhecer as normas e ordenamentos jurídicos, então cabe a ela dialogar com outras ciências quando seu próprio objeto o impõe. Nesses casos, alça-se ao quarto nível de complexidade, abrindo-se a outros saberes científicos. Outros exemplos, no campo das

---

<sup>1386</sup> O primeiro posicionamento está no *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*, de 1984; o segundo, no artigo *Em socorro da obrigação tributária: nova abordagem epistemológica*, de 2005. Cf. **Obrigação...**, *op. cit.*, p. 73; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 84; Em socorro da obrigação tributária, in HELENO TÓRRES (coord.), **Tratado...**, *op. cit.*, p. 73; in EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (coord.), **Curso...**, *op. cit.*, p. 407.

relações entre direito e economia: o artigo 149, *caput*, da Constituição, autoriza a União a instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, como instrumento de sua atuação nessa área. Contribuição que, a esse título, não instrumentalizar a atuação federal no domínio econômico, será inconstitucional. Não se avança no estudo da proibição da instituição de tributos com efeito de confisco, para além de considerá-lo uma mera advertência ao poder legislativo. Por ser um problema complexo, afasta-se a possibilidade de uma delimitação pela racionalidade científica<sup>1387</sup>. Realmente: por ser complexo, o tema precisa ser enfrentado em complexidade, e uma racionalidade científica redutora e simplificadora não encontra perspectivas para seu estudo adequado. Não se sabe até que ponto a consideração de teorias econômicas a respeito do confisco de propriedade seriam úteis para a clarificação do ponto, porque elas estão *a priori* vedadas pela metodologia dominante. O efeito de confisco é atingido quando o tributo abala a existência econômica do cidadão, sendo necessário verificar até que ponto o tributo se tornou insuportável economicamente. O problema é pragmático: a preocupação constitucional é com o “efeito de confisco”<sup>1388</sup>. Se é assim, então a cogitação econômica é necessária, como o é a consideração concreta dos efeitos da norma sobre o sujeito, algo interdito à ciência do direito tributário, pela metodologia que professa. O artigo 170 da Constituição elege a livre concorrência como princípio da ordem econômica, e prescreve à lei o dever de reprimir a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência. Diretriz semelhante está no Tratado de Assunção, instituinte do Mercosul. Essas normas proíbem condutas econômicas: é vedado dominar mercados, eliminar a concorrência, concorrer deslealmente ou instituir monopólios<sup>1389</sup>. Quem não compreender o que é um domínio de mercado, uma eliminação de concorrência, uma concorrência desleal ou um monopólio, temas originariamente econômicos, não saberá interpretar nem aplicar o direito constitucional brasileiro. E quem não souber avaliar se determinada ação produz esses efeitos também estará impotente para compreender sua juridicidade. Essa avaliação depende dos efeitos dessa ação na economia, e dos efeitos que a própria economia devolve à ação, que, com isso, terá seus efeitos complexifica-

---

<sup>1387</sup> Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 164-165.

<sup>1388</sup> Cf. FERNANDO AURÉLIO ZILVETI e MÔNICA PEREIRA COELHO, Tributo confiscatório ou excesso fiscal? *in* ALDO DE PAULA JUNIOR *et al.*, *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 281, 288, 303.

<sup>1389</sup> Cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 389-404.

dos, em circuito recursivo. Ampliando-se a visão, a questão torna-se ainda mais complexa porque as ações não são isoladas, gerando efeitos umas nas outras. Não se negar a conhecê-los é fundamental. Isso, porém, não se confunde com a interpretação econômica do direito tributário, contra a qual, precedentemente, vociferou BECKER: trata-se da existência de prescrições jurídicas, que impõem, à verificação de determinados efeitos econômicos, o surgimento de certas consequências jurídicas. Negar-se a compreender efeitos econômicos, em investigação pragmática e complexa, é impedir-se de compreender a juridicidade. E assumir essa possibilidade não deve implicar a perda da atitude mental genuinamente jurídica, também reclamada por BECKER.

**Uma ciência complexa assume essa necessidade de diálogo entre disciplinas científicas diversas.** Não sua confusão. Muito menos prega um conhecimento holístico e completo de toda a realidade empírica. Tampouco almeja que todo jurista seja também economista, sociólogo, contabilista, cientista político, psicólogo *etc.* Nada disso. Mas assume que, *a priori*, é incorreto descartar a eventual fecundidade – e, mesmo, necessidade – de conversa entre o direito tributário e outras ciências, jurídicas ou não, sociais ou não. O direito costuma falar apenas consigo mesmo. Os juristas somos esquizofrênicos por formação, naquela crença denunciada por ALFREDO AUGUSTO BECKER: “*A solidão das diversas linguagens cria distorções. A confusão a respeito de uma verdade não se origina na multiplicidade das linguagens, mas no círculo fechado da linguagem solitária que leva a crer que – ela mesma – seria um universo e a única pensável*”<sup>1390</sup>. Contra isso, deve-se compreender que, complexo o objeto, complexo deve ser o estudo. Caso necessário, deve-se recorrer aos especialistas em outras ciências. Não é vergonha recorrer a expertos, quando se admite a própria ignorância, no direito ou fora dele: juízes assim atuam, em provas periciais ou no recurso a pareceres encomendados pelas partes. Muitas vezes, a boa compreensão, também do direito tributário, pode depender de visitação a outros campos do conhecimento científico. Se depender do recurso ao conhecimento não científico, embora racional, subirá ao quinto nível de complexidade no estudo do direito tributário. E, se depender de manifestações humanas despreocupadas com a racionalidade, acederá ao sexto.

---

<sup>1390</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 86; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 105.

### 6.3.6 Para além da ciência, dentro do conhecimento racional

*“Aqui, como em tantos outros aspectos, o conhecimento extrajurídico ilumina – se for conscientemente transposto – a teorização moderna sobre o jurídico”<sup>1391</sup>*

Se esta tese teve sucesso, a fecundidade do saber racional não científico, como a filosofia, para o estudo do direito tributário, já deve estar suficientemente demonstrada. Não se faz boa ciência sem forte alicerce filosófico, senão por puro acaso. O conhecimento científico consciente dos requisitos filosóficos de racionalidade adquire força e validade intersubjetiva. Por exemplo: uma ciência que conhece os problemas do pensamento metafísico e as críticas que as noções de indivíduo, de universalidade e de eternidade recebem, não terá a ingenuidade de afirmar a possibilidade uma interpretação solipsista, diferente para cada intérprete, ou a existência de estruturas jurídicas universais e perenes. A filosofia é um saber que se pretende fortemente racional, embora diferente do que se entende por racional na ciência. Esta pode depender, por exemplo, de falseabilidade empírica; aquela, tem essa falseabilidade como um critério questionável e criticável. **Quando se abre para a filosofia, o direito tributário mantém-se no argumento racional, mas escapa do âmbito exclusivamente científico.**

**Entre os temas filosóficos que não se submetem à falseabilidade empírica, como critério de racionalidade, está a ética.** Pretender prescrever o que deve ser feito pode depender de muitos fatores, para além da verificabilidade empírica. Mas, quem lança argumentos, defendendo determinado posicionamento ético, na comunidade comunicacional em que se insere, força-se a permanecer no âmbito da racionalidade intersubjetiva, sob pena de contradição performativa. Assim, ainda que se possa fundar em critérios estranhos à ciência de matriz popperiana, o argumento ético mantém-se numa esfera comunicacional de racionalidade. Ao defender como correto ou incorreto determinado comportamento ou determinada prescrição, e, para tanto, valer-se de argumentação, o sujeito ético inclui-se no performar racional.

<sup>1391</sup> Hermenêutica histórica em direito tributário, **Revista...**, *op. cit.*, p. 155; in FREDIE DIDIER JR. e MARCOS EHRHARDT JR. (coord.), **Revisitando...**, *op. cit.*, p. 347.

Dizer que a ciência deve permanecer preocupada com os efeitos que seu saber gera no ambiente em que se insere, e do qual surge, é sustentar determinada posição ética. Ética também é a pretensão de condenar, como erradas, ações que contrariem aquele mandamento fundamental. Quando MORIN afirma que o conhecimento científico deve se integrar aos problemas filosóficos e éticos, não faz uma afirmação apenas cognitiva, mas fundamentalmente ética<sup>1392</sup>. Assim, pretender impor determinados padrões de comportamento é pretensão eminentemente ética. Quando o direito, em vez de tipificar o comportamento que entende devido, abre-se a padrões éticos e modaliza-os como obrigatórios ou proibidos, impõe, ao jurista, que se abra para o conhecimento do que é pensado na esfera da ética. **Complexificado o direito, complexifica-se seu estudo.** Em seu artigo 37, *caput*, a Constituição prescreve que a administração pública obedecerá ao princípio da moralidade. Sustenta-se, atualmente, que esse mandamento não se dirige apenas ao administrador público em sentido estrito, isto é, ao agente público no momento em que exerce função administrativa. Volta-se, o dispositivo, a todo e qualquer agente público, inclusive ao exercer função legislativa, de governo ou jurisdicional, e inclusive em matéria tributária<sup>1393</sup>. O preceito é uma redundância, justificável no plano pragmático: as noções de democracia e de república, bem como de estado democrático de direito, já impõem, como consectário obrigatório, que o agente público atue com moralidade. Também no âmbito do direito administrativo – muito mais avançado que o direito tributário, nesse ponto – a Lei n. n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, prescreve: “*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de... atuação conforme a lei e o Direito...*” – portanto, não só a lei, mas a lei e o direito – e “*... atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*” – e isso não só na ausência de lei. Um direito positivo com essas características demanda, do cientista do direito, que faça entrar novamente, pela mesma porta pela qual haviam sido expulsas, para o âmbito distante da filosofia do direito ou da ética, as cogitações morais – porque, registra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, violar os princípios éticos significa, agora, violar o direito, configurando ilicitude jurídica<sup>1394</sup>. Demanda-se que se ultrapasse a mera consideração lógica – lembre-se, aqui, JOÃO

<sup>1392</sup> Cf. **O método...**, v. 4, *op. cit.*, p. 307-308.

<sup>1393</sup> Cf. HUMBERTO ÁVILA, **Sistema...**, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1394</sup> **Curso de direito administrativo**, p. 109.

MAURICIO ADEODATO: “...as categorias lógicas não são compatíveis com determinações de conteúdo ético”<sup>1395</sup>. Por isso, é preciso ir muito além delas.

**O direito tributário brasileiro ressent-se de estudos éticos.** A lealdade, ou a proteção à boa-fé, são temas jurídicos cujo desenvolvimento é bastante diferente entre o direito privado e o direito público, com vantagem para aquele; e, neste, deveras distante é o tratamento do direito administrativo e o do direito tributário, com ampla vantagem para o primeiro. No direito tributário brasileiro, não sabemos o que é lealdade, o que é boa-fé, o que é moralidade, nem para o estado, nem para o contribuinte. A obra de KLAUS TIPKE tem pouca repercussão entre nós – preocupados, que estamos, com redução de complexidades<sup>1396</sup>. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em um dos raros momentos em que trata do assunto, afirma: “A subtração ex abrupto da isenção pelo poder concedente violaria o subprincípio da boa-fé, contido nas dobras do princípio da moralidade da administração que deve pautar as suas relações com os administrados...”<sup>1397</sup>. Para o autor, decorre, da boa-fé, a inadmissibilidade de que alguém, estado ou contribuinte, beneficie-se da própria malícia<sup>1398</sup>. A doutrina, no entanto, registra casos de deslealdade estatal, como na seguinte passagem de ALIOMAR BALEEIRO: “...vicioso dispositivo dum diploma da ditadura de 1937 a 1945, que, para conservar taxas inconstitucionais..., adotou definição intencionalmente errônea daqueles tributos... É evidente a confusão maliciosa com os impostos...”<sup>1399</sup>.

É próprio dos princípios e valores constitucionais, como a boa-fé e a lealdade, estarem na implicitude dos textos positivados; ou, quando positivados, não apresentarem, claramente, uma hipótese de incidência e uma relação jurídica a ser instaurada quando da ocorrência do fato jurídico. Muitos e muitos fatos, completamente diferentes, podem desencadear a incidência de um princípio como a defesa da boa-fé e a obrigatoriedade de um agir leal, bem como muitas e muitas consequências podem advir da incidência desses princípios<sup>1400</sup>. Com isso, o tratamento dogmático dos princípios fica dificultado. **Um bom caminho para sua compreensão pode ser a tópica:** levantar

<sup>1395</sup> As fontes..., *op. cit.*, p. 55.

<sup>1396</sup> Cf. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**, *passim* – originalmente, publicada como *Besteuerungsmoral und Steuermoral*, em 2000.

<sup>1397</sup> **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1398</sup> **Lançamento...**, *op. cit.*, p. 302; **Lançamento...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 271.

<sup>1399</sup> **Direito...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1400</sup> Cf. ANDRÉ FOLLONI, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 46.

casos em que se considera que o comportamento é desleal, fere a boa-fé, partindo do problema, em direção ao sistema. É possível levantar vários deles: (i) imposição, ao cidadão, de legislação tributária que se altera com frequência tal que torna inviável seu conhecimento, e, conseqüentemente, seu cumprimento, mantendo o risco de multa sempre presente, e, com isso, a elevação nos patamares de arrecadação; (ii) fiscalização tributária que percebe o equívoco do contribuinte, justificado em face da obscuridade legislativa, e pune, quando deveria orientar; (iii) fiscalização tributária que percebe seu próprio equívoco, mas orienta, o contribuinte, a buscar pelo poder judiciário; (iv) imposição, ao cidadão, do ônus de documentar sua atividade econômica mediante a utilização de legislação ininteligível e inexecutável; (v) impedimento do exercício de sua atividade econômica, com a imposição de restrições exageradas, não previstas inicialmente; (vi) incentivo tributário a uma atividade econômica, seguido de revogação do incentivo ou passagem daquela atividade para o campo da ilicitude; (vii) criação de obrigações acessórias, sem que a norma que as cria tenha sua eficácia inicial suspensa por alguma *vacatio legis*; (viii) imposição excessiva de obrigações tributárias, principais e acessórias, que tornam o custo de conformidade insuportável para o contribuinte; (ix) recusa ou imposição de dificuldades à devolução de um tributo pago de forma reconhecidamente indevida; (x) formulação de políticas tributárias e imposição, via ato do poder executivo, sem discussão com a sociedade; (xi) desconsideração das manifestações do poder judiciário favoráveis ao contribuinte, como, por exemplo, continuar a cobrança de um tributo declarado inconstitucional ou não devolução de tributo declarado inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade; (xii) cobrança de cada vez mais tributos, para equilibrar um orçamento mal elaborado e mal executado; (xiii) descumprimento dos prazos estabelecidos; (xiv) acentuação do rigor da fiscalização tributária sem que haja motivos objetivos para isso; (xv) tratamento de todo e qualquer contribuinte como se fosse sonegador; (xvi) utilização da “ilegalidade eficaz” (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES<sup>1401</sup>), isto é, cobrança de tributo ilegal ou inconstitucional, na expectativa de que o questionamento, por parte dos cidadãos, será reduzido, com o

---

<sup>1401</sup> Cf. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, O princípio da moralidade no direito tributário, in **O princípio da moralidade no direito tributário**, p. 30. MISABEL ABREU MACHADO DERZI fala em “artifícios” para cobrar tributo que se sabe ser ilegal – cf. Artifícios do legislador para tributar o patrimônio sem licença da Constituição, in VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA (coord.), **Grandes questões atuais do direito tributário**, p. 199 *et seq.*

que, então, a cobrança torna-se financeiramente superavitária; (xvii) utilização de todos os recursos cabíveis e incabíveis para postergar a tutela jurisdicional favorável ao contribuinte, em matérias já pacificadas; (xviii) postulação judicial temerária; (xix) criação de norma interpretativa, com pretensões de retroatividade, para modificar entendimento estatal – jurisprudencial ou administrativo – do qual se beneficiava o cidadão, e que passará à condição de ilicitude, mesmo se atuando, até então, segundo o entendimento estatal; (xx) alteração da Constituição para constitucionalizar tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; (xxi) vedar à administração pública que aplique a Constituição para afastar lei inconstitucional, reduzindo o âmbito de validade territorial da Constituição, para não incluir o prédio do Ministério da Fazenda; (xxii) anunciar-se que um tributo irá ser reduzido, e, quando os contratos são fechados, aumentar o tributo<sup>1402</sup>. São todas condutas quotidianas, conhecidas de quem é familiarizado com o direito tributário brasileiro. Muitas dessas condutas, no entanto, não ferem nenhum texto expresso de direito positivo, não se enquadrando em hipóteses normativas claras. Como pode ser considerado ilícito, por exemplo, valer-se, a fazenda pública, de um recurso previsto em lei, presentes as hipóteses legais de cabimento ? Apenas se a visão do tributarista for para além dos meros textos prescritivos, englobando padrões éticos, integrantes da constituição do estado brasileiro, como se faz no direito privado e no direito administrativo.

Ainda que possa se mostrar, em determinados pontos, insuficiente ou inadequada, a conversa entre o direito tributário e a ética não pode ser vedada, *a priori*, por normas metodológicas reducionistas. Isso impedirá a compreensão da complexidade própria dos relacionamentos entre estado e contribuinte, que têm aspectos jurídicos, econômicos, políticos, psicológicos, entre outros tratados pelas ciências, e éticos. Um estudo em quinto nível de complexidade pode trazer resultados muito interessantes. Quem o saberá, se esse estudo está, desde logo, vedado ? Nem mesmo o teste empírico da fertilidade de um estudo como esse é possível, porque **sua realização é vedada pela norma metodológica que, por isso, torna-se anticientífica**: considera um equívoco algo que não se submeteu à “testabilidade” empírica, à prova, que poderia con-

---

<sup>1402</sup> Quem cogita do caso é HUMBERTO ÁVILA – cf. *Sistema...*, *op. cit.*, p. 147.



firmar ou infirmar esse posicionamento prévio, e, *a priori*, proíbe a própria “testabilidade”.

### 6.3.7 Para além do conhecimento racional

*“Sem a intuição nenhum conhecimento novo e inovador se manifesta na vida da ciência”*<sup>1403</sup>

A visão de mundo, necessária para a boa compreensão do direito, e de suas relações com a sociedade na qual está inserido, é sobremodo incrementada quando o jurista se abre para o mundo artístico. Esse caminhar pela esfera artística pode trazer a sensibilidade necessária para a compreensão de elementos não científico-rationais das relações humanas, inclusive entre estado e contribuinte. Quando fala de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, JOSÉ ROBERTO VIEIRA diagnostica: *“Pois justamente o enveredar fecundo pela Filosofia e pela Poesia é que lhe permitiu retornar ao Direito com novos horizontes e mais vastas perspectivas...”*<sup>1404</sup>. SOUTO não se retém no direito tributário, nem no direito, nem no âmbito do conhecimento racional: além da filosofia, interessa-se pela poesia, pela arte, que lhe pode oferecer perspectivas novas de compreensão da realidade em que se insere. Porque SOUTO aprendeu a preciosa lição de BECKER: *“O teu ser deverá conservar e desenvolver uma sensibilidade capaz de escutar e entender também as estrelas e as pedras do caminho; e não apenas as leis e os autos de infração. O homem pode viver do Direito Tributário, mas não para o Direito Tributário”*. Mestre SOUTO relata que essa lição beckeriana, plasmada em correspondência pessoal, influenciou, de forma decisiva, a evolução do seu pensamento, a ponto de praticamente impor, a ele, a superação do confinamento no direito tributário, para ver-se livre da permanência em uma única especialização teórica. SOUTO, então, permitiu-se ouvir, além dos juristas, os filósofos e os poetas, que vivem próximos das estrelas – os “esposos da palavra”, como dizia BECKER. E, para o bem de todos nós, não guardou a lição consigo, publicando boa parte do conteúdo dessa correspondência epistolar, no texto *Presença de Alfredo Augusto Becker*, depois incluído nas segunda e

<sup>1403</sup> *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 193.

<sup>1404</sup> *E, afinal...*, *op. cit.*, p. 596.

terceira edições do *Ciência feliz*<sup>1405</sup>. PAULO DE BARROS CARVALHO, por sua vez, registra, em BECKER, seu conhecimento musical e sua sensibilidade<sup>1406</sup>. É a arte proporcionando, ao jurista, ampliação de horizontes e melhor compreensão do mundo.

O mesmo VIEIRA, que oferece aquele testemunho, é exemplo de como **a proximidade com a produção artística pode oferecer, ao jurista, instrumentos importantes de conhecimento da realidade**. O autor vislumbra, nas ações do estado brasileiro em face de seus cidadãos, uma maldade comparável à da sanguinária personagem Shylock, de WILLIAM SHAKESPEARE, disposta a – literalmente – arrancar a carne de quem lhe deve dinheiro. Todo o potencial ilustrativo dessa comparação é extremamente produtivo, e entrega, ao leitor, pela simples e direta metáfora, muito mais do que dezenas de páginas descritivas das atuações estatais. Se não as substitui, certamente incrementa o potencial de compreensão da realidade tributária, tanto o seu próprio potencial, quanto o de seu leitor<sup>1407</sup>. O mesmo autor, ao defender o não abandono da experiência pretérita com o Imposto sobre Produtos Industrializados, dada sua “velhice”, compara-o a Úrsula Iguarán, a personagem de GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ<sup>1408</sup>. Trata-se de experiência de vida que é potencializada pelo recurso à produção artística. A sensibilidade que tal experiência proporciona jamais seria obtida pelo mero estudo do direito posto. Longe de ser vedada, essa abertura à experiência estética deve ser estimulada, indicando uma superação do dualismo entre arte e ciência. Ambos encontram-se, no mínimo, na necessidade de envolvimento apaixonado: “...*sem paixão, nenhuma ciência e nenhuma arte*”, ensina mestre SOUTO<sup>1409</sup>.

**Compreender o mundo em que se vive é condição necessária para a boa interpretação e aplicação do direito, inclusive o tributário.** Porque conhecer uma normatividade depende do conhecimento do mundo que a envolve, como ensina MIGUEL REALE:

<sup>1405</sup> Cf. ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Carnaval...*, *op. cit.*, p. 32; *Carnaval...*, 2. ed., *op. cit.*, 1999, p. 47; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Presença...*, *passim*; *Ciência...*, 2. ed., *op. cit.*, p. 157-172; *Ciência...*, 3. ed., *op. cit.*, p. 208-221. Parte do relato sobre a correspondência de BECKER aparece na última capa do livro *O contraditório no processo judicial*, que, pelo estilo, não hesito em atribuir ao próprio SOUTO.

<sup>1406</sup> Cf. Alfredo..., *op. cit.*, p. 27.

<sup>1407</sup> Cf. Apropriação Indébita Tributária no IPI e no ICMS: Vislumbres de um Estado “Shylock”, in AIRES F. BARETO *et. al.*, **Direito tributário, linguagem e método**: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual, p. 487-549.

<sup>1408</sup> Cf. Imposto..., *op. cit.*, p. 175.

<sup>1409</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 43.

A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito<sup>1410</sup>.

Muitas vezes, é preciso adequar previsões normativas a realidades sempre mutantes, o que não implica violação ao direito, nem, muito menos, perda de controle da racionalidade das conclusões. SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO e MISABEL ABREU MACHADO DERZI, por exemplo, sustentam o seguinte, em determinado ponto de sua argumentação:

Cada geração reinterpreta as palavras jurídicas com seus problemas, sua cultura e seu meioambiente, que são condições prévias ao conhecimento, sentido histórico a que se referiu Gadamer, *hic et nunc*. Urge, sem violação da disposição constitucional, trazer a interpretação à época e ao contexto de um Estado Democrático de Direito consagrado pela Carta de 1988 [*sic*]<sup>1411</sup>.

Embora seu estudo seja dogmático, mestre SOUTO não deixa de interpretar a prescrição da soberania, no artigo 1.º, I, da Constituição, tendo como pano de fundo uma pré-compreensão ampliada, segundo a qual, “...num mundo globalizado, um nacionalismo estreito não tem mais hora, nem vez”, e sabedora de que “O fenômeno da globalização... implica o repensar as relações entre soberania estatal e comunidade”<sup>1412</sup>. Daí a relevância da condição histórica, sem a qual, sustenta MIGUEL REALE, qualquer conhecimento é equívoco e mutilado<sup>1413</sup>. **A compreensão desse contexto em que se vive pode ser potencializada pelo recurso à obra artística.** O direito tributário brasileiro não pode ser adequadamente interpretado e aplicado como se a realidade para a qual ele se volta, e na qual se insere, fosse aquela de um país desenvolvido, que prima pela honestidade e o respeito nas relações entre particulares, e entre estes e o estado, que tivesse superado o problema da fome e da miséria, que estivesse em níveis elevados de educação pública, no qual o outro não fosse um obstáculo, mas, sim, um

<sup>1410</sup> Teoria..., *op. cit.*, p. 62.

<sup>1411</sup> SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, MISABEL ABREU MACHADO DERZI e HUMBERTO THEODORO JR., **Direito tributário contemporâneo**, p. 213.

<sup>1412</sup> Curso..., *op. cit.*, p. 69 e 188. O estudo dogmático está no capítulo IV do *Curso*: “Conceito constitucional de soberania (autonomia interna)” (*ibidem*, p. 169-191).

<sup>1413</sup> Cf. Teoria..., *op. cit.*, p. 80.

igual, digno do mesmo respeito que se requer a si próprio. Nossa realidade, nosso estado, nosso direito, é individual, nesse sentido: é só nosso. Depende de nossas experiências, cuja compreensão advém, inclusive, da experiência do contraste com a realidade alheia. Essa compreensão traz, ao jurista, uma sensibilidade que a leitura dos textos de direito positivo e dos manuais dogmáticos jamais será capaz de proporcionar, o que impõe, na linha de ROBERT ALEXY, um acréscimo no material empírico da ciência do direito, para muito além do texto legislado<sup>1414</sup>. O conhecimento da filosofia, além da ciência em geral, podem contribuir para essa ampla visão de realidade. E a produção artística não deve ser desprezada, enquanto meio de compreensão do real: literatura, poesia, música, artes plásticas... O grau de comunicabilidade da produção artística, muitas vezes, é enormemente superior ao da ciência racional. Longe de vedar esse recurso, cabe à universidade e à academia incentivá-lo.

## 6.4 Ciência complexa normativa e positiva: retorno a SOUTO

### 6.4.1 Os diferentes âmbitos de ação

*“À ciência só interessam construções teóricas muito mais substanciais”*<sup>1415</sup>

Uma ciência complexa deve ter consciência dos efeitos práticos que pode causar. Já não se pode mais acreditar em um saber científico puro, desvinculado das situações concretas de sua possível aplicabilidade, ainda que em desacordo com as intenções do cientista. Deseje ele ou não, vive em uma sociedade de risco, na qual está integrado o risco de que suas proposições descritivas adquiram o *status* de acontecimentos, a alterar o estado de coisas antes existente, numa espécie de “efeito borboleta”, que preocupou HENRI POINCARÉ e EDWARD LORENZ, para pior ou para melhor. Com o incremento na possibilidade de consequências incontrolláveis, presente num mundo cada vez mais complexo, cresce a responsabilidade do cientista perante o mundo que o cerca, que o constitui, e que ele próprio co-constitui. Perante os problemas

<sup>1414</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>1415</sup> **Obrigação...**, *op. cit.*, p. VIII; **Obrigação...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 14.

desse mundo, um cientista familiarizado com a complexidade deve estar apto a oferecer soluções, pensados os possíveis efeitos que sua ação poderá gerar.

**Ciência é ação.** O cientista é sujeito de um comportamento que não é livre de consequências. Se sua ação se volta para resolver problemas complexos, impõe-se que sua conduta seja igualmente complexa, o que leva à interdisciplinaridade. Como lembra HILTON JAPIASSÚ, interdisciplinaridade não é só um saber, mas uma prática orientada para a resolução de problemas:

O objetivo não é o de criar uma nova disciplina nem de elaborar um discurso universal, mas o de tentar resolver um problema bem concreto em suas múltiplas dimensões. Nestas condições, as práticas interdisciplinares não só podem, mas devem ser consideradas *negociações* entre pontos de vista, projetos e interesses diferentes, mas convergentes<sup>1416</sup>.

Assim, é diante de um problema prático que se posta o cientista complexo, a agrupar saberes que poderão, em maior ou menor medida, se adequadamente conjugados, oferecer soluções.

**No direito tributário, duas ordens de soluções são facilmente distinguíveis.** Atuar na interpretação e na aplicação do direito a um caso concreto, com vistas a dar uma solução jurídica a um problema posto, é fazer uma ciência que se poderia denominar “positiva”: procura, sabendo como o direito é, e como o caso fático é, dizer qual a solução correta. É fato que, aqui, o cientista assume a pretensão de dizer como aquela decisão deve ser; porém, atua dentro dos limites jurídicos, considerando licitudes e ilicitudes já previamente definidas, direitos e deveres já previamente outorgados, para aplicar as normas que definem esses parâmetros a situações concretas. Atuar na modificação do direito, por demonstrar a incorreção de determinadas fixações de licitudes ou ilicitudes, direitos e deveres, proibições, permissões e obrigações, é fazer uma ciência que pode ser chamada “normativa”: diz que o direito, como é, é errado, e que deveria ser de outro modo. Embora a solução seja, também, jurídica, sua atividade aproxima-se muito mais da política do que no caso anterior<sup>1417</sup>. Na primeira hipótese, o jurista orienta a aplicação da norma; na segunda, denuncia a norma como equivocada. É

<sup>1416</sup> O sonho..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>1417</sup> KARL LARENZ distingue, nesse sentido, “ciência do direito” e “política do direito” – cf. **Metodologia da ciência do direito**, p. 227-228.

claro que a criação de outra norma, no lugar dessa denunciada, será a aplicação de outra, por orientação do jurista – o que aproxima, sem confundir, as duas atividades. A primeira, embora não elimine o aspecto político, tem maior ênfase no aspecto jurídico; a segunda, não obstante mantenha o saber jurídico como dado obrigatório, aproxima-se mais de um agir político<sup>1418</sup>.

Superado o dualismo entre razão e vontade, segundo o qual só é racional a manifestação a respeito daquilo que é, ficando para o domínio da irracionalidade a manifestação sobre o que deve ser; e ficando superado o reducionismo epistemológico como única via a um conhecimento satisfatório; é viável sustentar **caber ao cientista do direito, mantendo racionalidade, atuar em qualquer um desses âmbitos**: o mais propriamente jurídico, da ciência positiva, e o de maior conotação política, da ciência normativa. Neste último caso, trata-se de avaliar o direito existente e conceber possibilidades de aprimoramento. É uma ciência que avalia, e propõe um dever-ser alternativo em face do concretamente existente, por considerá-lo inconveniente, inoportuno, inútil, perigoso, negativo, embora não necessariamente inválido. À medida que pretende dizer como o direito deve ser, uma vez que não é como deveria, consiste em uma ciência do direito tributário propriamente normativa. No primeiro caso, trata-se compreender o direito existente e suas possibilidades de aplicação, descrevendo-o, conformando-o, e orientando a melhor aplicação a casos concretos. Sem pretensão de alterá-lo, volta-se ao direito que está-aí, no cotidiano concreto daqueles que a ele se submetem, incluídos os que têm, por ofício, aplicá-lo concretamente. Essa ciência já não pretende modificar o direito vigente, mas compreendê-lo, ele e seu entorno, admitindo como tarefa, também, avaliar os possíveis efeitos de aplicações concretas, para orientar o órgão competente nesse sentido. Em comparação com a ciência anterior, perde em normatividade, ganhando em positividade. Mas, a oposição é meramente relativa, e para fins de comparação: tanto a primeira, quanto a segunda, em certo sentido, são normativas. Ambas pretendem dizer qual o direito que deve ser: ou no caso concreto,

---

<sup>1418</sup> Sobre a distinção, cf. JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA, Aplicación práctica del derecho tributario y la tentativa de dejarlo más dinámico, in JAMES MARINS, **Tributação...**, *op. cit.*, p. 25-26; JAMES MARINS, O desafio..., *op. cit.*, p. 40-41 – neste último texto, o autor, claramente, pensa a problemática de uma ciência jurídica normativa em complexidade.

adaptando-se, a ele, o direito que já é; ou em abstrato, pretendendo a alteração do direito que já é.

Se, neste segundo caso, de ciência normativa, orienta-se aqueles que têm por função legislar – o político e, em certa medida, o administrador –, naquele primeiro, de ciência positiva, orienta-se os que têm por função aplicar o direito legislado – o juiz e, em certa medida, o administrador. Uma teoria identifica as funções do legislador, do administrador e do juiz, porque todas são, de fato, criação e aplicação do direito. Isso, porém, não as torna absolutamente idênticas. Aqui, insinua-se um problema, porque confundir os dois momentos pode levar a doutrina a arvorar-se na função de alterar o direito, sem legitimidade democrática para tal; ainda, pode levar o julgador a alçar-se à função de legislador, despido de representatividade popular, e assumindo posição autoritária. Daí, **a necessidade de bem distingui-los.**

Assumindo uma visão complexa, e abrindo, ao cientista do direito tributário, a realização de ambas as atividades, está DINO JARACH, que expõe as diferenças:

Para tomar posición, antes de iniciar el estudio de las Finanzas Públicas y como cuestión metodológica fundamental, débase examinar si la ciencia que estudia la actividad financiera ha de ser positiva y deba, pues, encararse teniendo en cuenta el desenvolvimiento histórico de dicha actividad y sus premisas sociológicas y políticas como también su marco jurídico, o bien debe ser normativa, esto es, resolver según los principios de la idoneidad de las operaciones y de los instrumentos elegidos respecto de determinados propósitos u objetivos; creemos que ambos constituyen enfoques admisibles para la ciencia de la hacienda o ciencia de las finanzas<sup>1419</sup>.

Em uma ordem democrática e republicana, como a brasileira, a qualificação de condutas como lícitas ou ilícitas, e a atribuição das respectivas sanções, em abstrato, é atribuição exclusiva daqueles que detêm competência para tal, **decorrente da representatividade popular.** O que é lícito ou ilícito, numa ordem constitucional democrática e republicana, é definido em decorrência da vontade dos representantes do povo, manifestada na Constituição e nas leis. A mais ninguém é dada essa prerrogativa: nem o cientista, nem o jurista, nem o administrador, nem o juiz. Veja-se, dentre outros, ALBERTO XAVIER:

---

<sup>1419</sup> Finanzas públicas y derecho tributario, p. 71.

...o aspecto formal do Estado de Direito impõe a idéia de que à lei e apenas à lei cabe a escolha, de entre as várias manifestações de capacidade econômica possíveis, daquelas que se reputam adequadas à tributação, de tal modo que a eleição dos fatos da vida que devem dar origem a obrigações tributárias compete exclusivamente ao legislador, que não já ao administrador ou ao juiz<sup>1420</sup>.

Se o direito não trata uma conduta como ilícita, o intérprete não pode convertê-la de lícita em ilícita, nem o contrário. Salvo autorização popular em sentido contrário, o intérprete não é representante autorizado do povo, para definir o que é lícito ou ilícito, proibido, permitido ou obrigatório, seja qual for sua estatura moral, científica, profissional ou acadêmica. **Trabalhar em complexidade não significa confundir, nem fundir, a criação da legislação tributária, com sua interpretação e aplicação.** Se o intérprete pretender atuação política, não a deve escamotear enquanto atividade meramente interpretativa, como se de ciência positiva se tratasse, como tanto insistiu, com razão, KELSEN. Sob o ponto de vista do cidadão, se sua conduta foi qualificada como lícita pelo direito, e ele se conduziu de acordo com essa licitude, o intérprete, *a posteriori*, não pode requalificar essa conduta, agora como ilícita, para puni-lo. Se o direito impõe à realização da conduta um determinado efeito jurídico, ou não impõe efeito jurídico algum, esses efeitos não podem ser modificados, unilateralmente, e de forma autoritária, pelo intérprete. A lição de ALFREDO AUGUSTO BECKER não pode ser esquecida:

Embora soe paradoxal, esse poder de dominação da estrutura jurídica é justamente o instrumento de liberdade do homem, pois lhe confere a certeza naquelas suas relações sociais porventura disciplinadas por regra jurídica, permitindo-lhe construir sua vida dentro da violenta competição de interesses dos outros indivíduos<sup>1421</sup>.

Então, **embora aproximadas e até semelhantes, é preciso distinguir o que é atividade normativa e o que é atividade positiva.** Quando o jurista orienta a produção legislativa, faz ciência normativa: explica, a partir do direito que é, como o direito, no plano abstrato e geral, deveria ser. Quando orienta a produção judicial, faz ciência positiva: explica, a partir do direito que é, como o direito, no plano concreto e indivi-

<sup>1420</sup> **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**, p. 11.

<sup>1421</sup> **Carnaval...**, *op. cit.*, p. 99-100; **Carnaval...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 125. No mesmo sentido, cf. ALBERTO XAVIER, **Os princípios...**, *op. cit.*, p. 46.



dual, deve ser – nesse caso, com menor liberdade criadora. Em ambas as produções, trata-se de um dever-ser; simultaneamente, interpretação e aplicação do direito. Tanto o legislativo quanto o judiciário, sabe-se desde KELSEN, criam direito. Mas, no estado democrático de direito brasileiro, em graus diferentes. O jurista que, a pretexto de orientar positivamente, normatiza o direito, sem competência para tal, extravasa suas funções. Se obedecer ao imperativo ético de contribuir com o aprimoramento do direito vigente, deve declarar seu trabalho enquanto ciência normativa, mais política que jurídica. Nenhum cinismo ou velamento deverão ser aqui admitidos. Exemplos, porém, terão maior capacidade explicativa. Quem os fornece, mais uma vez, é JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES.

#### 6.4.2 Complexidade na ciência normativa

*“Nada substitui, em comunicação do pensamento, o exemplo”<sup>1422</sup>*

Diz-se, de uma ciência, que ela é “normativa” em dois sentidos: ou que ela se volta ao estudo das normas, ou que ela se volta a normatizar. O foco desta tese é o enfrentamento dos pressupostos epistemológicos da doutrina tributarista – neopositivismo, redução de complexidades e dualismo entre ser e dever-ser –, possibilitando, ao cientista do direito, que melhor o compreenda e que se capacite para melhor orientar sua criação e aplicação, tendo em vista a vida concreta dos sujeitos. Uma ciência feita sob esse influxo será normativa em duas medidas: estuda as normas, e pretende ser capaz de orientar a melhor forma de criação e aplicação do direito. Se orienta, em certa medida também normatiza: além de descritivas, suas proposições pretendem, também, certo grau de persuasão. Nada impede – aliás, tudo postula – que o jurista se engaje no aprimoramento do direito vigente. Essas tarefas, em última instância, dependem do órgão competente. A decisão final nunca é da doutrina, embora possa ser influenciada, por ela, em grande medida. A obra de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES inclui propos-

---

<sup>1422</sup> O contraditório..., *op. cit.*, p. 36.

tas de alteração do direito vigente, galgando importantes níveis de complexidade, como no caso da renúncia às isenções.

**O autor parte do problema:** alguma pessoa, beneficiada por uma isenção tributária, poderia, eventualmente, desejar livrar-se dela ? Isso seria social e economicamente necessário ? Há boas razões para que isso seja desejável. Nesse caso, poderia ela renunciar à isenção ? Trata-se, a isenção, de um direito subjetivo renunciável ? Isso seria juridicamente possível ? O autor reconhece que essa categoria não existe no direito tributário brasileiro, e não pretende, por “interpretação”, dizer que ela existe. Não mascara uma atuação político-jurídico-normativa como mera interpretação do direito existente.

Para compreender melhor a questão, **mestre SOUTO, assumindo complexidade em segundo nível, visita o direito privado.** Busca, com isso, a caracterização dogmática da categoria jurídica “renúncia”, com vistas à sua transposição, crítica e devidamente adaptada, ao direito público, e, particularmente, ao direito tributário. No direito privado, o autor, qualifica a renúncia como o ato pelo qual o titular de um direito pode extingui-lo. Como vê a isenção como um direito subjetivo à não incidência tributária, estabelecido em lei, SOUTO cogita, então, de renúncia ao direito de isenção. Verifica que, no direito privado, certas renúncias dependem da anuência de terceiros. Dadas as peculiaridades do direito público, porém, o autor reconhece a possibilidade de que a norma positiva venha a impor o requisito de concordância do agente fiscal, o que não contrariaria o regime jurídico de direito tributário<sup>1423</sup>.

O método, então, inicia-se pela identificação do problema, seguida do recurso ao direito privado, e da comparação com o regime jurídico tributário. Recorrer ao direito privado é abrir mão do isolamento. É, permanecendo dentro do jurídico-positivo, do saber dogmático, visitar outra especialidade jurídica. É compreender um determinado instituto a partir da visão de um compartimento diverso do conhecimento jurídico. É empreender considerações de direito tributário a partir de considerações de outros ramos do direito. É admitir, como método, a complexidade. É admitir que o confi-

---

<sup>1423</sup> Sobre a renúncia às isenções no direito privado, cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 105-106. Para a caracterização da isenção como direito subjetivo do cidadão, oponível ao estado, um sujeito passivo do dever de respeito a ela, cf. **Isenções...**, *op. cit.*, p. 184; **Isenções...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 157; **Teoria...**, *op. cit.*, p. 185; **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 34.

namento no direito tributário é insuficiente para a compreensão satisfatória do fenômeno jurídico. **É laborar no segundo nível de complexidade.**

A utilidade do trabalho em complexidade salta à vista; mas revela-se, também, **uma dupla imposição.** É só porque conhece, a fundo, o direito tributário, e porque, se não é especialista no direito privado, vale-se do ensinamento daqueles que o são, que JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES consegue fazer, com proveito, a conexão entre os dois saberes. Apenas tendo o conhecimento dos dois âmbitos, é possível caminhar em busca da complexidade. Mas a imposição é dupla porque implica, além do conhecimento, o respeito às peculiaridades do direito privado e do direito tributário. Transpor a teoria do direito privado para o direito tributário demanda conhecer as especificidades de ambos, e, dotado desse arsenal prévio, criticar a teoria privatista, e fazer, com perspicácia e seriedade, as devidas adaptações.

Feito esse trabalho, SOUTO passa a analisar o instituto da renúncia à isenção tributária no direito comparado. Avalia a solução normativa no Peru e na União Europeia. Aqui, tem-se **conhecimento jurídico no terceiro nível de complexidade**, sujeito à mesma dupla imposição: conhecimento da realidade jurídico-positiva do Peru e da União Europeia, além da brasileira, acrescido do cuidado na transposição. Cogita, ainda, de problemas concorrenciais que o instituto poderia trazer, pensando em termos de direito econômico, em complexidade de segundo nível<sup>1424</sup>.

Contudo, além dos trabalhos em segundo e terceiro níveis de complexidade, que se confinam no âmbito do jurídico, **o autor ainda trabalha no quarto nível de complexidade**, aquele que transborda a ciência do direito em sentido estrito, para admitir considerações de outras ciências. No caso, considerações econômicas. Isso revela-se em vários pontos, nos quais justifica a necessidade de empresas optarem por renunciar a isenções tributárias. Essa renúncia deve-se ao fato de que a isenção anula a possibilidade de créditos de não cumulatividade relativos aos tributos sobre circulação de produtos. Nota-se que pode haver uma explicação econômica e uma jurídica para a renúncia: economicamente, ela baratearia a produção; juridicamente, ela tornaria o tributo não cumulativo, em atenção ao princípio constitucional da não cumulatividade. No texto, está claro o argumento de ordem econômica:

---

<sup>1424</sup> Cf. **Teoria...**, *op. cit.*, p. 109.

O direito positivo de alguns países contempla hipóteses, decerto excepcionais, em que é possível ao contribuinte renunciar à isenção, optando por submeter-se ao regime obrigacional tributário – efeito à primeira vista surpreendente para o jurista, mas economicamente justificado; caminho para sua adoção pelo direito positivo. É o que sucede, p. ex., nos impostos sobre o valor agregado (IVA), incidentes sobre a circulação de produtos industrializados, mercadorias e serviços. A renúncia estará condicionada, *ex vi legis*, à denegação do crédito fiscal nas operações isentas. O que pode paradoxalmente tornar a isenção mais onerosa do que a tributabilidade. Em tal hipótese, a isenção postula um ciclo da tributação incidente econômica e juridicamente sobre o valor acrescido. Se indedutível a etapa isenta, dar-se-á um efeito cumulativo do IVA...<sup>1425</sup>

O autor intenta, nesse ponto, explicar que há boas razões, de ordem econômica, para que uma empresa possa preferir renunciar à isenção tributária. Isso será, diz o mestre, surpreendente para o jurista, acostumado a ver a isenção como um favor, um privilégio, uma dispensa do pagamento de tributo devido, uma exclusão do crédito tributário, uma regra excepcional que impede o surgimento da obrigação tributária, uma hipótese de não incidência de tributo, uma regra que mutila a norma de incidência tributária *etc.* Por que desejaria, o cidadão, renunciar à isenção, se ela é tudo isso, e tudo isso é aparentemente positivo? Porque, economicamente, a isenção torna-se onerosa, em determinadas situações, de modo que sua supressão passa a ser vantajosa. Continua JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, mais adiante, a explicar o efeito economicamente desvantajoso da isenção nos tributos sobre o valor agregado:

Seus efeitos entretanto estão longe de ser benéficos, gerando distorções em nível de preços, toda vez que, ao exonerar-se os contribuintes, se vedar o exercício do direito ao crédito fiscal, com o que o imposto grava suas aquisições e se converte num custo financeiro para o empresário. Daí a sua determinação de renunciar à isenção<sup>1426</sup>.

A referência às distorções nos preços, e ao custo financeiro do empresário, são estritamente econômicas, e o jurista não se furta a fazê-las. Além de econômico, o argumento é, nitidamente, pragmático. A preocupação é com os efeitos que a realidade jurídica causa aos seus destinatários. A opção pela tributação em lugar da isenção fundamenta-se na vantagem econômica, mas é também juridicamente relevante:

---

<sup>1425</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>1426</sup> *Ibidem*, p. 108.

A questão porém de maior vantagem para o contribuinte na opção pelo regime obrigacional, em comparação com o exoneratório, é *quaestio facti* (econômica), embora relativa a fato juridicamente regulado. A fixação entretanto dos pressupostos para o exercício da opção é matéria *legal (quaestio juris)*, o que mostra a fragilidade dessa distinção dualista: questão de fato/questão de direito. Juridicamente só há questão de direito porque o fato jurídico é fato juridicamente regulado – nunca um fato natural, juridicamente indiferente (v. nosso *Lançamento tributário*, pp. 275-276)<sup>1427</sup>.

A complexidade de quarto nível fica bem caracterizada nessa passagem. Nela, o autor tece, concatenadas, considerações econômicas e jurídicas, sem, contudo, deixar de lado a distinção entre economia e direito. É ver a complexidade sem abandonar o saber anterior. É trabalhar com interdisciplinaridade, sem olvidar as disciplinas isoladas. Isso se repete em seguida: “*Bastam essas considerações sumárias para diagnosticar que as contra-indicações econômicas das isenções de impostos incumulativos, ou que recaem economicamente sobre o valor acrescido, não são juridicamente irrelevantes*”<sup>1428</sup>.

Primeiro, o autor compreende que a renúncia é, economicamente, pelo menos, necessária, e como ela funciona, no direito privado, e no direito comparado. Conclui pela necessidade de sua instituição no direito brasileiro. Diante disso, e após essa empreitada científica complexa, SOUTO passa a considerar como esse instituto se amoldaria ao direito brasileiro. Além de pensar em termos de isonomia, faz reiteradas referências à necessidade de instituição da possibilidade da renúncia à isenção por meio de lei, dada a importância da legalidade no regime jurídico tributário brasileiro. A reserva de lei, nesse assunto, é fundamental, e deve ser respeitada. Em seguida, o autor preocupa-se em demonstrar, detida e expressamente, a ausência de incompatibilidade entre a renúncia à isenção e o regime constitucional tributário do IPI e do ICMS, preocupado, novamente, em aplicar seus conhecimentos de ciência do direito tributário brasileiro, para bem orientar a produção legislativa<sup>1429</sup>.

SOUTO empreende trabalho científico destinado a compreender juridicamente o instituto da renúncia à isenção, valendo-se do direito privado e do direito tributário comparado. Trabalha, portanto, em complexidade de segundo e terceiro estágios.

---

<sup>1427</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>1428</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>1429</sup> *Ibidem*, p. 111-112.

Compreende a necessidade econômica, para o cidadão, de renunciar à isenção, no quarto nível de complexidade, talvez até no sexto. Verifica quais as condições para a inserção desse instituto no direito brasileiro. E conclui, ainda que se considere que de modo implícito: é possível instituir a renúncia à isenção no direito brasileiro; não há vedação constitucional; isso deve ser feito por lei; com obediência à isonomia; e, possivelmente, dependendo de concordância do fisco. O que o mestre faz é trabalhar em complexidade, compreendendo a realidade jurídica e econômica, e ditando, com a legitimidade que essa compreensão oferece, propostas para seu aperfeiçoamento. Trabalha com ciência positiva, aquela que pretende dizer como algo é: como é a renúncia, no direito privado e no direito tributário comparado; como são os efeitos econômicos da isenção nos tributos sobre o valor agregado; quais as contingências sistêmicas do direito tributário brasileiro. E trabalha também com ciência normativa, aquela que diz como algo deve ser: o direito brasileiro deve instituir a renúncia à isenção, e deve fazê-lo obedecendo a legalidade isônoma, de tal e tal forma. Antes dessa eventual recepção legislativa, o autor fez ciência com proposta política, logo ele, o jurista tributário, a quem, segundo a epistemologia dominante, seria vedado, em obra jurídico-dogmática, fazer considerações desse jaez, dada a irracionalidade supostamente necessária dessas tomadas de posição. Revela-se como a abertura de pensamento do tributarista, para além da mera descrição do direito objetivo, é algo útil ao desenvolvimento socioeconômico. Nesse sentido, é também uma imposição ética.

### 6.4.3 Complexidade na ciência positiva

*“O impensado nasce da insuficiência congênita de todo pensamento. O ofício do pensamento é despertar o impensado, adormecido no sono dogmático; é pensar, no impensado, o que mais se dá a pensar”<sup>1430</sup>*

Sem pretender alteração no direito vigente, mestre SOUTO enfrenta, em complexidade, o problema da constitucionalidade e da aplicação de lei relativa ao IPTU progressivo, para chegar a conclusões que desafiam a aplicação literal da norma a todo

---

<sup>1430</sup> **Ciência...**, *op. cit.*, p. 68; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 90; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 84.

e qualquer caso concreto. Para chegar à sua conclusão, o autor tece argumentação que revela preocupações socioeconômicas, com os direitos fundamentais, e com a realização da justiça no caso concreto. **Sua argumentação é claramente complexa**, como demanda o direito no constitucionalismo contemporâneo, e vai muito além da mera descrição das normas – hipótese-consequência – relativas à instituição, arrecadação e cobrança de tributos.

**O problema a ser definido é complexo:** havendo uma lei que imponha a progressividade de alíquotas de IPTU em razão do valor do imóvel, essa lei será inconstitucional ? Não sendo, isso significa que todos aqueles que realizarem a hipótese de incidência da norma estarão sujeitos ao IPTU com alíquotas aumentadas ? A argumentação soutiana é de 1996, anterior, portanto, à Emenda Constitucional n. 29, 13 de setembro de 2000, que alterou a redação do § 1.º do artigo 156 da Constituição, para referir, expressamente, à progressividade do IPTU em razão do valor venal do imóvel, e à seletividade em função da localização e do uso, somadas à progressividade no tempo, já prevista, no artigo 182, § 4.º, II, da Constituição, em sua redação original.

Para SOUTO, mesmo antes da Emenda, a progressividade do IPTU, em razão do valor do imóvel, nada tinha de inconstitucional. Contra, porém, foi oposto o argumento segundo o qual **a lei generalizava, impondo o pagamento a todos, indiscriminadamente**. Pagariam o IPTU sujeito a alíquotas progressivas tanto aqueles que têm capacidade contributiva, em sentido subjetivo, quanto os pobres pensionistas da previdência social, que poderiam ter recebido os imóveis por herança, não tendo capacidade contributiva subjetiva, concreta, para pagar o tributo. Como ficaria uma “...*hipotética viuvinha desamparada*” ? Teria que pagar o tributo ? O argumento era o seguinte: por obrigá-la, também, a recolher o valor majorado, na mesma proporção que ricos proprietários especuladores, a lei seria inconstitucional, por ferir a isonomia, tratando diferentes como se fossem iguais, e a capacidade contributiva, impondo o pagamento do tributo a quem, com ele, não pode arcar<sup>1431</sup>.

SOUTO, porém, retruca: não é porque a lei, eventualmente, pode contemplar situações injustas, que ela seria, por si só, inconstitucional. A lei, no plano abstrato, não tem problemas de constitucionalidade. Problema haverá, isso sim, e aí o argumento

---

<sup>1431</sup> Cf. **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 100.

complexo, se essa lei for aplicada a pessoas que, efetivamente, não revelem capacidade contributiva concreta. Para o autor, **não há uma solução generalizante e prévia:** todos pagam, porque a lei é constitucional, ou, alternativamente, ninguém paga, porque a lei é inconstitucional. Sua solução pode ser, ainda que algo grosseiramente, sintetizada no seguinte: a lei é constitucional, e então, em princípio, todos pagam; porém, aqueles que, eventualmente, não revelarem capacidade contributiva concreta, não poderão ser compelidos a pagar. Ensina:

A adequação portanto à capacidade contributiva deve ser individualmente aferida em cada caso concreto e não, por exemplo, na generalidade de uma ação direta de constitucionalidade da lei respectiva... É algo, pois, que somente pode ser resolvido a cada caso o problema da sua adequação aos critérios constitucionais<sup>1432</sup>.

**Numa ciência complexa, descabe atribuir, exclusivamente, características gerais e universais aos entes da realidade.** Como se todos os entes classificáveis em determinado grupo, dada sua identidade interna, e diferença específica em relação aos não pertencentes àquela classe, não pudessem ter, eles próprios, suas individualidades, em face de seus iguais – e não pudessem ser, por isso, tão iguais quanto diferentes. A ciência complexa compreende o diferente em sua diferença, admite o individual em sua individualidade. Assume que, para o individual e o diferente, a explicação e a ação podem precisar ser, também elas, individuais e diferentes, únicas, sob medida. Por isso, pensando em complexidade, mestre SOUTO afirma que nem sempre a norma geral pode ser aplicada a casos individuais, se forem, eles, excepcionais: *“Claramente, a hipótese excepcional postula uma solução jurisprudencialmente diversa”*<sup>1433</sup>.

**É preciso enfrentar a individualidade e a diversidade.** Apenas essa atitude permitirá encontrar a solução mais “justa”, que melhor se ajusta ao caso concreto, não se permitindo, ao intérprete, refugiar-se em fórmulas gerais e universais, que já trazem respostas prévias à experiência. E somente será possível compreender a melhor solução para esse caso único, diferente da generalidade, individual, excepcional, pelo recurso à argumentação jurídica, e pela abertura à consideração dos fatos, ainda que hipotéticos. Tem-se um problema, que demanda solução, a partir do qual se busca a me-

---

<sup>1432</sup> Cf. *ibidem*, p. 102.

<sup>1433</sup> *Idem*.



lhora resposta dentre as juridicamente disponíveis. Essa resposta levará em conta não apenas questões estritamente tributárias, como a isonomia e a capacidade contributiva, mas os direitos individuais de propriedade e de liberdade, a democratização do acesso à vida digna, a situação socioeconômica do país e do atingido, além da própria realização concreta da justiça. Posto o argumento em simplicidade, a solução seria sempre geral, maniqueísta: ou há constitucionalidade da lei, e a generalidade dos cidadãos estará obrigada a pagar o tributo, majorado pela alíquota progressiva; ou há inconstitucionalidade da lei, em abstrato, de modo que, independentemente das situações individuais, a lei deverá ser invalidada, e, enquanto não o for, não pode ser aplicada, seja para quem for. Apenas uma ciência complexa saberá avaliar criticamente o caso concreto, e as possibilidades de solução, para encontrar uma resposta razoável, adequada, aceitável, a melhor possível, que se fundamente em boas razões, e, nesse sentido, juridicamente correta. O cientista poderá, então, dizer, com legitimidade: sobre essa hipótese, não incide a norma tributária, com suas alíquotas majoradas. Não deve ser aplicada, a lei, a esse caso concreto. A lei deve, aqui, ceder, para que o direito, visto em complexidade, seja aplicado, e a solução mais razoável e adequada seja adotada. Uma proposição científica que, conhecendo o direito que é, sem pretender alterá-lo ou subvertê-lo, saiba orientar a melhor decisão para o caso concreto. Sem que isso implique irracionalidade, por uma suposta inexistência de razão, apenas vontade, em tomadas de decisão<sup>1434</sup>.

## 6.5 Sexto balanço parcial

*“A mudança de paradigma, ou seja, do modelo teórico (Thomas Kuhn), na ciência como na arte, impõe um novo referencial, uma ‘legalidade’ autônoma. Inconfundíveis entre si, esses modelos paradigmáticos são normativos e condicionantes para o próprio pensamento”<sup>1435</sup>*

Ao sustentar-se que o mundo meramente ideal não existe, está-se a utilizar uma figura disfêmica que não reflete, exatamente, a realidade. **Ideias existem, e podem ter**

---

<sup>1434</sup> Cf., por exemplo, as propostas teóricas de HUMBERTO ÁVILA, na sua **Teoria da igualdade tributária**.

<sup>1435</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 14.

**uma realidade mais intensa do que o próprio mundo concreto onde são geradas.** Não se pensa, aqui, ideia em sentido platônico, mas noutra: um mundo das ideias que existe, aqui, neste mundo, e condiciona-o, de tal forma que pode, inclusive, substituí-lo.

**As culturas produzem ideias, símbolos, mitos.** Muitos deles são inevitáveis; mais ainda, são indispensáveis para a vida em sociedade. Os seres humanos, assim, concebem uma esfera noológica, onde habitam ideias, por eles criadas, mas que, sobre eles, retroagem de forma, também, criadora. São seres espirituais, que criamos, e pelos os quais podemos ser capazes de entregar nossas vidas. Um sujeito que morre por uma causa religiosa, por exemplo, morre por uma ideia. A ideia é criada pelos seres humanos, mas, depois, deles se apossa, determinando, em maior ou menor grau, seu cotidiano, suas crenças, suas atitudes, seus relacionamentos, e, até, sua vida ou morte<sup>1436</sup>. Valores fazem parte dessa esfera noológica, que determina o viver humano.

**Esses seres espirituais, uma vez criados, crescem, multiplicam-se, modificam-se, morrem.** Podem enfraquecer, mas podem tornar-se cada vez mais fortes e dominantes. Não se desenvolvem por si sós: são os seres humanos concretos que vão conformando as ideias que os conformam, escrevendo, falando, doutrinando, e sendo, por elas, doutrinados, em incessantes circuitos recursivos. Quanto mais doutrinado, mais o ser humano defende e prolifera sua doutrina, servindo como um alimentador daquilo que o alimenta, um possuidor daquilo que o possui<sup>1437</sup>.

**Ao crescer e desenvolver-se, a ideia, que se apodera dos seres humanos que a esposam, acaba, por meio deles, por criar mecanismos de defesa contra o ataque, interno ou externo.** Qualquer outra ideia, ou qualquer manifestação, que possa pôr em risco a vida do ser noológico, é rechaçada. Se esse rechaço é bem sucedido, a ideia sai fortalecida. Um exemplo: o uso de argumentos *ad hoc* salva a ideia do ataque contrário. Esse proceder torna o sistema de ideias, a doutrina, autocêntrico: ele é o centro de seu universo, de onde irradiam todas as verdades estabelecidas e inquestionáveis. Nesse sentido, é também ortodoxo: é absolutamente conforme a si próprio, e nada o abalará. Torna-se, com isso, dono do monopólio da verdade absoluta, autoritário e

<sup>1436</sup> Cf. EDGAR MORIN, **O método...**, v. 4, p. 140, 146-149.

<sup>1437</sup> Cf. *ibidem*, p. 154.

ferrenho defensor de suas posses. Esse sistema de ideais tem um núcleo, um coração, onde habitam as ideias mais fundamentais, que não podem ser expostas a nenhum ataque<sup>1438</sup>. Ideias periféricas podem ser, eventualmente, atacadas e derrubadas. Mas, mantida a ideia central, o sistema doutrinário pode continuar dominante, precisando, apenas, recompor-se, com o que pode sair, inclusive, fortalecido. No direito tributário, a ideia de norma jurídica é, hoje, um desses corações. Na epistemologia, a falseabilidade empírica é outro. E assim por diante. Um saber que procura conhecimento deve dialogar, justamente, com argumentos contrários ou fora do sistema próprio de ideias. É diante do diferente que o pensamento se deve postar com ânimo de conhecimento<sup>1439</sup>. É o diferente que lhe possibilitará evolução, pois, em ciência, não cabe imobilismo. É outra das “regras de ouro” a que se refere mestre SOUTO:

Donde uma regra de ouro do pensamento jurídico, que não se pretenda repetitivo, mas inovador: ousar pensar em sentido contrário à doutrina assentada, o que pode resultar em erro, contradição, frustração de expectativas, mas sempre será uma tentativa epistemologicamente legítima de superar o preestabelecido, seus conceitos e, sobretudo, preconceitos teóricos<sup>1440</sup>.

Dentre os **sistemas de ideias mais arraigados nas mentes dos tributaristas**, que as dominam, estão o dualismo irreduzível e incomunicável entre ser e dever-ser, em sua vertente que opõe razão e vontade, e o imperativo incontornável de redução de complexidades, como algo necessário para uma pesquisa científica apta a bem compreender seu objeto. Os elementos que formam, em circuitos recursivos, a complexidade da realidade, são eliminados por esses sistemas noológicos. O sujeito cientista, com suas pulsões e vontades, é excluído, como se pudesse, ao fazer ciência, fechar o compartimento do inconsciente e atuar apenas no plano da racionalidade. A realidade, com suas inter-relações complexas, seus acontecimentos, suas aleatoriedades, suas desordens e reorganizações, é mantida em estado de velamento, sobre o qual se constrói um objeto tanto atômico quanto mecânico: unidades elementares, mínimas e irreduzíveis, que se relacionam sempre mediante os mesmos processos de derivação e imputação. Cada ciência elege um sistema para estudar, criando uma separação ideal e

<sup>1438</sup> Cf. *ibidem*, p. 160.

<sup>1439</sup> Cf. EDGAR MORIN, *Para...*, *op. cit.*, p. 206.

<sup>1440</sup> *Curso...*, *op. cit.*, p. XLI.

tomando-a como cisões no real: a sociedade seria um grande sistema, formado por sistemas menores, estanques, fechados em sua própria lógica, embora abertos à informação externa. Mas, dentro deles, mandam eles próprios, e qualquer interferência entre eles seria perniciosa. Eles têm seus códigos próprios, binários, simples, simplificados, e nada mais. A sistematização e a simplificação, construídas para fins de estudo e compreensão, reificam-se e tornam-se o real a ser conhecido. Como se voltam para realidades individuais e independentes, as ciências podem fechar-se em disciplinas protegidas por aduanas tão rigorosas que fariam inveja até à Receita Federal do Brasil: um cinturão que, rigorosamente, seleciona o que entra e o que não entra em seu território – não raro, de forma totalmente arbitrária.

Tentar superar o dualismo entre razão e vontade, tentar propor algo para além do reducionismo epistemológico, **é navegar contra correntes de ideias**. Esses seres espirituais, além de fortes porque presentes naqueles que as esposam, dominam-nos, tornando-os, a cada vez, guerreiros mais destemidos, prontos a defender um sistema de ideias como se fosse a realidade indiscutível e a verdade definitiva a respeito do mundo. Porque, sendo simplificadas e dualistas, as ideias trazem explicações fáceis, sedutoras, cuja superação pode ser extremamente custosa: não é fácil, ao ser humano, livrar-se de uma ideia que dominou toda a sua formação. Embora também não seja simples, pode tornar-se preferível perecer com a ideia, a tentar repensá-la e superá-la. A comunidade que construiu seu prestígio e sua reputação, seu domínio noológico próprio, dentro de um determinado sistema de ideias, tenderá a resistir ao máximo, para conservar o que possui. A história traz exemplos, como o de GALILEU GALILEI. Não é fácil se opor ao pré-estabelecido<sup>1441</sup>. Mas, se é de ciência que se trata, não de crença, então essa oposição, uma vez ruídas as premissas que sustentavam o pré-estabelecido, é dever inescusável.

**Já não se pode mais, no século XXI, sustentar a cisão entre razão e vontade, nem o reducionismo como método científico seguro.** Ao contrário: sabe-se, hoje, que razão e vontade estão sempre lado a lado, e que, por isso, nem uma explicação a respeito do que é será absolutamente livre do elemento volitivo, nem uma definição sobre o que deve ser será totalmente irracional e incontrolável pela racionalidade. Se,

---

<sup>1441</sup> Cf. EDGAR MORIN, *O método...*, v. 4, *op. cit.*, p. 276-286; *Introdução...*, *op. cit.*, p. 56.

em ambos, a vontade está sempre presente, em ambos pode haver controle de racionalidade, desde que se admita uma fundamentação argumentativa, que respeite as regras do jogo, elas próprias definidas pela melhor argumentação. Sabe-se, também, que uma realidade complexa não pode ser bem compreendida mediante o uso exclusivo de esquemas simplificadores. Embora esses esquemas possam manter sua utilidade, não esgotam a compreensão do real. O entendimento precisa estar, sempre, voltado tanto ao simples quanto ao complexo, em um movimento cujos fim e início não podem ser definidos.

**Novas possibilidades anunciam-se ao estudioso do direito tributário.** Superado o reducionismo, compreende-se que não deve ser proibido, senão incentivado, o recurso, pelo jurista, a outros saberes, científicos ou não, e à produção artístico-cultural humana. Sua visão precisa ser ampliada, não reduzida. O objeto precisa ser compreendido em suas complexidades, e não substituído por uma idealidade simplificada. Superado o dualismo, compreende-se que o cientista do direito tributário se pode manifestar, com pretensões de racionalidade, a respeito do que deve ser, contribuindo, com seu saber privilegiado, tanto para a boa aplicação do direito ao caso concreto, de forma justa e correta, quanto para o aprimoramento do direito positivo. E, com isso, aquilo que a tradição separou, como arte, de um lado, e ciência, de outro, podem ser novamente reunidas, superando-se o último dualismo.

## CONCLUSÃO: CIÊNCIA E ARTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

*“Mas, demolidos os alicerces da doutrina tradicional, impõe-se a oportunidade – e mais do que a oportunidade, a necessidade – de uma reconstrução do Direito Tributário cientificamente fundada e fecundada”<sup>1442</sup>*

**A vontade de verdade pode ser enganadora.** É capaz de distorcer a realidade para adaptá-la às categorias do conhecimento. Faz da vida, em sua complexidade, um argumento simples. Mas, sabemos, pelo menos desde NIETZSCHE, que a vida não é um argumento. O motivo pelo qual trabalhamos a realidade, até simplificá-la, para o filósofo, é nossa necessidade de construir um mundo onde seja possível viver. E, para isso, criamos “artigos de fé” simplificados, esquemas unos e idênticos, nos quais toda a complexidade do real fica reduzida a elementos mínimos, irreduzíveis, uniformes em toda a experiência possível de ser verificada em qualquer espaço-tempo. O direito, e o direito tributário, são repletos deles. Esse ambiente de simplicidade e segurança permite-nos viver em um mundo conhecido, sem surpresas desagradáveis: um cotidiano suportável. Com isso, afastamos o erro de nossa vida científica – sem percebermos que, às vezes, o erro pode estar entre as condições necessárias para a própria vida, inclusive para a vida da ciência:

*A vida não é argumento.* – ajustamos para nós um mundo em que podemos viver – supondo corpos, linhas, superfícies, causas e efeitos, movimento e repouso, forma e conteúdo: sem esses artigos de fé, ninguém suportaria hoje viver! Mas isto não significa que eles estejam provados. A vida não é argumento; entre as condições para a vida poderia estar o erro<sup>1443</sup>.

**NIETZSCHE atribui essa vontade de verdade a instintos negadores da vida, como a fraqueza, o medo, o temor em face do imponderável.** Daí equiparar ciência e ideal ascético. É, no fundo, uma vontade de eliminar a inquietude, o novo, o desconhecido, o desassossego. É uma vontade de alimentar um hábito, encontrar uma regra a seguir e segui-la sempre, remontando o desconhecido ao conhecido, e, com isso, encontrando alívio e tranquilidade, além de uma sensação de poder sobre a coisa

<sup>1442</sup> Lançamento..., *op. cit.*, p. XV; Lançamento..., 2. ed., *op. cit.*, p. 32.

<sup>1443</sup> A gaia..., tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 145.

conhecida<sup>1444</sup>. É querer viver na segurança, e não perigosamente. Por isso, toda vez que conseguimos adaptar a realidade aos esquemas prévios dentro dos quais aprendemos a pensar, extasiamo-nos, como se tivéssemos, afinal, descoberto definitivamente a verdade, e dali por diante viveríamos apenas na eterna segurança da mesmidade permanente:

...nossa necessidade de conhecer não é justamente essa necessidade do conhecido, a vontade de, em meio a tudo o que é estranho, inabitual, duvidoso, descobrir algo que não mais nos inquiete? Não seria o *instinto do medo* que nos faz conhecer? ... Quando reencontram nas coisas, sob as coisas, por trás delas, algo que infelizmente nos é bem conhecido ou familiar, como a nossa tabuada, a nossa lógica ou nosso querer e desejar, como ficam imediatamente felizes!<sup>1445</sup>

**E sempre vamos encontrar a verdade !** Quando acreditamos firmemente nela, tudo aquilo com o que nos deparamos, se dela aproximar-se minimamente, identificaremos com a verdade. Possuidores dela, somos também possuídos pela verdade. Encontramo-la em toda parte, a todo momento<sup>1446</sup>. Quando acreditamos existir uma ciência que nos possa trazer uma verdade definitiva e inquestionável, que, finalmente, descobriu, de uma vez por todas, como as coisas funcionam, o esquema explicador de toda a realidade, no fundo, permanecemos devotos. Somos devotos da crença segundo a qual é possível, ao ser humano, descobrir a verdade absoluta sobre determinada porção da realidade, a tal ponto que também cremos ser nossa obrigação defender essa verdade contra todo e qualquer ataque. Em ciência, contudo, não há lugar para convicções absolutas e imutáveis – cabem, elas, apenas no âmbito da fé. Por que, então, mantemos a confiança inabalável nas proposições científicas que recebemos da tradição ? Porque, pensa NIETZSCHE, ainda acreditamos que é melhor saber a verdade do que nos deixar enganar. No fundo, um juízo de valor: valoramos como positivo o saber a verdade definitiva, vendo negatividade em viver na presença permanente da possibilidade de engano. É a moral que está na base da vontade de verdade, e que impõe erigir a verdade em valor absoluto e superior a todos os demais:

<sup>1444</sup> Cf. FRIEDRICH NIETZSCHE, *Crepúsculo...*, *op. cit.*, p. 43; *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 68; OSWALDO GIACOIA JUNIOR, *Nietzsche e para além de bem e mal*, p. 13.

<sup>1445</sup> *A gaia...*, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 251.

<sup>1446</sup> Cf. EDGAR MORIN, *O método...*, v. 3, *op. cit.*, p. 150.

A questão de a *verdade* ser ou não necessária tem de ser antes respondida afirmativamente, e a tal ponto que a resposta exprima a crença, o princípio, a convicção de que “*nada* é mais necessário do que a verdade, e em relação a ela tudo o mais é de valor secundário”. – Esta absoluta vontade de verdade....<sup>1447</sup>

A vontade de verdade, absolutista e totalitária, a exigência de certeza, a necessidade de um solo bem assentado, firme, onde possamos caminhar sem medo de afundar, porém, deixa para segundo plano a fundamentação dessa própria certeza. Como se sabe, com certeza absoluta, que a realidade é, efetivamente, redutível a unidades mínimas, idênticas, uniformes, eternamente válidas, que se relacionam, umas às outras, permanentemente, de modo uniforme, e que são, por sua vez, constituídas por elementos sempre idênticos, em um esquema inalterável? Essa pergunta fica sem resposta. Além disso, a vontade de verdade tem alguns efeitos colaterais. Um desses efeitos é que, sendo a vontade de verdade decorrente do instinto de fraqueza, ela é conservadora da metafísica, das religiões, das convicções irretorquíveis<sup>1448</sup>. Outro de seus efeitos negativos, hoje bastante evidente, mas apontado há quase um século e meio pelo filósofo, é sua simplificação da realidade, reduzindo-a a uma unidimensionalidade. **A vontade de verdade elimina o que há de próprio na realidade:** a beleza, o valor, o sentido, simplificando tudo a um esquema matematizado – e, com isso, ao invés de conhecer, mata o real, substituindo-o pelo ideal. NIETZSCHE usa palavras fortes para criticar esse aspecto da *Wille zur Wahrheit*:

O mesmo se dá com a crença que hoje em dia satisfaz tantos cientistas naturais materialistas, a crença num mundo que deve ter sua equivalência e medida no pensamento humano, em humanos conceitos de valor, um “mundo da verdade”, a que pudéssemos definitivamente aceder com ajuda de nossa pequena e quadrada razão – como? queremos de fato permitir que a existência nos seja de tal forma degradada a mero exercício de contador e ocupação doméstica de matemáticos? Acima de tudo, não devemos querer despojá-la de seu caráter *polissêmico*: é o *bom gosto* que o requer, meus senhores, o gosto da reverência ante tudo o que vai além do seu horizonte! Que a única interpretação justificável do mundo seja aquela em que *vocês* são justificados, na qual se pode pesquisar e continuar trabalhando cientificamente no *seu* sentido (– querem dizer, realmente, de modo *mecanicista*?), uma tal que admite contar, calcular, pesar, ver, pegar e não mais que isso, é uma cruzeza e

<sup>1447</sup> **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 235.

<sup>1448</sup> Cf. *ibidem*, p. 240.



uma ingenuidade, dado que não seja doença mental, idiotismo. Não seria antes bem provável que justamente o que é mais superficial e exterior na existência – o que ela tem de mais aparente, sua sensualização, sua pele – fosse a primeira coisa a se deixar apreender? ou talvez a única coisa? Uma interpretação do mundo “científica”, tal como a entendem, poderia então ser uma das *mais estúpidas*, isto é, das mais pobres de sentido de todas as possíveis interpretações do mundo: algo que digo para o ouvido e a consciência de nossos mecanicistas, que hoje gostam de misturar-se aos filósofos e absolutamente acham que a mecânica é a doutrina das leis primeiras e últimas, sobre as quais toda existência deve ser construída, como sobre um andar térreo. Mas um mundo essencialmente mecânico seria um mundo essencialmente *desprovido de sentido!* Suponha-se que o *valor* de uma música fosse apreciado de acordo com o quanto dela se pudesse contar, calcular, pôr em fórmulas – como seria absurda uma tal avaliação “científica” da música! O que se teria dela apreendido, entendido, conhecido? Nada, exatamente nada daquilo que nela é de fato “música”!... (278)<sup>1449</sup>

Nada daquilo que é, de fato, a realidade, em sua beleza e multidimensionalidade, pode ser revelado pela vontade de verdade. Essa vontade violenta o real, e, em seu lugar, constrói um castelo teórico, em cima da maior montanha conhecida, dentro do qual o cientista se sente protegido, e dono de seu território. Enquanto isso, o real fica à mercê de uma técnica produzida sem consideração dos possíveis efeitos negativos que pode gerar<sup>1450</sup>. Outro efeito colateral: **o real é mutável, mas a vontade de verdade pretende aprisioná-lo em um esquema de validade perene, eternamente verdadeiro.** Ao simplificar o complexo, nega qualquer possibilidade de modificação, no real, que o faça se desvencilhar dos esquemas cognitivos que cria. Prefere a invariância, mas nada é invariável. Só o provisório é definitivo, não só na ciência, como na realidade. Somos seres provisórios, assim como o Planeta Terra, o Sol e nossa galáxia, talvez todo o Universo. Ao olharmos o provisório como se definitivo fosse, efetivamente erramos. A verdade pode ser fonte de erro. A vontade de verdade é, no fundo, a vontade de ilusão, a vontade de viver no engano, de viver no erro, no “outro mundo” platônico, aquele “verdadeiro”, eterno, universal, idêntico. Quando trabalha assim, a ciência retorna à metafísica. NIETZSCHE prefere ser chamado psicólogo a filósofo, porque não admite uma ciência metafísica.

**No direito tributário, se a vontade de verdade é absolutista e totalitária, dominadora e exclusivista, não há espaço para a justiça.** O cientista deve descobrir

<sup>1449</sup> *Ibidem*, p. 277-278.

<sup>1450</sup> Cf. PAUL FEYERABEND, *Adeus...*, *op. cit.*, p. 12; EDGAR MORIN, *O método...*, v. 6, *op. cit.*, p. 25.

e expor a verdade do direito, apenas isso. Está longe de seus afazeres trabalhar para a realização concreta da justiça no cotidiano social. Compreende-se: o que é justo hoje, pode vir a ser injusto amanhã; o que é justo aqui, pode tornar-se injusto alhures. A vontade de verdade não suportaria viver nessa variância. Fruto do medo, precisa do imutável, do inabalável, do seguro. Não sabe trabalhar com o vir a ser e com o tornar-se. Realizar o justo nem sempre pode ser possível, mantendo-se na mesmice. Será, muitas vezes, necessário mudar, ter criatividade. Tarefa difícil, árdua, desgastante, talvez frustrante. Demanda coragem, instinto oposto à vontade de verdade.

Uma vez que a realidade é complexa, mutável, sujeita a acontecimentos e novas reorganizações, então a ciência que deve atuar sobre ela precisa aprender a trabalhar com o complexo e com o novo. **Por isso, precisa saber criar.** Não pode atuar por automatismo: seguir sempre as mesmas regras metodológicas, valer-se sempre dos mesmos esquemas mentais, sem submetê-los a questionamento. Deverá ser flexível, sabendo adaptar-se para compreender e atuar sobre uma realidade ainda desconhecida, que surge como nova diante de suas reorganizações. Para tanto, o cientista não se deve fechar em noções que, úteis para determinada realidade e em certo momento, e até mesmo libertadoras, tornam-se, em seguida, limitadoras do conhecimento complexo. Assim, afasta-se do “programa” e aproxima-se da “estratégia”, nos termos usados por EDGAR MORIN. Sendo criadora, aproxima-se da arte, como explica o mesmo autor:

...a inteligência é sempre estratégia, e, nos seus exercícios mais individualizados, mais complexos, mais inovadores, essa estratégia torna-se arte, como toda estratégia que mobiliza o melhor das aptidões individuais diante das incertezas, dificuldades, variações de uma missão a realizar. Como toda arte, a arte da inteligência não conseguiria obedecer a receitas ou programas de realização. Como toda arte, deve combinar eficazmente qualidades muito numerosas e diversas, algumas antinômicas<sup>1451</sup>.

Dentre essas aptidões, estão a adaptação a novos formatos da realidade; o saber trabalhar com o inesperado; a projeção de possíveis situações futuras, considerando incertezas; o inovar; o reconhecer o possível, o desejável, o impossível e o indesejável. Uma ciência complexa deve saber mudar sempre que isso for necessário. Inclusive no direito, fazendo valer a famosa e insuperável consigna de mestre SOUTO: “*Em Direi-*

<sup>1451</sup> **O método...**, v. 3, *op. cit.*, p. 197.

to, como em toda ciência, só o provisório é definitivo”<sup>1452</sup>. Para modificar-se, a ciência precisa saber criar, conceber o novo, construir a partir de uma realidade que é nova a cada momento, e à medida que é nova essa realidade.

Sob a denominação “jurista”, BECKER inclui tanto aquele cientista, dedicado à interpretação do direito, quanto o sujeito dedicado à construção da legislação tributária, em atuação mais próxima à política do direito. **O autor cinde as duas atividades, chamando à primeira ciência, e à segunda, arte**<sup>1453</sup>. No mundo moderno, realmente, como lembra PAOLO ROSSI, ciência e arte estão distanciadas, e tentar ligá-las, ou aproximá-las, pode parecer algo sem sentido<sup>1454</sup>. E isso, para muito além do direito. MICHEL FOUCAULT ensina como, no campo da sexualidade, há sociedades que desenvolveram arte (*ars erotica*) e sociedades que conceberam ciência (*scientia sexualis*), e, se nestas fica esquecida, ou pelo menos em segundo plano, a dimensão artística, naquelas rigorosamente não se cogita de um saber sexual científico<sup>1455</sup>.

Daqueles que negam caráter artístico à criação do direito, BECKER afirma terem **uma visão por demais estreita da arte**, equiparando-a às “belas artes”; e, também, uma noção limitada, por não incluir, no âmbito artístico, aquilo que tenha utilidade prática. Por outro lado, o autor suprime qualquer caráter artístico à interpretação do direito, por acreditar que, na interpretação e na aplicação do direito, inclusive pelo juiz, não há qualquer elemento criador: conhece a norma, conhece os fatos, e verifica o surgimento dos efeitos jurídicos da incidência. Para o autor, se o intérprete realmente exerce atividade criadora do direito, como no caso de conceber uma nova norma ao empregar a analogia, aí sim, estaria a praticar verdadeira arte jurídica<sup>1456</sup>.

**O dualismo entre arte e ciência, em BECKER, funda-se numa distinção baseada na criatividade.** Quando se cria direito, há arte: como só o legislador cria direito, só ele exerce atividade artística. Quando se interpreta o direito, há ciência: nada ali é criado, apenas verificado. Quando se aplica o direito ao caso concreto, essa atividade também é científica: verifica a realidade, não a cria; saca a conclusão neces-

<sup>1452</sup> Obrigação..., *op. cit.*, p. 60; Obrigação..., 2. ed., *op. cit.*, p. 46.

<sup>1453</sup> Cf. Teoria..., *op. cit.*, p. 66; Carnaval..., *op. cit.*, p. 119; Carnaval..., 2. ed., *op. cit.*, p. 147-148.

<sup>1454</sup> A ciência..., *op. cit.*, p. 57.

<sup>1455</sup> Cf. História da sexualidade: a vontade de saber, v. 1, p. 57-62 – originalmente, publicado como *Histoire de la sexualité: la volonté de savoir* em 1976.

<sup>1456</sup> Teoria..., *op. cit.*, p. 67-68.

sária, não a produz. Quando, a pretexto de aplicar-se o direito ao caso concreto, cria-se direito, há atividade artística e não científica; no entanto, nesse momento, não há interpretação, mas criação do direito. A tentativa de impedir o direito tributário invertido, transformando-o em ciência rigorosa, acaba por impedir que o direito tributário se amolde ao caso concreto, a partir de uma deformação necessária, imposta por esse mesmo caso e pelo mundo no qual se inserem caso, norma e intérprete, e compreendida por este. Vale apenas a subsunção do fato à hipótese, com a implementação imediata e incontornável da consequência abstratamente prevista. Nenhuma criação, nessa atividade científica, é permitida.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, porém, ensina que o caso individual deve ser visto em toda a sua complexidade, dando primazia à realização da justiça concreta. E, para tanto, muitas vezes, o intérprete precisará adaptar a lei abstrata ao caso concreto, buscando a solução, não só na lei, mas em todo o direito – que, na metáfora de CARLOS COSSIO, utilizada pelo mestre, pesa todo ele sobre o caso, embora só uma norma efetivamente o toque. Essa adaptação deve ser feita com prudência – uma palavra, ao mesmo tempo, familiar e estranha aos juristas. Para isso, não basta subsumir o fato à norma, e sacar a consequência nela prevista, sem as considerações das eventuais vicissitudes do caso concreto e dos possíveis efeitos que possam ser antecipados; mas, também, não implica que o aplicador do direito possa construir a norma individual com base em seus valores subjetivos, desconsiderando o direito existente. No primeiro caso, tem-se um inaceitável positivismo, que admite o juiz como a boca da lei; no segundo, tem-se outro inaceitável positivismo, que dá ao juiz a possibilidade de decidir de acordo com sua vontade. Na interpretação e aplicação do direito, tem-se, além de empreendimento racional, cognitivo, atividade artística, criativa. Na criação do direito, além de arte, tem-se elementos suscetíveis a controle de racionalidade. Não obstante exista, a distância não é assim tão grande, tampouco intransponível. **Ao contrário: embora não se confundam, ciência e arte podem estar presentes numa mesma atividade, simultaneamente, em influência recíproca.** Um pensamento complexo, que não reduza a atividade humana apenas a um aspecto simplificado, poderá compreendê-lo.

Cabe à doutrina orientar a aplicação do direito ao caso concreto, além de seu aprimoramento, em ciência normativa. Descrever abstratamente a abstração, e deixar ao órgão competente toda a tarefa de cuidar da vida humana concreta, resulta de uma estranha ética na qual o jurista não se volta para o sujeito. Se a doutrina não faz esse papel, a quem recorrerá o juiz ? Uma norma de decisão, em um caso concreto, passa a ser uma norma a mais no sistema, e, da mesma forma como ela recebe influxo, também ela, na via reversa, em uma dialética de co-implicação, retroalimenta o próprio direito, que passa a ser outro a partir daquela decisão. A responsabilidade pela norma de decisão, assim, expande-se, para muito além do caso concreto. O cientista do direito não pode se demitir da sua relevantíssima função ética de orientar essa decisão e de avaliar sua justificação racional – ainda que isso implique abandonar a segurança da terra firme e avançar no perigo do mar revolto<sup>1457</sup>. Porém, a ciência jurídica moderna apartou-se da justiça, por exigência epistemológica, porque direito deve ser ciência empírica, e a justiça seria valor empiricamente inapreensível. Por outro lado, contemporaneamente, o mundo jurídico volta-se para reconduzir a justiça ao direito, reaproximando-os. Para tanto, urge uma nova epistemologia. Se a dogmática jurídica moderna, em virtude da sua racionalidade instrumental, lógico-científica, não é capaz de resolver problemas que uma racionalidade pragmática eventualmente poderia, que se supere aquela, caminhando-se em direção a esta. A racionalidade lógico-científica própria da dogmática moderna aparece, então, como um obstáculo epistemológico. **Urge remover esse obstáculo epistemológico, possibilitando a necessária revolução científica !**

**Fazer justiça é arte e é ciência, simultaneamente;** é sensibilidade e racionalidade, ao mesmo tempo. É o cognitivo e o estético, recursivamente interligados. Disse SOUTO, falando daqueles que não exprimem sentimento em trabalho científico: “...embora a ciência, antes de ser com ela incompatível, se engrandeça com a emoção”. EHRLICH tem reflexão em sentido convergente: “Entre ciência e arte não há

---

<sup>1457</sup> Cf. MANUEL ATIENZA, *Eugenio Bulygin y la teoría de la argumentación jurídica*, in JOSÉ JUAN MORESO e MARIA CRISTINA REDONDO, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, p. 46-48.

*contradição. Toda verdadeira obra científica é uma obra de arte e pobre é o homem da ciência que não é simultaneamente um artista*”<sup>1458</sup>.

**Cabe tentar produzir saberes e ações que unam as vocações, nada antitéticas, do artista e do cientista.** Afirma EDGAR MORIN: “As noções de arte e de ciência, que se opõem na ideologia tecnoburocrática dominante, devem aqui, como por todo lugar onde há realmente ciência, se associar” [sic]<sup>1459</sup>. Porque, explica o mesmo autor, o artista e o pensador podem coexistir em cada um de nós, ao menos em potencial. Cabe fazê-los aflorar e dialogar. A dimensão estética, no sentido original que remete à sensibilidade, deve fazer parte de todo trabalho científico<sup>1460</sup>. Ciência, sabedoria, prudência, ousadia, satisfação, amor, entusiasmo, felicidade: noções separadas pela ciência moderna, reunidas numa nova epistemologia, complexa e pragmática. Impõe-se seja adotado, doravante, um caminho do coração no fazer ciência, uma via de amorismo, como recomenda SOUTO<sup>1461</sup>. Porque, explica, o mestre, “...toda dedicação à ciência é afinal um experimento de felicidade”<sup>1462</sup>. Deve-se buscar esse experimento, seguindo a ética nietzschiana do eterno retorno (*Ewige Wiederkunft*):

*O maior dos pesos.* – E se um dia, ou uma noite, um demônio lhe aparecesse furtivamente em sua mais desolada solidão e dissesse: “Esta vida, como você a está vivendo e já viveu, você terá de viver mais uma vez e por incontáveis vezes; e nada haverá de novo nela, mas cada dor e cada prazer e cada suspiro e pensamento, e tudo o que lhe é infelizmente grande e pequeno em sua vida, terão de lhe suceder novamente, tudo na mesma seqüência e ordem – e assim também essa aranha e esse luar entre as árvores, e também esse instante e eu mesmo. A perene ampulheta do existir será sempre virada novamente – e você com ela, partícula de poeira!”. – Você não se prosaria e rangeria os dentes e amaldiçoaria o demônio que assim falou? Ou você já experimentou um instante imenso, no qual lhe responderia: “Você é um deus e jamais ouvi coisa tão divina!”. Se esse pensamento tomasse conta de você, tal como você é, ele o transformaria e o esmagaria talvez; a questão em tudo e em cada coisa, “Você quer isso mais uma vez e por incontáveis vezes?”, pesaria sobre os seus atos como o maior dos pesos! Ou o quanto você teria de estar bem consigo mesmo e com a vida, para não *desejar nada* além dessa última, eterna confirmação e chancela? [sic]<sup>1463</sup>

<sup>1458</sup> **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 361.

<sup>1459</sup> **Introdução...**, *op. cit.*, p. 177. No mesmo sentido, cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 339.

<sup>1460</sup> Cf. **O método...**, v. 3, *op. cit.*, p. 103; **O método...**, v. 5, *op. cit.*, p. 132.

<sup>1461</sup> Cf. **Ciência...**, *op. cit.*, p. 74; **Ciência...**, 2. ed., *op. cit.*, p. 99; **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 91-92.

<sup>1462</sup> **O contraditório...**, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1463</sup> Cf. **A gaia...**, tradução de Paulo César de Souza, *op. cit.*, p. 230. Em outra tradução, de MARCO ANTONIO CASANOVA: “O peso mais pesado – *O que aconteceria se um demônio te seguisse furtivamente à tarde ou à noite em tua solidão mais solitária e te dissesse: ‘Esta vida, como tu a vives e a viveste agora, tu precisarás ainda uma vez e incontáveis vezes; e não haverá nada de novo aí, mas toda*

É preciso fazer, da aparição desse “demônio” – em sentido grego –, **um instante extraordinário, imenso, de ampla alegria, júbilo e êxtase**. Para poder desejar que a vida retorne, porém, é preciso fazer aquilo que deve ser feito para que o retorno seja feliz. Fazer o melhor, ainda que não seja o ideal – porque, quando se fala de seres humanos, o melhor existe, mas o ideal é idealismo. Substituir a vontade de verdade por uma vontade de fazer, como recomenda o filósofo<sup>1464</sup>. Fazer uma nova ciência, porque a aventura científica da humanidade está, ainda, em seu início. É nova, imatura, precisa desenvolver-se. Estamos apenas no começo. Sem dúvida, não se trata de empreendimento fácil. O menos custoso seria, certamente, permitir que o automatismo do comportamento encerrasse o pensamento, já cansado. É preciso, contudo, deixar-se surpreender por um novo questionamento, demonstrando capacidade de recomeço, como recomendaria NIETZSCHE<sup>1465</sup>. Porém, se a tarefa é difícil, não é impossível. O inconcebível acontece: não há a vida ?

**O enorme desafio que se apresenta ao estudioso do direito tributário pode ser encarado de forma otimista ou pessimista.** Acreditando profundamente nas possibilidades de evolução e progresso da ciência do direito tributário, que seja apta a

---

*dor e todo prazer, todo pensamento e todo suspiro, tudo o que há de indescritivelmente pequeno e grande em tua vida precisa retornar para ti; e tudo na mesma ordem e seqüência – assim também esta aranha e esta luz da lua entre as árvores; assim também este instante e eu mesmo. A eterna ampulheta da existência será novamente invertida e tu com ela, poeirinha de poeira!’. – Tu não te lançarias ao chão e rangerias os dentes e amaldiçoaria o demônio que estivesse falando assim? Ou será que tu vivenciaste alguma vez um instante extraordinário, no qual tu responderias para ele: ‘Tu és um deus e nunca ouvi coisa nada de mais divino!’. Se este pensamento se apoderasse de ti, ele te transformaria em teu modo de ser e talvez te triturasse. A pergunta em relação a todas as coisas e a cada uma delas ‘tu quereis isto uma vez mais e ainda incontáveis vezes?’ estabelecer-se-ia como o peso mais pesado por sobre a tua ação! Ou como tu precisarias estar bem contigo mesmo e com a vida, para exigir mais nada além dessa derradeira ratificação e confirmação? [sic] – **O instante...**, op. cit., p. 217-218. Em alemão, segundo a edição crítica de COLLI e MONTINARI: “Das grösste Schwergewicht. – Wie, wenn dir eines Tages oder Nachts, ein Dämon in deine einsamste Einsamkeit nachschliche und dir sagte: ‘Dieses Leben, wie du es jetzt lebst und gelebt hast, wirst du noch einmal und noch unzählige Male leben müssen; und es wird nichts Neues daran sein, sondern jeder Schmerz und jede Lust und jeder Gedanke und Seufzer und alles unsäglich Kleine und Grosse deines Lebens muss dir wiederkommen, und Alles in der selben Reihe und Folge – und ebenso diese Spinne und dieses Mondlicht zwischen den Bäumen, und ebenso dieser Augenblick und ich selber. Die ewige Sanduhr des Daseins wird immer wieder umgedreht – und du mit ihr, Stäubchen vom Staube!’ – Würdest du dich nicht niederwerfen und mit den Zähnen knirschen und den Dämon verfluchen, der so redete? Oder hast du einmal einen ungeheuren Augenblick erlebt, wo du ihm antworten würdest: ‘du bist ein Gott und nie hörte ich Göttlicheres!’ Wenn jener Gedanke über dich Gewalt bekäme, er würde dich, wie du bist, verwandeln und vielleicht zermalmen; die Frage bei Allem und Jedem ‘willst du diess noch einmal und noch unzählige Male?’ würde als das grösste Schwergewicht auf deinem Handeln liegen! Oder wie müsstest du dir selber und dem Leben gut werden, um nach Nichts mehr zu verlangen, als nach dieser letzten ewigen Bestätigung und Besiegelung? – KSA 3, S. 571 – disponível em <<http://www.scribd.com/doc/6138674/Nietzsche-Friedrich-Die-Frohliche-Wissenschaft>>, acesso em 13 de fevereiro de 2011.*

<sup>1464</sup> Cf. **Fragmentos...**, op. cit., p. 70.

<sup>1465</sup> Cf. PIERRE KLOSSOWSKI, **Nietzsche...**, op. cit., p. 24.

contribuir, de forma decisiva, para uma melhora nas condições concretas de vida dos cidadãos brasileiros, esta tese, que se iniciou e se manteve com o mestre, encerra-se, novamente, com o recurso a JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

Se a imaginação é usada com expectativas de otimismo pode receber – e não raro recebe – confirmação na vida cotidiana. Porém, é surpreendente constatar que expectativas pessimistas da imaginação podem ser contrariadas na evolução dos acontecimentos concretos do dia-a-dia, agora-e-aqui... Recorde-se, a propósito, a lição pragmática da neurolinguística: diante de um desafio, se você pensa que pode vencê-lo, ou que não o pode, de qualquer modo você está certo. Mas a diferença entre o otimista e o pessimista pode ser expressa e compreendida pela lição de sabedoria popular: o otimista vê a metade da garrafa que sobra, o pessimista, a metade que falta. A garrafa é uma só – variáveis são apenas as perspectivas de sua visualização. O pensamento otimista é, porém, criativo, não-conformista. Algo que não sucede com o pensar pessimista. Do primeiro dependem – e nele estão imersas – as grandes criações do espírito humano... Por isso, deve-se fazer a opção pelo otimismo e pela crença no poder criador de nossa imaginação... Apostemos no otimismo. Pois é ele que constrói as civilizações<sup>1466</sup>.

---

<sup>1466</sup> **Ciência...**, 3. ed., *op. cit.*, p. 133.



## REFERÊNCIAS

### 1. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

#### 1.1. LIVROS

**Iniciação ao direito financeiro.** Recife: Imprensa Universitária, 1966.

**A reforma do sistema tributário nacional:** emenda constitucional n. 18. Recife: CRAM; Imprensa Universitária, 1967.

**Isenções tributárias.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

**Imposto sobre serviços:** exposição e debates: notas taquigráficas de seminário realizado em 29-10-73 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Saraiva; EDUC, 1974.

**Lei complementar tributária.** São Paulo: EDUC; RT, 1975.

(Coord.). **Direito Tributário Moderno.** São Paulo: José Bushatsky, 1977.

**Isenções tributárias.** 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

**Lançamento tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 1981 (Col. Tratado de Direito Tributário Brasileiro, v. IV).

**Obrigação tributária:** uma introdução metodológica. São Paulo: Saraiva, 1984.

**Ciência feliz:** sobre o mundo jurídico e outros mundos. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.

**O contraditório no processo judicial.** São Paulo: Malheiros, 1996.

**Introdução ao direito financeiro.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

**Lançamento tributário.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

**Obrigação tributária:** uma introdução metodológica. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

**Ciência feliz.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

**Teoria geral da isenção tributária.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

**Curso de direito comunitário:** instituições de direito comunitário comparado: União Européia e MERCOSUL. São Paulo: Saraiva, 2005.

**Ciência feliz.** 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

#### 1.2. ARTIGOS, CAPÍTULOS E PREFÁCIOS

O impôsto predial no município do Recife. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 79, jan./mar. 1965.

O fato gerador do I.C.M. e os estabelecimentos autônomos. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 103, jan./mar. 1971.

Normas gerais de direito tributário. *In:* ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Elementos de direito tributário:** notas taquigráficas do III curso de especialização em direito tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: RT, 1978.

Parecer do Dr. José Souto Maior Borges. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 141, jul./set. 1980.

Presença de Alfredo Augusto Becker. *In:* CAMPOS, Dejalma de (Coord.). **Tributo a Alfredo Augusto Becker.** São Paulo: ABDT; Atlas, 1995.

Prefácio à 2.º Edição. *In:* FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Obrigação tributária acessória.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1996.

Isenções em tratados internacionais de impostos dos estados-membros e dos municípios. *In:* MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** São Paulo: Malheiros, 1997.

- Revisitando a isenção tributária. *In*: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). **Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- Prefácio. *In*: MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do lançamento tributário: execução e controle**. São Paulo: Dialética, 1999.
- Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Contribuição para a Seguridade Social. Lei 8.870/94, art. 25, § 2.º. **Revista tributária e de finanças públicas**. São Paulo, ano 8, n. 30, jan./fev. 2000.
- Hermenêutica histórica no direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 8, n. 31, mar./abr. 2000.
- À guisa de prefácio. *In*: ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.
- Direitos humanos e tributação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 9, n. 40, set./out. 2001.
- Prefácio à 1.º edição. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir o ISS: do Decreto-Lei n. 406/68 à LC n. 116/2003: à memória de Geraldo Ataliba. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Imposto sobre serviços – ISS: na Lei Complementar n. 116/03 e na Constituição**. Barueri-SP: Manole, 2004.
- Direitos humanos e tributação. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- Prefácio. *In*: ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- Em socorro da obrigação tributária. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Prefácio. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- O princípio da segurança jurídica na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações fiscais. *In*: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Hermenêutica histórica em direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, ano 15, n. 75, jul./ago., 2007.
- Em socorro da obrigação tributária. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Hierarquia e sintaxe constitucional da lei complementar tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 150, mar./2008.
- Sobre a imunidade das operações interestaduais de circulação do petróleo e combustíveis e manutenção de crédito de ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 168, set./2009.
- Hermenêutica histórica em direito tributário. *In*: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- A verdade como correspondência entre enunciados jurídicos. **Inédito**.
- Sobre a demarcação dos campos de vigência das obrigações no sistema tributário nacional. **Inédito**.

## 2. DEMAIS TEXTOS JURÍDICOS

- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. As fontes primárias do direito: o debate europeu cerca de 1850 a 1950. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005.
- \_\_\_\_\_. **Ética e retórica**: para uma teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência: em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas de. **Última lição**. Coimbra: Almedina, 2007.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. Debates. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Imposto sobre serviços**: exposição e debates: notas taquigráficas de seminário realizado em 29-10-73 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: Saraiva; EDUC, 1974.
- \_\_\_\_\_. Direito material tributário. *In*: ATALIBA, Geraldo (Coord.). **Elementos de direito tributário**: notas taquigráficas do III curso de especialização em direito tributário, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: RT, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito tributário**. v. 1. São Paulo: RT, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito tributário**. v. 2. São Paulo: RT, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Estudos e pareceres de direito tributário**. v. 3. São Paulo: RT, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BARRETO, Aires F. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: EDUC; RT, 1975.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: CARRAZZA, Roque Antonio. **O regulamento no direito tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1981.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: CARVALHO, Paulo De Barros. **Teoria da norma tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: LACOMBE, Américo. **Obrigação tributária**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- \_\_\_\_\_. Prefácio da 1.ª edição. *In*: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. Programa de Integração Social – PIS. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições especiais fundo PIS/Pasep**. Caderno de pesquisas tributárias n. 2. São Paulo: Resenha Tributária; CEU, 1991.
- \_\_\_\_\_. Sobre Dino Jarach. *In*: JARACH, Dino. **O fato imponible**: teoria geral do direito tributário substantivo. 2. ed. Tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: RT, 2004.
- ATIENZA, Manoel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

- \_\_\_\_\_. Eugenio Bulygin y la teoría de la argumentación jurídica. *In*: MORESO, José Juan; REDONDO, Maria Cristina. **Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin**. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 6 de fevereiro de 2011.
- \_\_\_\_\_. Contribuição social sobre o faturamento. Cofins. Base de cálculo. Distinção entre receita e faturamento. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 107, ago./2004.
- \_\_\_\_\_. Contribuições na Constituição Federal de 1988. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. **As contribuições no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Apresentação. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Elementos de direito internacional público**. Barueri: Manole, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. **Clínica fiscal**. Salvador: Livraria do Progresso, 1958.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Introdução ao direito tributário**. Rio de Janeiro: Rio; Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976.
- \_\_\_\_\_. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Atual. Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BALERA, Wagner. As obrigações tributárias como unidade. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- BAPTISTA, Marcelo Caron. **ISS: do texto à norma**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BARRETO, Aires F. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. **As prestadoras de serviço e a contribuição devida ao SESC: uma questão jurídica e de responsabilidade social**. São Paulo: Códex, 2003.
- BECHO, Renato Lopes. A suspensão do crédito tributário e sua interferência nos prazos de decadência e prescrição. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 165, jun./2009.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Sujeição passiva e responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2000.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

- BERLIRI, Antonio. **Principi di diritto tributario**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.
- BERTI, Flávio de Azambuja. **Direito tributário e princípio federativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Pedágio**: natureza jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- BIM, Eduardo Fortunato. Aspectos da relativização da coisa julgada em matéria tributária: ação rescisória, isonomia e relações continuativas. *In*: MACHADO, Hugo de Brito. **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Debate, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri-SP: Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução de Sérgio Barth. Brasília: UNB, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos. Brasília: UNB, 1999.
- BORGES, Arnaldo. Apresentação. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao direito tributário**. São Paulo: RT, 1992.
- \_\_\_\_\_. Souto: de Kelsen a Villey (ou a filosofia na construção da obra do jurista). *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BORGES, Juliana. **Reincidência tributária**: teoria e prática. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BORGES, Paulo Souto. O caráter patrimonial das obrigações tributárias acessórias. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRAGHETTA, Daniella de Andrade. **Tributação no comércio eletrônico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- BRITO, Edvaldo. Prefácio. *In*: CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. São Paulo: Atlas, 1993.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y derecho**: estúdios de derecho financiero. v. 6. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- CALIENDO, Paulo. **Direito tributário**: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. São Paulo: Atlas, 1993.
- CANTO, Gilberto de Ulhoa. **Direito tributário aplicado**: pareceres. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Temas de direito tributário**: pareceres e estudos. Rio de Janeiro: Financeiras, s.d. [1955?].
- CARRAZZA, Roque Antonio. A imunidade tributária das fundações de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas ao apoio ao ensino, à pesquisa e à prestação de serviços à comunidade. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O regulamento no direito tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1981.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BECHO, Renato Lopes. **Sujeição passiva e responsabilidade tributária**. São Paulo: Dialética, 2000.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

- \_\_\_\_\_. Linguagens jurídicas. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CARVALHO, Cristiano. Deveres instrumentais e custos de transação. *In*: JUNIOR, Aldo de Paula *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Alfredo Augusto Becker. *In*: CAMPOS, Dejalma de (Coord.). **Tributo a Alfredo Augusto Becker**. São Paulo: ABDT; Atlas, 1995.
- \_\_\_\_\_. Apresentação. *In*: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. Conferência. *In*: GRUPENHMACHER, Betina Treiger (Coord.). **Cooperativas e tributação**. Curitiba: Juruá, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Guerra fiscal” e o princípio da não-cumulatividade no ICMS. *In*: JUNIOR, Aldo de Paula *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.
- \_\_\_\_\_. O absurdo da interpretação econômica do “fato gerador” – direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade. *In*: FREDIE DIDIER JR.; MARCOS EHRHARDT JR (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Obrigação tributária: definições, acepções, estrutura interna e limites conceptuais. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 10, n. 49, mai./jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. Palavras de apresentação à 2.º edição. *In*: JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. **Ciência feliz**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. Palavras de apresentação à 2.º edição. *In*: JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES. **Ciência feliz**, 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BORGES, Juliana. **Reincidência tributária: teoria e prática**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: BRAGHETTA, Daniella de Andrade. **Tributação no comércio eletrônico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: DÁCOMO, Natália de Nardi. **Hipótese de incidência do ISS**. São Paulo: Noeses, 2007.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FALEIRO, Kelly Magalhães. **Procedimento de consulta fiscal**. São Paulo: Noeses, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Obrigação tributária acessória**. São Paulo: Aquarela, 1988.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: MOURA, Frederico Araújo Seabra de. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: MOUSSALÉM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: RT, 2003.

- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. Prefácio à 2.ª edição. *In*: BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- \_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais tributários no sistema positivo brasileiro. *In*: BARRETO, Aires F.; BOTALLO, Eduardo Domingos (Coord.). **Curso de iniciação em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Lael, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da norma tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CASTRO, Alexandre Barros. **Processo tributário: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CINTRA, Marcos. Paradigmas tributários: do extrativismo colonial à globalização na era eletrônica. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Roteiro de lógica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias, sanções tributárias**. 2. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral da obrigação tributária. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário atual: pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CONRADO, Paulo César. **Processo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- \_\_\_\_\_. Processualidade e extinção da obrigação tributária. *In*: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico**. São Paulo: Dialética, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. Introdução. *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COSTA, Alcides Jorge. Direito tributário e direito privado. *In*: MACHADO, Brandão (Coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. O amigo Ruy. *In*: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Direito tributário atual**. n. 17. São Paulo: Dialética, IBDT, 2003.
- COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.

- COSTA, Célio Silva. **Teoria e prática do direito tributário**. Rio de Janeiro: Rio; Francisco Alves, 1976.
- CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DÁCOMO, Natália de Nardi. **Hipótese de incidência do ISS**. São Paulo: Noeses, 2007.
- DELGADO, José Augusto. Aspectos tributários no Tratado de Assunção. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tributação no Mercosul**. São Paulo: RT, 1997.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Artíficos do legislador para tributar o patrimônio sem licença da Constituição. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DUARTE, Rodrigo. **Adorno/Horkheimer e a dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002 (Col. Passo a Passo).
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986.
- ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Caloste Gulbenkian, 2002.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FALEIRO, Kelly Magalhães. **Procedimento de consulta fiscal**. São Paulo: Noeses, 2005.
- FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- \_\_\_\_\_. **Estrutura atual do código tributário nacional**. 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.
- FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. v. 1: antigüedad y edad media. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirâmide, 1982.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: RT, USP, 1976.
- \_\_\_\_\_. Confissão de débito, parcelamento e rediscussão dos fatos. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, ano 8, n. 45, mai./jun. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. Por que ler Kelsen, hoje. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. Aplicación práctica del derecho tributario y la tentativa de dejarlo más dinámico. *In*: MARINS, James. **Tributação e política**. Curitiba: Juruá, 2005.
- FISCHER, Octavio Campos. **A contribuição ao PIS**. São Paulo: Dialética, 1999.
- FOLLONI, André. A hermenêutica histórica e o “processo” de dano ao erário: em homenagem a José Souto Maior Borges. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006.



- \_\_\_\_\_. A teoria pura do direito de Hans Kelsen. *In*: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Org.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas-RS: Delfos, 2008.
- \_\_\_\_\_. Dogmática e positivismo em revista. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun. 2007.
- \_\_\_\_\_. Natureza jurídica da “contribuição” sobre iluminação pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 14, out./dez. 2003.
- \_\_\_\_\_. Normas aduaneiras: estrutura e função. *In*: TREVISAN, Rosaldo (Org.). **Temas atuais de direito aduaneiro**. São Paulo: Lex, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tributação sobre o comércio exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.
- GAMA, Tácio Lacerda. Competência regulamentar da Anatel e tributação – o caso da Súmula n. 07/05. *In*: PAULA JUNIOR, Aldo de. *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.
- GIARDINO, Cleber. Debates. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Imposto sobre serviços: exposição e debates: notas taquigráficas de seminário realizado em 29-10-73 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Saraiva; EDUC, 1974.
- GONÇALVES, José Arthur Lima. **Imposto de renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. As contribuições das empresas para o fundo “PIS-Pasep”. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições especiais fundo PIS/Pasep**. Caderno de pesquisas tributárias n. 2. São Paulo: Resenha Tributária; CEU, 1991.
- GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação: uma visão funcional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Norma jurídica tributária**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Debates. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Imposto sobre serviços: exposição e debates: notas taquigráficas de seminário realizado em 29-10-73 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Saraiva; EDUC, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Os princípios e normas constitucionais tributários**. São Paulo: LTr; Edusp, 1976.
- HAFT, FRITJOF. Direito e linguagem. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Caloste Gulbenkian, 2002.
- HART, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi; Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- \_\_\_\_\_. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2001.
- HERRERA, Pedro M. Exenciones tributarias y libertades económicas en el derecho comunitario. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. Introdução. *In*: GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. v. 1. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí-RS: Unijuí, 2004.
- JARACH, Dino. **Finanzas públicas y derecho tributario**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Antelóquio. *In*: CASTRO, Alexandre Barros. **Processo tributário: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O imposto sobre serviços na constituição**. São Paulo: RT, 1985.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e**

- à **teoria do direito contemporâneo**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Caloste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O que é justiça?** A justiça, o direito e política no espelho da ciência. 3. Ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. **¿Quién debe ser el defensor de la constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoría comunista del derecho y del estado**. Tradução de Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. 6. ed., 4. tir. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LACOMBE, Américo. **Obrigação tributária**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOSANO, Mário G. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Discurso e direito: discursos do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2006.
- \_\_\_\_\_. Filosofia e filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 16, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- LUNARDELLI, Pedro. **Isenções tributárias**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Identidade da lei complementar e a lei do simples. **Revista Jurídica Empresarial**. Porto Alegre, ano 1, n. 4, set./out. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. Segurança jurídica e lei complementar. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 152, mai./2008.
- MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A segurança jurídica e a identidade específica da lei complementar na Constituição Federal de 1988. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 133, out./2006.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. As contribuições no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito. **As contribuições no sistema tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2003.
- MARANHÃO, Juliano. As lógicas do direito e os direitos da lógica. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.
- \_\_\_\_\_. O desafio da política jurídico-fiscal. *In*: MARINS, James. **Tributação e política**. Curitiba: Juruá, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FOLLONI, André. **Tributação sobre o comércio exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade de instituição dedicada a promover deficientes físicos. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. Teoria da imposição tributária. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Curso de direito tributário**. 2. ed. Belém: CEJUP; CEU, 1993.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELO, José Eduardo Soares de. **Imposto sobre serviços de comunicação**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDONÇA, Christiane. **A não-cumatividade do ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MENEZES, José Rafael de. A maturidade intelectual. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Ciência feliz**: sobre o mundo jurídico e outros mundos. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.
- MILOVIC, Miroslav. Kant, Emmanuel. *In*: BARRETO, Vicente De Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo-RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MOLL, Luiza Helena. Prefácio. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de *et alli*. **Interpretação no direito tributário**: aulas e debates em assembléia do II Curso de Especialização em direito tributário, promovido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no segundo semestre de 1971, sob a coordenação do Prof. Geraldo Ataliba. São Paulo: Saraiva; EDUC, 1975.
- MOURA, Frederico Araújo Seabra de. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- \_\_\_\_\_. Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. *In*: JUNIOR, Aldo de Paula. *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

- NOVELLI, Flávio Bauer. Nota dos editores. *In*: BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1981 (Col. Tratado de Direito Tributário Brasileiro, v. IV).
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 3. tir. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucye. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PESTANA, Marcio. **A prova no processo administrativo tributário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- PONTES, Helenílson Cunha. Coisa julgada tributária. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006.
- PRIA, Rodrigo Dalla. O processo de positivação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuinte e Fisco. *In*: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico**. São Paulo: Dialética, 2003.
- \_\_\_\_\_. O direito ao processo. *In*: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico**. São Paulo: Dialética, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. 3. Tir. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O direito como experiência**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRÍGUEZ-BEREIJO, Alvaro. Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición. *In*: KIRCHHOF, Paul *et al.* **Garantías constitucionales del contribuyente**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Apresentação. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas**: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008
- \_\_\_\_\_. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). **Decadência no imposto sobre a renda**: investigação e análise 1. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- \_\_\_\_\_. Lançamento, decadência e prescrição no direito tributário. *In*: BARRETO, Aires F.; BOTALLO, Eduardo Domingos (Coord.). **Curso de iniciação em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- \_\_\_\_\_. Planejamento tributário e estado de direito: fraude à lei, reconstruindo conceitos. *In*: PAULA JUNIOR, Aldo de *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

- SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Preços de transferência no direito brasileiro**. São Paulo: Dialética, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Preços de transferência no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006.
- SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen: ensaios introdutórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SICHES, Luís Recásens. **Tratado general de filosofía del derecho**. Ciudad de Mexico: Porrúa, 1959.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: CANTO, Gilberto de Ulhoa. **Temas de direito tributário: pareceres e estudos**. Rio de Janeiro: Financeiras, s.d. [1955?].
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: FANUCCHI, Fábio. **Curso de direito tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- SOUZA, Rubens Gomes de *et alli*. **Questões tributárias: notas taquigráficas de debates realizados na Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: EDUC; Resenha Tributária, 1975.
- SOUZA, Artur César de. Análise econômica e social da penhora no âmbito da execução fiscal sob a perspectiva da parcialidade positiva do juiz. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, n. 90, jan./fev., 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 46, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_. O senso comum teórico e a violência contra a mulher: desvelando a razão cínica do direito em *terra brasilis*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: em busca dos direitos perdidos: uma discussão à luz do estado democrático de direito**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Os publicistas da geração de 60, a Turma das Perdizes e o direito tributário. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Caloste Gulbenkian, 1999.
- TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**. Trad. Pedro M. Herrera Molina. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2002.
- \_\_\_\_\_. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. Tradução de Luís Eduardo Schoueri. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). **Estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. **Direito tributário**. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.
- \_\_\_\_\_. Inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito: sigilo bancário e conflito de leis no tempo. *In*: JUNIOR, Aldo de Paula. *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.

- TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário e direito privado**: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TRAIBEL, José Pedro Montero. La prueba en el procedimiento de gestión tributaria. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Apresentação. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e prática das multas tributárias**: infrações tributárias, sanções tributárias. 2. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre, v. 35, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A regra-matriz de incidência do IPI**: texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993.
- \_\_\_\_\_. A semestralidade do PIS: favos de abelha ou favos de vespa? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 83, ago., 2002.
- \_\_\_\_\_. Apropriação Indébita Tributária no IPI e no ICMS: Vislumbres de um Estado “Shylock”. In: BARRETO, Aires F. *et. al.* **Direito tributário, linguagem e método**: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual. São Paulo: Noeses, 2008.
- \_\_\_\_\_. Crédito de IPI relativo a operações anteriores beneficiadas: maiô completo ou completa nudez? In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. Denúncia espontânea e multa moratória: confissão e crise na “jurisdição” administrativa. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição**: crise, efetividade e plenitude constitucional. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária**: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos republicano-democráticos da legalidade tributária: óbvios ululantes e não ululantes. In: FOLMANN, Melissa (Coord.). **Tributação e direitos fundamentais**: propostas de efetividade. Curitiba: Juruá, 2006.
- \_\_\_\_\_. Imposto sobre produtos industrializados: uma águia garciamarquiana entre os tributos. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurélio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação das empresas**. São Paulo: Quartier Latin; FGV, 2006.
- \_\_\_\_\_. Legalidade tributária ou lei da selva: sonho ou pesadelo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre, v. 37, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Medidas provisórias em matéria tributária**: as catilinárias brasileiras. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

- \_\_\_\_\_. Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo “viver perigosamente”. *In*: BARRETO, Aires Fernandino *et alli*. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005.
- \_\_\_\_\_. Prefácio: inconstitucionalidade e tributo: resposta a um apelo para as alturas. *In*: DALLAZEM, Dalton Luiz. **Inconstitucionalidade e tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- \_\_\_\_\_. Prefácio: teoria do ato administrativo: um “vagabundo de Deus” e um peregrino da ciência. *In*: FOLLONI, André. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006.
- \_\_\_\_\_. República e Democracia: óbvios ululantes e não ululantes. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre, v. 36, 2001.
- VIEIRA, José Roberto *et alli*. Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, 2003.
- VILANOVA, Lourival. A teoria do direito em Pontes de Miranda. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. Analítica do dever-ser. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 2. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. Lógica jurídica. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. Níveis de linguagem em Kelsen: norma jurídica/proposição jurídica. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 2. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. O problema do objeto da teoria geral do estado. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. O universo das formas lógicas e o direito. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. Sobre o conceito de direito. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria da norma fundamental: comentários à margem de Kelsen. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: RT, 1978.
- ZILVETI, Fernando Aurélio; COELHO, Mônica Pereira. Tributo confiscatório ou excesso fiscal? *In*: ALDO DE PAULA JUNIOR *et alli*. **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.

### 3. DEMAIS TEXTOS NÃO JURÍDICOS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. **História da filosofia**. 6. ed. v. 1. Tradução de António Borges Coelho, Franco de Sousa e Manuel Patrício. Lisboa: Presença, 1999.

- ADAM; LANNERY. Prefácio. *In*: DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ADORNO, Theodor W. **Minima moralia**: reflexões a partir da vida danificada. 2. ed. Tradução de Luiz Eduardo Bicca. São Paulo: Ática, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia**. Tradução de Flávio R. Kothe, Aldo Onesti e Amélia Cohn. São Paulo: Ática, 1986.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ALAIN. **Idéias**: introdução à filosofia: Platão, Descartes, Hegel, Comte. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ALVES, Rubens. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e a suas regras. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2000.
- APEL, Karl-Otto. Fundamentação última não-metafísica? *In*: Stein, ERNILDO; BONI, Luís A. de (Org.) **Dialética e liberdade**: *Festchrift* em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Porto Alegre: Editora da Universidade; Petrópolis-RJ: Vozes, 1993.
- \_\_\_\_\_. La ética del discurso ante el desafío de la filosofía latinoamericana de la liberación (II). *In*: APEL, Karl-Otto; DUSSEL, Enrique. **Ética del discurso y ética de la liberación**. Madrid: Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur. *In*: APEL, Karl-Otto; DUSSEL, Enrique. **Ética del discurso y ética de la liberación**. Madrid: Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. Narración autobiográfica del proceso filosófico recorrido con Habermas. *In*: ENRIQUE DUSSEL (Comp.). **Debate en torno a la ética del discurso de Apel**: diálogo filosófico norte-sur desde América Latina. México: Siglo Veintiuno; Iztapalapa, 1994.
- \_\_\_\_\_. Pensar con Habermas contra Habermas. *In*: ENRIQUE DUSSEL (Comp.). **Debate en torno a la ética del discurso de Apel**: diálogo filosófico norte-sur desde América Latina. México: Siglo Veintiuno; Iztapalapa, 1994.
- \_\_\_\_\_. ¿Puede considerarse el desafío de la ética de la liberación como un desafío de la *parte B* de la ética del discurso? (sobre la aceptable e inaceptable implementación de las normas morales bajo condiciones de instituciones o sistemas sociales). *In*: APEL, Karl-Otto; DUSSEL, Enrique. **Ética del discurso y ética de la liberación**. Madrid: Trotta, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Transformação da filosofia**. v. 1: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Transformação da filosofia**. v. 2: *o a priori* da comunidade de comunicação. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- ARANGO, Julián Serna. **Filosofía, literatura y giro lingüístico**. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Tecnológica de Pereira, 2004.
- ARDOINO, Jacques. A complexidade. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religião dos saberes**: o desafio do século XXI. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARISTÓTELES. **Dos argumentos sofisticos**. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Col. Os Pensadores)
- \_\_\_\_\_. **Metafísica**. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.



- \_\_\_\_\_. **Epistemologia**: trechos escolhidos por Dominique Lecourt. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- BACON, Francis. Nova Atlântida. In: FRANCIS BACON. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida**. 2. ed. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Novum organum**. In: BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida**. 2. ed. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- BAGNO, Marcos. **Preconceito lingüístico**: o que é, como se faz. 43. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- BARNES, Jonathan. **Filósofos pré-socráticos**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BATTISTI, César Augusto. A metodologia cartesiana e seu estatuto: crítica a algumas teses tradicionais. In: PEREZ, Daniel Omar (Org.). **Ensaio de filosofia moderna e contemporânea**: Maquiavel, Descartes, Kant, Nietzsche, Wittgenstein, Deleuze. Cascavel-PR: Unioeste, 2001.
- BECH, Joseph M. **La filosofía y su historia**: dificultades teóricas y perspectivas críticas en los múltiples caminos actuales de la historia del pensamiento. Barcelona: UB, 2000.
- BENOIT, Hector. **Sócrates**: o nascimento da razão negativa. São Paulo: Moderna, 1996 (Coleção Logos).
- BENOIT, Paul. A teologia no século XIII: uma ciência diferente das outras. In: SERRES, Michel (Coord.). **Elementos para uma história das ciências**: da babilônia à idade média. Lisboa: Terramar, 1989.
- BERTALANFFY, Ludvig Von. **Teoria geral dos sistemas**. 2. ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis-RJ: Vozes, 1975.
- BEYSSADE, Michelle. **Descartes**. Tradução de Fernanda Figueira. Lisboa: Ed. 70, 1991.
- BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2006.
- BOHR, Niels. **Física atômica e conhecimento humano**: ensaios 1932-1957. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.
- BOUVERESSE, Jacques. A teoria da observação na filosofia das ciências do positivismo lógico. In: CHÂTELET, François (Dir.). **História da filosofia**. v. 4. Tradução de José Afonso Furtado. Lisboa: Dom Quixote, 1995.
- BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. O discurso: uma abordagem pragmático-enunciativa. In: ZANDWAIS, Ana (Org.). **Relações entre pragmática e enunciação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- BRUM, José Thomaz. Prefácio. In: KLOSSOWSKI, Pierre. **Nietzsche e o círculo vicioso**. Tradução de Hortencia S. Lencastre. Rio de Janeiro: Pazulin, 2000.
- BUNGE, Mario. **Epistemologia**: curso de atualização. Tradução de Claudio Navarra. São Paulo: T. A. Queiroz; USP, 1980.
- BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento**: de Gutenberg a Diderot. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CARNAP, Rudolf. **Empirismo, semântica e ontologia**. 2. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **O caráter metodológico dos conceitos teóricos**. 2. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Pseudoproblemas na filosofia**. 2. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Significação e sinonímia nas linguagens naturais**. 2. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).

- \_\_\_\_\_. **Testabilidade e significado**. 2. ed. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- CASANOVA, Marco Antônio. Nota do tradutor. *In*: HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 (2v).
- \_\_\_\_\_. **O instante extraordinário**: vida, história e valor na obra de Friedrich Nietzsche. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica**: introducción a una filosofía de la cultura. Tradução de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- CENCI, Elvi Miguel. A reflexão ética de Karl Otto Apel. *In*: CARVALHO, José Maurício de (Org.). **Problemas e teorias da ética contemporânea**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- CHALMERS, Alan F. **O que é ciência, afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2008.
- CORTINA, Adela. Introducción. *In*: KARL-OTTO APEL. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1998.
- COTTINGHAM, John. **A filosofia de Descartes**. Tradução de Maria do Rosário Sousa Guedes. Lisboa: Ed. 70, 1989.
- DARNTON, Robert. **O Iluminismo como negócio**: história da publicação da Enciclopédia. Tradução de Laura Teixeira Motta; Marcia Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- DELEUZE, Gilles. **Nietzsche**. Tradução de Alberto Campos. Lisboa: Ed. 70, 2007.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Tradução de Bento Prado Jr.; Alberto Alonso Muñoz. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Meditações metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Objecções e respostas**. *In*: **Discurso do método; meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Princípios da filosofia**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1968.
- \_\_\_\_\_. Razões que Provam a Existência de Deus e a Distinção que há entre o Espírito e o Corpo Dispostas de uma Forma Geométrica. *In*: **Discurso do método; meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Regras para a orientação do espírito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**: ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. 1. reimp. Versión española de Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Tradução de Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves; Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.

- ELIAS, Norbert. **Condição humana**: considerações sobre a evolução da humanidade, por ocasião do quadragésimo aniversário do fim de uma guerra (8 de maio de 1985). Tradução de Manuel Loureiro. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1985[?].
- ESPINOSA, Baruch de. Princípios da filosofia de René Descartes demonstrados à maneira geométrica. Prolegômeno. *In*: DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FABRA, Pere. **Habermas**: lenguaje, razón y verdad: los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FEYERABEND, Paul. **Adeus à razão**. Tradução de Francisco M. Guimarães. Lisboa: Ed. 70, s.d.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. 2. reimp. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado; Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- \_\_\_\_\_. **História da sexualidade**. v. 1: a vontade de saber. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- \_\_\_\_\_. **História da sexualidade**. v. 2: o uso dos prazeres. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- \_\_\_\_\_. Verdade e poder. *In*: **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Col. Os Pensadores).
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. v. 1: Heidegger em retrospectiva. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.
- GALILEI, Galileu. **Dois novas ciências**. Tradução de Leitzio Mariconda e Pablo R. Mariconda. 2. ed. São Paulo: Instituto Ítalo-Brasileiro, 1988.
- GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. **Nietzsche e para além de bem e mal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRANGER, Gilles-Gaston. Introdução. *In*: DESCARTES, René. **Discurso do método; meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- GRANTHAM, Marilei Resmini. Literalidade e pragmática. *In*: ZANDWAIS, Ana (Org.). **Relações entre pragmática e enunciação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- GUENANCIA, Pierre. **Descartes**. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Catedra, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Textos e contextos**. Tradução de Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Piaget, s.d.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. 6. ed. **Parte I. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2001.**
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 2. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2003.

- \_\_\_\_\_. A questão fundamental da filosofia. *In: Ser e verdade*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2007.
- \_\_\_\_\_. A teoria platônica da verdade. *In: Marcas do caminho*. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.
- \_\_\_\_\_. Beiträge zur Philosophie – (Vom Ereignis) – Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, p. 145-159. Transcritos e traduzidos em: Martin Heidegger, profeta da pós-modernidade: as 24 proposições sobre a ciência. *In: STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí-RS: Unijuí, 2001.
- \_\_\_\_\_. Fenomenologia e teologia. *In: Marcas do caminho*. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à metafísica**. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Piaget, [s.d.].
- \_\_\_\_\_. **Nietzsche**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 (2 v).
- \_\_\_\_\_. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. *In: Sobre a questão do pensamento*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.
- \_\_\_\_\_. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. O retorno ao fundamento da metafísica. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. Qu'est-ce que la philosophie? *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. 13. ed. v. 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2004.
- \_\_\_\_\_. Sobre a essência da verdade. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. Sobre a essência do fundamento. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. Sobre o "humanismo". *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- \_\_\_\_\_. Tempo e ser. *In: Sobre a questão do pensamento*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.
- \_\_\_\_\_. Tempo e ser. *In: Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HEISENBERG, Werner. **A parte e o todo: encontros e conversas sobre física, filosofia, religião e política**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Física e filosofia**. 4. ed. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília: UNB; Humanidades, 1999.
- HENRY, John. **A revolução científica e as origens da ciência moderna**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica à razão utópica**. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988.
- HINTIKKA, Merrill B.; HINTIKKA, Jaakko. **Uma investigação sobre Wittgenstein**. 2. ed. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas-SP: Papirus, 1994.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

- \_\_\_\_\_. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.
- HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. *In*: HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Textos escolhidos**. Tradução de Željko Loparić *et alli*. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Col. Os Pensadores).
- HUME, David. **Diálogos sobre a religião natural**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Ensaio morais, políticos e literários**. Tradução de João Paulo Gomes Moteiro e Armando Mora D'Oliveira. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Investigação acêrca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nacional; USP, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp; Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- JANSON, Horst Waldemar. **História geral da arte**: o mundo moderno. Tradução de J. A. Ferreira de Almeida. Adapt. para a edição brasileira Maurício Balthazar Leal. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- JAPIASSU, Hilton. **A revolução científica moderna**. Rio de Janeiro: Imago, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Francis Bacon**: o profeta da ciência moderna. São Paulo: Letras & Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. **O sonho transdisciplinar e as razões da filosofia**. Rio de Janeiro: Imago, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, [s/d].
- KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- KNELLER, George F. **A ciência como atividade humana**. Tradução de Antonio José de Souza. Rio de Janeiro: Zahar; São Paulo: USP, 1980.
- KOFMAN, Myron. **Edgar Morin**: do *Big Brother* à fraternidade. Tradução de Susana Paula Moura. Lisboa: Piaget, s.d.
- KOTHE, Flávio R. Nota do tradutor. *In*: NIETZSCHE, Friedrich. **Fragmentos finais**. 1. Reimp. Tradução de Flávio R. Kothe. Brasília: UNB, 2007.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A revolução copernicana**. Tradução de Marília Costa Fontes. Lisboa: Ed. 70, 2002 (Col. Perfil: História das Ideias e dos Pensamentos).
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação. *In*: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 13. ed. v. 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2004.
- LÉBRUN, Gerard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro; Silvia Lara. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: DESCARTES, René. **Discurso do método; meditações; objeções e respostas; as paixões da alma; cartas**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- LÉVINAS, Emmanuel. **Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, [s.d.].
- LOSEE, John. **Introdução histórica à filosofia da ciência**. Lisboa: Terramar, 1998.

- LOYOLA, Anselmo de. À guisa de prefácio. *In*: DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1968.
- LUCE, J. V. **Curso de filosofia grega**: do século VI a.C. ao século III d.C. Tradução de Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 1, 2004.
- \_\_\_\_\_. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MANON, Simone. **Platão**. Tradução de Flávia Cristina de Souza Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MAQUIEAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Clio, 2009.
- MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**: o homem unidimensional. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.
- \_\_\_\_\_. **Eros e civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Tradução de Álvaro Cabral. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**. 2. ed. Tradução de Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- MARIGUELA, Márcio. **Epistemologia da psicologia**. Piracicaba-SP: Unimep, 1995.
- MARTON, Scarlett. **Nietzsche, filósofo da suspeita**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2010.
- MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro primeiro: o processo de produção do capital. v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MASON, S. F. **História da ciência**: as principais correntes do pensamento científico. Tradução de Flávio e José Vellinho de Lacerda. Porto Alegre: Globo, 1962.
- MATOS, Mário e SYLLA, Bernhard. Nota dos tradutores. *In*: HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Piaget, [s.d.].
- MILNER, Judith. Nota da tradutora. *In*: STRAWSON, Peter Frederick. **Études de logique et de linguistique**. Tradução de Judith Milner. Paris: Éditions du seuil, 1977.
- MONZANI, Ricardo. Discurso filosófico e discurso psicanalítico: balanço e perspectivas. *In*: PRADO JR., Bento. **Filosofia da psicanálise**. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- MORIN, Edgar. A articulação dos saberes. *In*: MORIN, Edgar. **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios. 3. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2005.
- \_\_\_\_\_. A propósito dos sete saberes. *In*: MORIN, Edgar. **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios. 3. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 5. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- \_\_\_\_\_. **As grandes questões do nosso tempo**. 4. ed. Tradução de Adelino dos Santos Rodrigues. Lisboa: Editorial Notícias, [s.d.].
- \_\_\_\_\_. **Ciência com consciência**. 5. ed. Tradução de Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Cultura de massas no século XX**. v. 1: neurose. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios. 3. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2005.

- \_\_\_\_\_. Introdução. Oitava jornada: a religação dos saberes. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religação dos saberes: o desafio do século XXI**. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- \_\_\_\_\_. Introdução às jornadas temáticas. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religação dos saberes: o desafio do século XXI**. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- \_\_\_\_\_. O desafio da complexidade. *In*: MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. 3. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 1: a natureza da natureza. 2. ed. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 2: a vida da vida. Tradução de Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 3: o conhecimento do conhecimento. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 4: As idéias: habitat, vida, costumes, organização. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 5: A humanidade da humanidade: a identidade humana. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O método**. v. 6: ética. 3. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O paradigma perdido: a natureza humana**. Tradução de Hermano Neves. Portugal: Europa-América, [s. d.].
- \_\_\_\_\_. O pensamento socialista em ruínas: o que se pode esperar? *In*: MORIN, Edgar; BAUDRILLARD, Jean; MAFFESOLI, Michel. **A decadência do futuro e a construção do presente**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1993.
- \_\_\_\_\_. Observações finais. Sexta jornada: a história. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religação dos saberes: o desafio do século XXI**. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- \_\_\_\_\_. Os desafios da complexidade. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religação dos saberes: o desafio do século XXI**. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva; Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Para sair do século XX**. Tradução de Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- \_\_\_\_\_. Problemas de uma epistemologia complexa. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **O problema epistemológico da complexidade**. 2. ed. Lisboa: Europa-América, s.d.
- \_\_\_\_\_. Sobre a reforma universitária. *In*: MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. 3. ed. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2005.
- MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio-Roger; MOTTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2003.

- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 5. ed. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- MOURA, Carlos Alberto Ribeiro de. **Nietzsche: civilização e cultura**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MÜLLER-LAUTER, Wolfgang. **A doutrina da vontade de poder em Nietzsche**. Tradução de Oswaldo Giacoia Junior. São Paulo: Annablume, 1997.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- \_\_\_\_\_. A visão dionisíaca do mundo. *In: A visão dionisíaca do mundo e outros textos da juventude*. Tradução de Marcos Sinésio Pereira Fernandes; Maria Cristina dos Santos de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Além do bem e do mal**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Além do bem e do mal**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Paulo César de Souza. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Also sprach Zarathustra: Kritische Studienausgabe** Herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari. Munique: DTV, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Assim falou Zarathustra**. Tradução de Mário da Silva. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- \_\_\_\_\_. Assim falou Zarathustra. *In: Obras incompletas*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. Aurora. *In: Obras incompletas*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Crepúsculo dos ídolos, ou, como se filosofa com o martelo**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Die fröhliche Wissenschaft**. Disponível em <<http://www.scribd.com/doc/6138674/Nietzsche-Friedrich-Die-Frohliche-Wissenschaft>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2011.
- \_\_\_\_\_. **Ecce homo: como alguém se torna o que é**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. Ecce homo: como tornar-se o que se é. *In: Obras incompletas*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é**. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: LP&M, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Escritos sobre direito**. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-RJ; São Paulo: Loyola, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Escritos sobre política**. v. 1: as ideologias e o aristocratismo. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-RJ; São Paulo: Loyola, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Fragmentos finais**. 1. Reimp. Tradução de Flávio R. Kothe. Brasília: UNB, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres**. v. 2. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O anticristo**. Tradução de David Jardim Júnior. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.



- NUNES, Benedito. **Passagem para o poético**: filosofia e poesia em Heidegger. 2. ed. São Paulo: Ática, 1992.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- ONATE, Alberto Marcos. **O crepúsculo do sujeito em Nietzsche ou como abrir-se ao filosofar sem metafísica**. São Paulo: Discurso Editorial; Unijuí, 2000.
- ORTEGA Y GASSET, José. Prólogo. *In*: DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**: ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. 1. reimp. Versión española de Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986.
- PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- PASCAL, Georges. **Descartes**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura do *Ser e tempo* de Martin Heidegger**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, [s.d.].
- PASSET, René. Economia: da unidimensionalidade à transdisciplinaridade. *In*: MORIN, Edgar. (Coord.) **A religação dos saberes**: o desafio do século XXI. 5. ed. Tradução de Flávia Nascimento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- PETRAGLIA, Izabel. **Edgar Morin**: a educação e a complexidade do ser e do saber. 10. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.
- PIMENTA, Olímpio. **Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- PLATÃO. **A república**: ou da justiça. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Apologia de Sócrates**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. 18. ed. São Paulo: Ediouro, 2002.
- \_\_\_\_\_. Fédon. *In*: **Diálogos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 128 (Col. Os Pensadores).
- PÖGGELER, Otto. **A via do pensamento de Martin Heidegger**. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Piaget, [s.d.]
- POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1974 (2v).
- \_\_\_\_\_. **Conjectures and refutations**: the growth of scientific knowledge. Londres: Routledge, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Objective knowledge**: an evolutionary approach. Oxford: University Press, 1972.
- \_\_\_\_\_. **The poverty of historicism**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1972.
- PRIGOGINE, Ilya. **O nascimento do tempo**. Lisboa: Ed. 70, 1999.
- PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. **A nova aliança**: a metamorfose da ciência. Tradução de Miguel Faria; Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: UNB, 1984.
- RABUSKE, Edvino. **Epistemologia das ciências humanas**. Caxias do Sul-RS: EDUCS, 1987.
- RAJAGOPALAN, Kanavillil. Por uma pragmática voltada à prática lingüística. *In*: ZANDWAIS, Ana (Org.). **Relações entre pragmática e enunciação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. v. 1: das origens a Sócrates. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1993.
- REGNER, Anna Carolina Krebs Pereira. Feyerabend/Lakatos: “adeus à razão” ou construção de uma nova racionalidade? *In*: PORTOCARRERO, Vera (Org.). **Filosofia, história e sociologia das ciências I**: abordagens contemporâneas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

- ROSSI, Paolo. **A ciência e a filosofia dos modernos**: aspectos da revolução científica. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1992.
- SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o iltelectual de *virtù*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 1. São Paulo: Ática, 2000.
- SAFRANSKI, Rüdiger. **Um mestre da Alemanha**: Heidegger e o seu tempo. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Piaget, 1994.
- SALERMO, Gustavo. Lenguaje, verdad y intersubjetividad: el influjo de Heidegger en la filosofía de Apel. **Revista de Filosofia Aurora**. Curitiba, v. 20, n. 27, jul./dez. 2008.
- SANTIAGO, Homero. Introdução. In: DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 10 ed. Porto: Afrontamento, 1998.
- SANTOS, José Trindade dos. **Antes de Sócrates**: introdução ao estudo da filosofia grega. Lisboa: Gradiva, 1985.
- SANTUÁRIO, Luiz Carlos. Filosofia e psicanálise: a linguagem em Lacan, Apel e Gadamer. **Revista de Filosofia**. Curitiba, v. 17, n. 20, jan./jun. 2005.
- SAUTET, Marc. **Um café para Sócrates**: como a filosofia pode ajudar a compreender o mundo de hoje. Tradução de Vera Ribeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.
- SCHLICK, Moritz. **O fundamento do conhecimento**. 2. ed. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Positivismo e realismo**. 2. ed. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. **Sentido e verificação**. 2. ed. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Col. Os Pensadores).
- SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução de Pedro Süsskind. Porto Alegre: LP&M, 2007.
- SCHUBACK, Márcia Sá Cavalcante. Nota da tradutora. In: HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 2. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2003.
- \_\_\_\_\_. Notas explicativas. In: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 13. ed. v. 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Universidade São Francisco, 2004.
- SCRIBANO, Emanuela. **Guia para leitura das Meditações Metafísicas de Descartes**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2007.
- SERRES, Michel (Coord.). **Elementos para uma história das ciências**. V. 1: da Babilônia à Idade Média. Lisboa: Terramar, 1989.
- SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: LP&M, 1996.
- SILVA, Franklin Leopoldo e. **Conhecimento e razão instrumental**. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65641997000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65641997000100002&lng=pt&nrm=iso)>, acesso em 13 de agosto de 2008.
- \_\_\_\_\_. **Descartes**: a metafísica da modernidade. São Paulo: Moderna, 1993.
- SOUZA, Paulo César de. Notas. In: NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- \_\_\_\_\_. Notas. In: **Humano, demasiado humano**: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- \_\_\_\_\_. Posfácio: um livro soberano. In: NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

- SPINELLI, Miguel. **Filosofia e ciência**: análise histórico-crítica da filosofia: de Pitágoras a Descartes. São Paulo: Edicon; Santa Maria-RS: UFSM, 1990.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. v. 1. Tradução de ?. São Paulo: EPU, 1977.
- STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. Ijuí-RS: Unijuí, 2001.
- \_\_\_\_\_. Prefácio à edição brasileira. *In*: SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000.
- STENGERS, Isabelle. **A invenção das ciências modernas**. Tradução de Max Altman. São Paulo, Ed. 34, 2002.
- STRAWSON, Peter Frederick. **Études de logique et de linguistique**. Tradução de Judith Milner. Paris: Éditions du seuil, 1977.
- TUCHMAN, Barbara W. **A marcha da insensatez**: de Tróia ao Vietnã. 3. ed. Tradução de Carlos de Oliveira Gomes. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 6. ed. Campinas-SP: Papyrus, 2007.
- VAZ, Henrique Claudio de Lima. A significação da Fenomenologia do Espírito. *In*: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 6. ed. Tradução de Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2001.
- VERGEZ, André. **David Hume**. Tradução de Maria Manuela Ramalhinho Barreto. Lisboa: Ed. 70, 1984.
- VIDEIRA, Antonio Augusto Passos. Breves considerações sobre a natureza do método científico. *In*: SILVA, Cibelle Celestino (Org.). **Estudos de história e filosofia das ciências**: subsídios para aplicação no ensino. São Paulo: Livraria da Física, 2006.
- VIEIRA, José Roberto. Interpretação da morte de Deus em Nietzsche. **Revista da Faculdade Católica de Administração e Economia**. Curitiba, n. 2, jan./jun. 1991.
- VILANOVA, Lourival. Teoria das formas sintáticas: anotações à margem da teoria de Husserl. *In*: **Escritos jurídicos e filosóficos**. v. 1. São Paulo: Axis Mundi; IBET, 2003.
- WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. v. 1. 4. ed. Tradução de Augusto Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas-SP: Unicamp, 2001.
- WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade**: o uso humano de seres humanos. 3. ed. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, s.d.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.
- WRIGLEY, Michael. Prefácio. *In*: HUME, David. **Diálogos sobre a religião natural**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- WU, Roberto. Linhas sobre o estatuto das legislações interna e externa na filosofia prática de Kant. **Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.