

DECISÕES POLÍTICAS, LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E LIMITES DA INTERPRETAÇÃO

José Maria Arruda de Andrade

Comum entre os operadores do Direito é a afirmação de que as decisões judiciais, sobretudo as do Supremo Tribunal Federal, são políticas. Em termos meramente esquemáticos, seria algo como: os ministros da Corte máxima teriam como alcançar o verdadeiro sentido e alcance do dispositivo normativo interpretado (texto da norma), mas, ardilosa ou politicamente, preferem adotar decisões de natureza política. Aqui, nesse parágrafo, a expressão “política” ganha contornos amplos, podendo ser atribuível a “garantir interesses do Poder Executivo”, ou mesmo “confirmação de valores e preconceitos do intérprete”.

No Direito Tributário, esse tipo de consideração ganha ainda maior relevo, sobretudo porque as principais decisões sobre a matéria no âmbito das cortes superiores definem um entendimento acerca de um texto normativo ou a solução de antinomias que alcançam ou orientam milhares de contribuintes.

Em outros termos, os principais julgados tributários versam sobre *cases* que a comunidade largamente conceitua como *teses tributárias* (nulidades alegadas por uma enorme quantidade de contribuintes autores de processos judiciais). Esse tipo de discussão, massificada, a depender da decisão majoritária de apenas onze intérpretes autênticos (em sentido kelseniano), aumenta a visibilidade e a pressão sobre a Corte Máxima.

Por outro lado, há de se lembrar, ainda, outro fator que reforça a idéia de polarização da discussão travada entre contribuintes e Estado, o que acarreta sempre uma desconfiança para com o Judiciário (que estaria aliciado pelo Executivo). Trata-se do

engajamento profissional da imensa maioria dos doutrinadores e escritores de artigos dogmáticos.

No Brasil, o estudo da relação tributária como uma relação obrigacional, baseada no Direito Civil, sempre encontrou muito eco. Estuda-se e se defende a igualdade entre as partes da obrigação (sujeitos ativo e passivo), a necessidade de proteção das garantias individuais (liberdade e propriedade), o caráter odioso da tributação e a necessidade de uma interpretação baseada na tipicidade exhaustiva (quase inalcançável e freqüentemente declarada como inválida) de qualquer incidência fiscal.

Quanto ao engajamento profissional acima aludido, a insistência em declarar qualquer aumento de tributo como uma inconstitucionalidade tem comprometido a seriedade e muitas das afirmações de alguns doutrinadores, já que análises dogmáticas e posturas acadêmicas acabam por se imiscuir em um processo não muito rico do ponto de vista acadêmico.

Nesse sentido, por exemplo, João Maurício Adeodato assinala:

No Brasil, o debate sobre a jurisdição constitucional é por vezes prejudicado em seu conteúdo doutrinário pelo fato de os envolvidos serem também litigantes perante as cortes responsáveis pela decisão, o que tem levado a uma confusão de interesses que nada têm do distanciamento hermenêutico desejável. Críticas ou odes ao modelo tributário, as questões fiscais ou mesmos debates em tomo dos direitos fundamentais parecem ser freqüentemente motivados por posturas advocatícias de base científica duvidosa ou mesmo pela busca de aplausos diante de platéias de estudantes incautos. Não que o advogado não possa teorizar, mas ambas as atividades são sérias, muito diferentes e não podem ser confundidas.⁷

1. Adeodato, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 223.

São fatores como esse que fazem com que temas tão relevantes na formação de um Estado de Direito tomem-se desgastados, a ponto de quase podermos falar não de uma estrita, mas de uma estreita legalidade.

Alguns julgados do STF podem despertar um interesse especial naqueles que se ocupam de estudos sobre hermenêutica jurídica e filosofia da linguagem, sobretudo por demonstrarem a posição daquela corte máxima com relação à fixação ou à atribuição de sentidos a conceitos/tipos utilizados na atribuição constitucional de competência tributária.

Nesse contexto, a interpretação e a aplicação dos tipos positivados no art. 195 da CF, atribuindo competência à União para instituir e majorar as contribuições sociais destinadas à seguridade social, marcam posições relevantes sobre os limites da interpretação e os métodos utilizados para a concreção normativa constitucional.

Nosso texto pretende analisar a relação entre a política e o Direito², a formação de consensos semânticos e o desgaste da idéia de uma legalidade estrita.

1. A difícil relação entre política e Direito

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

Castanheira Neves chega a afirmar que uma das grandes características na nossa civilização greco-romana e cristã-européia é a prioridade do Direito sobre a política.⁴

2. Poder-se-ia abordar outras relações também, como a que se volta a trabalhar hodiernamente, por exemplo, entre Ética e Direito.

3. “[...] a intenção última da *polis*, na sua universalidade integrante, como *demos* decisionista do poder, na sua contingência partidário-ideológica e estratégica” (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: *Digesta*, v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 380).

4. *Idem*, p. 379-80.

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

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

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

Castanheira Neves, após traçar um breve panorama histórico sobre o Direito como solução para o problema jurídico e sobre a secundarização do Direito perante a política, lança duas perguntas:

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

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

Ao refletir sobre essas questões, o autor afirma que o pós-positivismo reconhece como verdadeiras as duas, ao contrário do positivismo, que aceitará apenas a primeira. Isso acontece devido a um “profundo cepticismo quanto à autonomia do direito e à capacidade materialmente regulativa da juridicidade”.⁵

5. *Idem*, p. 382.

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

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

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

Tal entendimento se toma insustentável “porque a analítica dessa postulada aplicação tão-só lógica revelava que ela era afinal e realmente determinada por ponderações normativas e intenções práticas - ponderações e intenções essas exigidas não apenas para vencer a distância normativa entre o abstrato e concreto do caso decidendo, mas sobretudo pelo próprio e particular mérito jurídico do caso (pela sua particular problematicidade jurídico-normativa)”.⁶

Em síntese: tanto pelo carácter normativamente constitutivo ou criador das suas decisões jurídicas, como pela sua intencionalidade prático-normativa, o pensamento jurídico e os juristas enquanto tais aproximam-se do legislador, pensam e criam o direito como o legislador - com diferença quantitativa ou grau de liberdade e vinculação decerto, mas sem essencial divergência qualitativa - e por isso o cânone de

6. *Idem*, p. 386.

decidir judicativamente “como se fora o legislador”, de início invocado apenas para o domínio restrito da integração das lacunas, se converteu num princípio metodológico geral em que todo o pensamento metodológico-jurídico se deveria reconhecer.⁷

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

Aliás, por volta das décadas de 1950/1960, Franz Wieacker analisou a “degenerescência do positivismo”, bem como a ruptura de um modelo fechado e tradicional do Direito Privado.

O recuo perante o formalismo jurídico manifesta-se, antes de tudo, na progressiva libertação do juiz no que respeita à vinculação em relação a hipóteses de fato definidas de forma precisa na lei. Isto corresponde a uma modificação na função da lei no estado social. Ela não é mais, como no Estado de Direito burguês, uma delimitação das esferas dos direitos e da liberdade de cada um relativamente aos outros e aos poderes públicos, mas antes um elemento de *social engineering*, linha de orientação jurídica para a planificação social, cuja prossecução está cometida à administração estadual e cuja apreciação está a cargo dos tribunais ordinários, de trabalho, sociais e administrativos.⁸

7. *Idem*, p. 387.

8. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1993. p. 626.

O jurista Oskar von Bülow, sempre apontado como o pai do Direito Processual⁹, é reconhecido como o primeiro teórico a chamar a atenção para a carga criativa inerente à aplicação do Direito.¹⁰ Trata-se da obra *Gesetz und Richteramt*, de 1885.

Houve já uma polêmica do que significaria a expressão *os juízes criam o direito*", mas, no âmbito deste trabalho, a expressão chama a atenção ao caráter constitutivo da interpretação/aplicação (concreção).¹²

Voltando à análise da difícil relação entre política e Direito, Friedrich Müller afirma que a metodologia jurídica e a política não podem ser separadas, ou seja, a atividade jurídica é uma atividade política guiada por normas jurídicas.¹³ O Direito é uma forma particular da política, daí que a metodologia jurídica

9. Ver Willi S. Guerra Filho (*Epistemologia jurídica e teoria processual do Direito e da Constituição*. 1996. Tese (Docência-Livre em Filosofia do Direito), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, p. 94): "Nela [Die *Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Giesen, 1868], Bülow estabeleceu a doutrina de que o processo tem a natureza de uma relação jurídica de Direito Público, com caráter continuativo, isto é, uma forma que se desenvolve no tempo, não se dando, como o Direito Material, previamente acabado, mas sendo, essencialmente, este *desenvolvimento (Entwicklung)*, como já notara Bethmann-Hollweg, que vincula o Estado-juiz e as partes entre si. Com base neste princípio, o autor formulou o conceito de 'pressupostos processuais', e aqueles que o seguiram foijaram o instrumental teórico e terminológico inicial da hodierna ciência processual".
10. Ver HECK, Phillipp. *El Problema de la Creación dei Derecho*. Trad. Manuel Entenza. Granada: Cornares, 1999. p. 26; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 2001. p. 256; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da Filosofia do Direito*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 343-4 e 354; MÜLLER, Friedrich. *Richterrecht, Elemente einer Verfassungstheorie IV*. Berlin: Duncker Et Humblot, 1986. p. 10 e 39; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Jurisprudência dos interesses. In: *Digesta*, v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995a. p. 215-46. p. 221; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Interpretação jurídica. In: *Digesta*, v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995b. p. 337-77. p. 369-70; e CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1996. p. 106.
11. Por todos, ver CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 54-7.
12. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 56.
13. MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 48.

é a metodologia das condições e formas de trabalho de um setor específico da ação e da organização política.¹⁴ A política está pressuposta no Direito. Todo o Direito funciona como imposição, concreção, controle, discussão e revisão da política. O Direito é, no todo, uma especial forma da política. E, em seus pressupostos, condições, funções e conteúdos, ele é determinado politicamente.¹⁵ No Estado de Direito burguês, o Direito aparece como uma versão racional da política; e a metódica, por seu turno, como uma versão racional do Direito.¹⁶

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

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

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

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

14. *Idem*, p. 49-52.

15. *Idem*, p. 44.

16. *Idem*, p. 70. Para acompanhar a relação entre sistemas políticos e metódica jurídica, ver, ainda, CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Redução política do pensamento metodológico-jurídico. p. 395-7.

Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem (1) encontrar um resultado constitucionalmente “justo” através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este *resultado* constitucionalmente de forma racional e controlável (Hesse). Considerar a interpretação como tarefa significa, por conseguinte, que toda a norma é “significativa”, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.¹⁷

Essa correspondência da decisão com o Direito vigente deve ser entendida antes como exigência de uma justificação. “Se isto não é uma pergunta pelas causas, é então uma pergunta pela *justificação* para o fato de que eu ajo segundo a regra assim”¹⁸, pois a formação de consensos está ligada à idéia de arcabouços conceituais e referenciais coletivos (específicos de cada comunidade e próprio do ser humano biológico).¹⁹

17. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1170-1.

18. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. In: *Werkausgabe*, v. 1. § 217.

19. A segurança nas relações cognitivas não deriva de fundamentos metódicos, mas, antes, da consistência proporcionada pela forma biológica da espécie e a prática social. É a confluência desses fatores que constitui um sistema de proposições fundacionais. O ponto mais importante de *Sobre a Certeza* é desenvolver subsídios para uma epistemologia socializada (idéia que a sociologia alegar ter retomado). O conhecimento de uma determinada cultura ou de qualquer um de seus membros não pode ser apreendida da experiência de um indivíduo. “O conhecimento acumulado de uma cultura é uma conquista coletiva - uma idéia compartilhada por hegelianos, marxistas e pragmatistas”. A totalidade desse conhecimento é inacessível, sendo o aprendizado sobre os padrões referenciais uma aceitação da autoridade de uma comunidade. Isso não impede o pensamento crítico, fazer parte de uma comunidade (e de seu sistema referencial) é tomar parte em atividades epistêmicas “que nos permitem retificar algumas de nossas crenças, e, ocasionalmente, até mesmo partes de nossa visão de mundo. Distinguindo-se da epistemologia naturalizada de Quine, a epistemologia socializada de Wittgenstein salienta esse ponto sem reduzir o processo de formação de crenças, behavioristicamente, a uma questão de estímulos e respostas” (GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 78). É aqui que pensamos que uma teoria sócio-biológica (não confundida-se com a teoria de E. O. Wilson) pode trazer subsídios para um pensamento jurídico baseado não mais

2. A legalidade tributária

Os pressupostos metodológicos até agora apresentados, somados a uma idéia de hermenêutica anti-representacionista²⁰, podem parecer contrários à idéia de legalidade, ou mesmo ser acusados de flexibilizá-la a um ponto que comprometeria toda a idéia de segurança jurídica.

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

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

nas relações cognitivas clássicas (relação entre sujeito e objeto).

Sobre arcabouço conceitual e sistema de referências em Wittgenstein e sua aplicação no Direito, ver ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária: concreção normativa, teoria estruturante do direito e análise pragmática*. 2005. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 99-102; e WITTGENSTEIN, Ludwig. *Über Gewissheit/Da Certeza*. Trad. port. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998. Sobre a utilização de teorias biológicas como teorias do conhecimento, ver ANDRADE José Maria Arruda de. *Op. cit.*, p. 102-7: “0 intérprete como Sistema Autopoiético, e não o direito”.

“As palavras, como sabemos, são ações, e não coisas que passam de lá para cá. E nossa história de interações recorrentes que nos permite um acoplamento estrutural interpessoal efetivo. Descobrimos que compartilhamos um mundo que especificamos em conjunto por meio de nossas ações. Isso é tão evidente a ponto de nos ser literalmente invisível.” (MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. Campinas: Editorial Psy, 1995. p. 251-2)

20. Que evita abordagens lastreadas no caráter representativo da linguagem (as palavras apontando para significados, objetos, idéias, etc.). Para uma abordagem mais ampla sobre esses pressupostos filosóficos e jurídicos, ver ANDRADE José Maria Arruda de. *Op. cit.*, p. 32-64 e 85-107.

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

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

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

Daí a necessidade de se proteger o âmbito econômico da intervenção estatal (Estado x economia), que deveria passar a ser regido pelas leis naturais. Separa-se, também, o próprio Estado (um dever-ser abstrato) da sociedade. Aliás, com base em Kant, aparta-se, inclusive, o Estado (e o Direito) da Moral.²¹

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

Outro elemento relevante, decorrente da separação dos poderes, é a reserva da lei (muitas vezes alegadamente absoluta), já que qualquer ato estatal que invada a esfera da liberdade individual, e

21. Sobre a separação do Estado e da Moral, a partir de Grotius, Tomasius e, após, tendo sua sistematização em Kant, ver GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Presuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 97-9.

aqui tem-se o tributo como figura-chave dessa invasão, somente pode ser autorizado pelos representantes do povo (da burguesia, no caso), no Poder Legislativo (*no taxation without representation*).²²

Tem-se, assim, as duas chaves principais do Estado de Direito: a legalidade/limite²³ e a separação dos poderes.²⁴

Nesse quadro, que ainda é o que serve de apoio para o estudo da legalidade tributária brasileira, a legalidade permite uma dupla visão. Mesmo que se trate de um modelo que esvazia as funções

22. Daí a aparição dessa legalidade, estrita, nas Constituições liberais mais importantes. No caso norte-americano, tem-se o art. 1º, Seção 8: “The Congress shall have power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises”. Na França, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, tinha-se: “14. Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi, et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le reouvrement et la durée”, (TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, v. II, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 172-3).

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

24. Conforme exposto no capítulo sobre a Escola da Exegese, a *separação dos poderes*, outro pilar ideológico desse contexto histórico, formulado modernamente por Montesquieu, é “um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal”, nos dizeres de Eros Grau [*Op. cit.*, p. 225]. Em Montesquieu, tem-se o mecanismo voltado aos direitos individuais, ao contrário da lição norte-americana dos freios e contrapesos, baseada na “otimização do desempenho das funções do Estado, fundando-se também no princípio da *divisão do trabalho*” (p. 226).

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

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

sociais estatais, que traz uma neutralidade que somente perpetuaria uma dominação, ainda assim, nos dizeres de Antoine Jeammaud, “a dominação através do direito apresenta uma especificidade que, pensando bem, faz dela um modo de dominação preferível a qualquer outro”, sobretudo aos derivados de regimes autoritários.²⁵

Essa constatação, no entanto, não evita outra, a de que somente esse enfoque da legalidade em seus termos mais estritos não é suficiente, pois olvida que “o Estado moderno não é apenas titular do *jus imperii*, mas também agente do fornecimento de prestações aos particulares”. A legalidade, vista nesses termos estritamente formais, seria insuficiente para prover a garantia das liberdades, sobretudo as de cunho social.²⁶ Ela não se presta, portanto, a qualquer garantia de fins públicos, visando tão-somente à proteção do interesse privado.²⁷

Dessa forma, a legalidade tributária, no âmbito de uma teoria estruturante, ou mesmo no quadro daqueles construtos que fogem do formalismo e do positivismo, comporta releituras, sobretudo quando se busca a radicalização da legalidade em uma reserva absoluta material ou mesmo na idéia de tipicidade cerrada.

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

Uma afirmação como a de Alberto Xavier acerca da reserva absoluta, sempre lembrada por vários autores, e encampada por juristas do porte de Roque Antonio Carrazza²⁸, por exemplo, acredito,

25. Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do Direito. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 90. *Apud* GRAU 2000, p. 169.

26. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 173.

27. *Idem*, p. 174. Nesse último aspecto, Eros Grau se valeu das lições de Galgano, conforme sua citação (*Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 39).

28. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 177 e 179-80.

não deva prosperar. Alberto Xavier, um dos maiores estudiosos do tema, para defender a idéia de uma reserva não só formal, mas também absoluta e material, chega a estabelecer uma ligação direta entre Iluminismo, exegese literal (citando a célebre expressão de Montesquieu sobre o juiz ser apenas a “boca que pronuncia a lei”) e o direito fiscal. Para o autor, o Iluminismo e a escola da exegese estariam relativizadas apenas no Direito Público genérico, mas plenamente vigentes e justificáveis no âmbito tributário.²⁹

Nesse caso, a própria concepção que vê na aplicação da lei um mero mecanismo automático de subsunção lógico-dedutiva teria sobrevivido às tensões teóricas já apontadas, tudo isso, segundo o autor, por decorrência de uma opção por um programa político-econômico determinado (liberal, obviamente), por um princípio doutrinário sequer constitucionalizado (o da reserva absoluta da lei³⁰).

Esse tipo de apontamento é o que uma teoria pós-positivista, para utilizar o termo de Castanheira Neves³¹ e Paulo

29. “Todavia, no Direito Tributário, o princípio da reserva absoluta subsistiu para além da crise do Iluminismo e, em geral, de todas as concepções que viam na aplicação da lei um mero mecanismo automático de subsunção lógico-dedutiva. É que, neste ramo do Direito, o princípio da reserva da lei não se limitava a espelhar uma dada orientação acerca do Direito em geral; antes tinha alicerces mais fundos, radicados na própria essência do sistema econômico a que respeitava e a cujos princípios ordenadores repugnava a sua violação” (XAVIER, Alberto P. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 39-41)

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

“(as normas que instituem tributos) se limitam a autorizar o órgão da aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando integralmente o seu conteúdo. O princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei tem como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou da tipicidade fechada” (grifos nossos) (XAVIER, Alberto P. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 18).

31. Redução política do pensamento metodológico-jurídico, p. 379-421.

Bonavides³², não tem como sustentar. Já não se trata *apenas* de uma questão ideológica, mas também metodológica.³³

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

Do ponto de vista filosófico, não há como se defender a idéia de que o texto normativo (que se pretende exaustivo) possua uma univocidade de sentido e um dado prévio que possa ser captado e reproduzido pelo intérprete autêntico, tal qual uma mente especular.³⁴

32. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; e o pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamentos de uma nova hermenêutica. In: *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 206-15.
33. Sobre a tipicidade tributária, Lobo Torres criticará veementemente essa idéia: “Do princípio da *tipicidade* não emana, como imagina o positivismo ingênuo, a possibilidade do total fechamento das normas tributárias e da adoção de enumerações casuísticas e exaustivas dos fatos geradores. A norma de Direito Tributário não pode deixar de conter alguma indeterminação e imprecisão, posto que se utiliza também de cláusulas e dos tipos, que são abertos por definição”. (TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 141). Em outra obra, o mesmo autor assinala: “A tipicidade na acepção germânica de *Typizität* significa a qualidade do *tipo tributário*, que é uma das configurações lógicas do pensamento jurídico, quando existe a escolha de formas abrangentes. Enquanto o conceito jurídico torna-se objeto da definição da lei e tem caráter abstrato, o *tipo* é apenas descrito pelo legislador e tem simultaneamente aspectos gerais e concretos, pois absorve características presentes na vida social. Os tipos jurídicos, inclusive no direito tributário (ex. empresa, empresário, indústria) são necessariamente elásticos e abertos, ao contrário do que defendem alguns positivistas (cf. A. Xavier). A tipicidade tem correspondido no Brasil ao princípio da determinação do fato gerador (*Grundsatz der Bestimmtheit*), que sinaliza no sentido de que o fato gerador deve vir exaustivamente definido na lei. Deve-se às fontes ibéricas e aos penalistas tal confusão, devida à errônea tradução da palavra alemã *Tatbestand* (que significa fato gerador) por tipo. A tipicidade apenas poderia ser assimilada à determinação do fato gerador (*Tatbestandbestimmtheit*) na hipótese em que o antecedente da regra de incidência contivesse um tipo, e nesta circunstância teria que ser necessariamente aberta.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 108)
34. Sobre a crítica à noção da mente como espelho da natureza, ver RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

Se a luta por uma idéia de descrição exaustiva dos aspectos da regra abstrata de incidência foi uma forma de combater o arbítrio ou não é uma discussão, o fato é que para se defender a idéia de uma legalidade tributária, hoje, há de se enfrentar os fantasmas que a doutrina nacional tributária pareceu não muito disposta a encarar. Eles estão todos descritos naquelas crises funcionais e metodológicas do formalismo e do positivismo acima apontadas.³⁵

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

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

Se não se pode definir o que seria justo, ao menos que se defina o que é jurídico (positividade do direito).³⁶

Com a queda, já antiga, no seio da filosofia do Direito, da idéia da interpretação/aplicação como um processo meramente lógico-dedutivo, restou a briga contra os tributos no âmbito político, por meio do princípio democrático, pois a alegação de que toda a lei seria inconstitucional por ausência de cumprimento da exaustividade, na descrição da hipótese de antecedência, tem se tomado um argumento retórico bem desgastado.

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

35. CORDEIRO, A. Menezes. Introdução à edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1996.

36. FERRAZ JR. 1981, p. 51. O autor cita, nessa passagem, Radbruch.

3. Três julgamentos paradigmáticos do STF: INSS folha de salários, SAT alíquotas e majoração da base de cálculo da Cofins

Os tribunais deparam freqüentemente com questões ligadas à fixação de sentido aos termos empregados em textos normativos. No âmbito tributário, o STF enfrentou algumas questões sérias sobre a tarefa hermenêutica e o limite dos conceitos empregados na definição de competências tributárias e os limites da legalidade.

Nesse sentido, um julgado do STF sobre o tema é de extrema relevância. Trata-se do RE nº 166.772-9/RS (Pleno, DJ 16.12.1994, julgado em 12.5.1994), cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio (os ministros deram provimento ao recurso por maioria):

INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSÃO. Se é Certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” - Celso Antônio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele.

CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do *sentido vernacular* das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de esmerada linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a

passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. [...]

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - TOMADOR DE SERVIÇOS - PAGAMENTOS A ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS - REGÊNCIA - A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários.

Do voto do Ministro relator, extraem-se alguns pontos relevantes no tocante à hermenêutica e a análise do elemento gramatical:

De início, lanço a crença na premissa de que o conteúdo político de uma Constituição não pode levar quer ao desprezo do sentido vernacular das palavras utilizadas pelo legislador constituinte, quer ao técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, por força dos estudos acadêmicos e pela atuação dos pretórios. Já se disse que “as questões de nome são de grande importância, porque, elegendo um nome ao invés de outro, toma-se rigorosa e não suscetível de mal-entendido uma determinada linguagem. A purificação de linguagem é uma parte essencial da pesquisa científica, sem a qual nenhuma pesquisa poderá dizer-se científica”.

Uma análise da íntegra do acórdão revela que os votos dos Ministros que restaram vencidos não defendem necessariamente o confronto entre o elemento teleológico (que poderia ser fundamentado no art. 195 da CF, que consigna o princípio da

solidariedade no custeio da seguridade social) e o gramatical (na defesa do sentido técnico e mesmo vernacular dos termos “empregador” e “folha de salários”).

A discussão girou mais em tomo do alcance dos termos acima aludidos, já que, como se sabe, se se tratasse de nova contribuição, por força do art. 195, § 4º, haveria (como de fato houve³⁷) a necessidade de criação dessa contribuição por meio de lei complementar e não meramente ordinária (há uma diferença de *quorum* para a aprovação de cada uma delas, sendo, no caso de lei complementar, superior), conforme a CF.

Assim, por exemplo, no voto do Ministro Francisco Rezek há a alegação de que o legislador, assim como o cidadão comum, utiliza as palavras com certa ambigüidade e plasticidade³⁸, o que a doutrina evita repetir. Dessa forma, o Ministro decidiu que a interpretação restritiva dos termos acima citados seria, entre tantas imperfeições da linguagem, alterar o que a Carta de 1988 não quis alterar.

Já o Min. Carlos Velloso, também vencido nesse julgamento do plenário, defendeu a tese de que, muito embora a Constituição seja uma lei material, comportando a aplicação de todas as tradicionais técnicas hermenêuticas, por ser fundamento de todo o ordenamento, ela necessitaria também de elementos próprios de interpretação (hermenêutica constitucional).

Daí sua manifestação de inconformidade com a idéia de que a expressão “salário” possuiria tão-somente o sentido que a doutrina e a legislação trabalhista lhe atribuíram, seja porque a linguagem da Constituição não é normalmente técnica, seja porque o termo não possui o mesmo sentido nas searas previdenciária e trabalhista, sendo mais elástico naquela do que nesta.

37. Lei Complementar nº 84/96.

38. Mais adiante esses dois temas serão abordados.

Ainda assim, o sentido técnico e mais restrito foi acolhido por maioria. Interessante é um trecho do voto do Min. Sydney Sanches, no qual ele afirma que se pode até presumir a falta de técnica do constituinte, ao se valer de certas expressões tradicionais do Direito brasileiro, mas que não poderia, nem deveria, presumi-la.

Um julgado relevante do STF sobre o tema da legalidade diz respeito à *reserva legal*. No RE 343.446-2, o Plenário do STF considerou que a Lei nº 8.212/91, ao criar a contribuição para o financiamento do SAT (Seguro de Acidentes do Trabalho), não violara a legalidade tributária.

Como se sabe, as alíquotas da contribuição ao SAT foram estabelecidas em 1, 2 e 3% de acordo com o grau leve, moderado ou alto de risco de acidentes do trabalho. A definição de tais atividades, bem como a eventual alteração das classificações, foi delegada ao Regulamento do INSS. Na ementa do acórdão, cujo Ministro Relator foi o Min. Carlos Velloso consta:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO, CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. CF, art. 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150,1. [...]

II - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais.

III - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave” não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF, art. 150,1.

IV - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional.

V - Recurso extraordinário não conhecido.

Agora um julgamento que tende a causar muita repercussão na seara tributária é o correspondente à majoração da base de cálculo da Cofins pelo art. 3º da Lei nº 9.718/98, praticamente definido após o voto-vista do Ministro Eros Grau e o posicionamento dos ministros que ainda não tinham votado.

O STF declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 nos REs 357950, 390840, 358273 e 346084.

A questão, no que aqui interessa, ou seja, com relação à legalidade, envolve duas preocupações básicas: (i) há um conceito de *faturamento* constitucional - que defina e esgote seu significado e conteúdo?; (ii) há a possibilidade de a lei concretizar sentidos até então não ventilados legal, doutrinária e jurisprudencialmente?

Alguns trechos do voto do Min. Gilmar Mendes chamam a atenção daqueles curiosos por estudos hermenêuticos, e nos interessam de perto por trazer à baila alguns apontamentos que parecem coadunar-se com aqueles construtos teóricos próximos à idéia da interpretação como uma construção de sentido, o que é aceito no âmbito de nossos estudos, muito embora discordemos das conclusões daquele Ministro. A seguir, selecionamos alguns trechos:

(i) não há uma definição constitucional de *faturamento* que explicito todo o alcance deste vocábulo.

(ii) a fonte de custeio da seguridade social, prevista no art. 195, I, da CF, que serve de parâmetro à alegação de inconstitucionalidade ora em exame, por certo não encontra no texto da Carta disciplina suficiente ou exaustiva. Ao contrário, assume feição típica das

instituições. Não há, ali, um conceito estático de folha de salários, de rendimentos, de receita, de faturamento ou de lucro.

(iii) As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível caráter concretizador e interpretativo. E isto obviamente não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado. Nesse processo de concretização ou realização, por certo serão admitidas tão-somente normas que não desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Na perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas constitucionais dos contribuintes, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Na questão acerca do entendimento legal e jurisprudencial de faturamento, há de se lembrar que, de fato, no âmbito tributário, *faturamento* foi considerado algo mais amplo do que meramente as receitas decorrentes de emissão de fatura comercial, conforme seu sentido no seio do Direito Comercial. A jurisprudência o considerava abrangendo também outras receitas operacionais, independentemente de uma fatura mercantil.

No STF, na ocasião do julgamento do RE 150.755-1, *DJ* de 20.08.93, sobre o FINSOCIAL, a legislação se referia a “receita bruta”, algo mais abrangente que o simples faturamento, definido como “receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.

Nesse julgado, o STF declarou que, em termos prático-constitucionais, a expressão “receita bruta” seria “faturamento”, valendo-se, para tanto, de uma interpretação conforme a Constituição (a lei foi declarada constitucional ao se adequar seu vocábulo “receita bruta” para o correspondente a “faturamento”).

A tese de que a Lei nº 9.718/98 alterou a noção de faturamento, como de fato o fez, embora já fosse constitucional, passa pela idéia não só de uma concretização normativa (art. 3º da lei), mas a

de que vale alterar o sentido até então construído e assente na Corte Máxima, para ir se adequando às circunstâncias.

A discussão sobre o conceito de *faturamento* e seus desdobramentos é tormentosa, não podendo ser utilizado o argumento de uma pretensa essência do real significado de cada um de seus aspectos, o que contrariaria nossos pressupostos anti-representacionistas.

Trata-se, é verdade, de uma construção de sentido, e as construções alteram-se de acordo com os dados reais, as situações históricas.

Vale analisar: como já havia um quadro de referências acerca da amplitude do termo faturamento³⁹, e esse quadro sempre foi identificado com o disposto no art. 195,¹⁴⁰ a mera alegação de que os sentidos podem ser construídos aleatoriamente pelo legislador não parece encontrar fundamento jurídico, quando se pensa as limitações na fixação constitucional de competências tributárias e o art. 110 do CTN.

Veja-se, não estamos afirmando que haveria um limite de sentido para a expressão “faturamento” (não do ponto de vista cognitivo); defendemos que *trata-se de uma decisão que flexibiliza a noção de fixação constitucional de competência tributária por diminuir o papel exercido pelas construções de sentido anteriores.*

Em termos dos subsídios filosóficos aqui adotados, rompeu-se com determinada *forma de vida [Lebensform]* com um sistema referencial [*Bezugssystem*]. Trata-se de um novo vocabulário. Isso é possível, mas resta saber se é desejável.

Enfim, tem-se uma decisão judicial, não uma descoberta de sentido. Definir que faturamento pode ser qualquer tipo de ingresso contábil, independentemente do art. 195, I, da CF, em detrimento dos sentidos até então construídos, é uma opção que se adéqua ao

39. Genérico, é verdade, sem solução ainda para questões como a natureza jurídica de certos ingressos contábeis que transitam pelos registros da empresa sem terem qualquer repercussão patrimonial, por já estarem destinadas a terceiros (contratos de empreitada total - *turn key*, por exemplo).

40. Tanto é que ele foi alterado, para comportar duas expressões.

sistema jurídico, mas que aumenta a responsabilidade do Judiciário como criador, que de fato é, do Direito.

No voto-vista do Ministro Eros Grau, ele, que reconhece a aplicação do Direito a carga construtiva de sentido⁴¹, resume a questão de forma incisiva:

O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz. E assim é porque as *normas* resultam da interpretação e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é *um conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*; o conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um conjunto de normas potenciais.

Porém, mesmo seguindo essa linha (da norma como resultado da interpretação/aplicação do texto normativo), o Ministro reconheceu que o STF já definira um alcance para o termo *faturamento*, e que simplesmente alegar uma nova construção seria romper com aquela definição anterior.

Enfim, os contribuintes conseguiram uma vitória apertada nesse julgamento, mas o STF parece apontar para uma hermenêutica cada vez menos conceituai e restritiva, sobretudo quando se trata de flexibilizar os conceitos empregados na definição de competências tributárias.

41. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*

4. Conclusões

A partir (i) de uma análise da relação entre a política e o direito, (ii) do desgaste da idéia de que a interpretação seria apenas um procedimento cognitivo neutro, (iii) de que a interpretação do texto normativo é um processo estruturante de concreção normativa (construção de sentido), temos: a alegada natureza política das decisões judiciais é fenômeno que escapa às possibilidades de um estudo voltado à essência da fundamentação das decisões, pois, no contexto de uma hermenêutica anti-representacionista, há o abandono das razões, essências e fundamento do ordenamento jurídico, da racionalidade jurídica, em prol de outra perspectiva, a qual, ainda que delimitadora da racionalidade humana, permita, a partir desses limites, traçar elementos críticos sobre o papel de quem decide (operador máximo) e sobre a função da dogmática e da teoria do Direito neste contexto (em sua busca de decisões que apresentem como justificativas argumentos jurídicos, e que sejam produzidas por um procedimento previamente estabelecido).

Pretende-se, assim, constatar essas limitações cognitivas, trazendo-as para a dogmática e para a teoria do Direito, buscando, no processo de descrição da metódica jurídica, o abandono da cisão teoria-prática, ou mesmo entre ser e *dever-ser*, elegendo como perspectiva privilegiada a obtenção da norma-decisão jurídica e evitando questões que almejem os fundamentos últimos dos elementos da ciência jurídica, ou mesmo questões como a residência do conteúdo da norma, a autonomia intencional normativa, a natureza lógico-causal-científica tradicional da racionalidade do sistema jurídico (sobretudo no enfoque das fontes do Direito).

E, no caso específico da interpretação jurídica (em seu sentido mais amplo), esse enfoque aponta, basicamente, para a constatação (ou a hipótese) da interpretação como processo criativo-decisório,

que se refere antes a adestramentos do que a processos de compreensão mental.⁴²

Uma teoria nesses termos, os quais, pretende-se, descritivos, somente trabalha em um contexto que sempre nos acompanhou, enquanto humanos; ou seja, independente de sistematizações e classificações de momentos da interpretação (ou contextos semióticos), independente das tentativas de engessar uma metodologia jurídica com os valores que, previamente, foram eleitos superiores⁴³, o operador tem de conviver com uma incapacidade de construir a desejada segurança jurídica por meio da referibilidade dos textos normativos para conteúdos certos e preexistentes.

Tem-se aqui a difícil tarefa de se “reconstruir, através de nossas próprias mãos, teias de aranha destruídas”.⁴⁴

42. Enfoque derivativo de uma leitura da concepção do “seguir uma regra” e do “sistema referencial” em Wittgenstein (*PhU* e *ÜG*, respectivamente), além dos subsídios da teoria biológica autopoietica (fenômeno semântico-interpretativo e arcabouço *ad hoc*). Sobre esses temas, ver ANDRADE, José Maria Arruda de. *Op. cit.*, p. 85-108.
43. Lembrar a crítica a essas eleições prévias de princípios constitucionais feita por Canotilho (*Op. cit.*, p. 1171), em nome do Princípio da Unidade da Constituição. Sobre este, ver p. 1145-7.
44. “Neste ponto é difícil manter a cabeça erguida - ver que precisamos nos ater às coisas do pensamento cotidiano e não cair no mau caminho onde parece que descrevemos as últimas sutilezas, o que não podemos fazer com os meios que possuímos. Parecemos como se devêssemos reconstruir com nossas mãos uma teia de aranha destruída”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*, § 105-6)