

na medida em que permite a racionalização do sistema, evita fraude e assegura a fiscalização do transporte, podendo vir a assegurar a utilização do transporte coletivo de forma segura pelas pessoas idosas e também pela população do município em geral.

Penso, assim, que os argumentos trazidos nesta medida excepcional são suficientes para justificar o deferimento do pedido e a restauração dos efeitos da decisão de primeiro grau.

Diante disto, determino a suspensão do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do Agravo de Instrumento n. 2008.00237993.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 02 de julho de 2009.

Ministro CESAR ASFOR ROCHA”

Desta forma, tenho que o artigo 39, § 2º da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) constitui norma aplicável ao serviço público de transporte federal, sendo plenamente possível e legítimo aos demais entes da federação, quando da regulação dos seus serviços de transportes, estabelecer mecanismos técnicos e tecnológicos hábeis para a sistematização do regime de gratuidades, desde que razoáveis e que não inibam, ainda que minimamente, o cidadão idoso do exercício efetivo do direito à gratuidade, expressão real da cidadania.

### CONCLUSÃO

Sem a pretensão de ter esgotado os temas objeto deste ensaio, concluo perfilhando entendimento de que é possível à União Federal, no exercício de uma competência constitucional para regular direito fundamental, intervir em serviços públicos estaduais e municipais para garantir benefícios sociais (gratuidades) aos cidadãos. Todavia, poderão as empresas concessionárias pleitear junto ao Poder Concedente a recomposição de eventual desequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão.

Ato contínuo, será do ente público titular do serviço objeto da intervenção social heterônoma realizada pela União Federal a competência para regular o modo de fruição da gratuidade, não lhe sendo possível, porém, criar embaraços ou exigências irrazoáveis que acabem por afugentar os beneficiários do direito constitucional ou legal que lhes foi garantido.

## DIREITO TRIBUTÁRIO E LINGUAGEM: (AINDA) ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA FECHADA.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Jeremy Bentham e ad falácias da linguagem legislativa: ontem como hoje?; 3. Norberto Bobbio e as possibilidades da linguagem rigorosa: por uma teoria discursiva da ciência jurídica; 4. Herbert Hart e a textura aberta do Direito: reconhecendo as fronteiras da linguagem legislativa; 5. A impossibilidade da tipicidade tributária fechada: a exigência de rigor na linguagem e de segurança na aplicação não coonestam absurdos; 6. Resultados objetivos da investigação. Encerramento.

### 1. Considerações iniciais

No coração do Direito reside uma angústia. Angústia tão corrosiva que lhe faria sumir suas pretensões de cientificidade, o que, para alguns, não seria grande caso; mas também duvidaria de sua previsibilidade e, no limite, de sua racionalidade – o que é problema e tanto. Rios de tinta já correram sobre o assunto. Tantos outros ainda vão correr. Nem por isso as conclusões geram conforto. O nome dessa angústia é linguagem.

Pois sim: se o Direito quer ser levado a sério, seus fundamentos precisam estar presos ao chão. Dispositivos normativos são impressões de tinta num papel. Tal constatação, de fazer inveja ao conselheiro Acácio, esconde uma preocupante verdade: o Direito só existe através e pela linguagem, e, se sua linguagem for vaga, confusa ou contraditória, os resultados de sua aplicação também o serão. Sendo esse o caso, negados seus objetivos – os famosos valores do Direito: Justiça e Segurança, grafados com as maiúsculas de termos tão magniloqüentes quanto problemáticos –, o Direito perde sua razão de ser. Vira arbítrio ou fantasia.

O plano deste escrito é simples. Num primeiro momento, pretende repassar escrito tão clássico quanto negligenciado. Trata-se de texto do jurista e filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham chamado *Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution*.<sup>1</sup> Nele, Bentham lança ácidos comentários a respeito da redação generalista e imprecisa dos documentos legislativos. Assim, essa primeira parte destaca os males da utilização equivocada da linguagem jurídica no texto legal. A segunda parte do presente trabalho,

<sup>1</sup>BENTHAM, Jeremy. “Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution”, in *Works*. Nova Iorque: Russel e Russel, 1962, v. II, p. 489 ss. Os trechos mais críticos da doutrina do Direito Natural estão citados no sítio da Internet <http://www.ditext.com/bentham/bentham.html>. Análise didática do escrito de Bentham é a realizada por Pérez Luño, desde logo recomendada. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7ª ed. Madri: Tecnos, 2001, pp. 25-29.

parte que se pretende uma visão da possibilidade (ou da impossibilidade) da atribuição do estatuto ciência ao Direito, documenta o pensamento do jurista e filósofo político italiano Norberto Bobbio, tal como expresso em alguns de seus artigos.<sup>2</sup> Cabe adiantar que Bobbio sugere que a cientificidade do Direito poderia advir da precisão de seus conceitos. Ou seja: da certeza na linguagem. Alerta aos problemas do texto legal impreciso, graças a Bentham, e havendo conhecido a posição de Bobbio quanto ao positivismo analítico e às suas implicações lingüísticas, o leitor aceitará com melhor grado, na terceira parte, a resenha do conceito de “textura aberta do Direito”, advindo de outro juspositivista: Herbert Hart.<sup>3</sup> Na quarta e penúltima parte, aplicaremos as conclusões retiradas de Bentham, Bobbio e Hart à discussão sobre a existência do princípio tributário conhecido como tipicidade fechada. Ao final, um sumário objetivo dos resultados da investigação e uma nota de encerramento.

A apresentação dos temas far-se-á de forma resumida. Este texto é apenas um manifesto em prol da clareza e da precisão da linguagem jurídica, e uma constatação de algumas das impossibilidades dessa linguagem. Só. O curto tempo em que foi redigido apresentou sua conta à densidade intelectual; também não são desprezíveis as limitações de seu autor. Mas é o que se tem. Para um trabalho sobre linguagem, melhor concordar com o alerta com que Wittgenstein termina seu prefácio nas “Investigações Filosóficas”: *‘Gostaria realmente de ter produzido um bom livro. Tal não se realizou; mas passou-se o momento em que poderia tê-lo corrigido.’*<sup>4</sup>

## 2. Jeremy Bentham e as falácias da linguagem legislativa: ontem como hoje?

Antes de tudo, cabe fazer uma distinção entre duas perspectivas a partir das quais se pode analisar a relação entre Direito e linguagem: tendo em vista a linguagem da ciência do Direito, isto é, dos conteúdos, explicações, discussões e teorias criadas ao redor do texto da lei, e a linguagem da lei. Este primeiro tópico insere-se na segunda perspectiva, ainda que, como sói acontecer em matérias tão complexas, não seja possível cindir radicalmente os dois ângulos de visão, tanto que a ciência do Direito possui sua principal matéria-prima na lei, ao mesmo tempo em que as leis não nascem de um legislador platônico, mas estão abertas ao influxo jurídico-científico, sendo mesmo, na maior parte dos casos, redigidas por ou com o auxílio de juristas.

Jeremy Bentham era ferrenho detrator do que chamava de falácias.<sup>5</sup> Viu algumas delas nas declarações de direitos originadas na Revolução Francesa, e resolveu desmascará-las. Optou por um estilo direto, crítico e agressivo. Se o estilo não é de se imitar, mas de se justificar com o clima da época e a personalidade do

<sup>2</sup>Os artigos de Bobbio são os seguintes: “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, in BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres, 1980. “Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto”, in BOBBIO, Norberto. *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*. Turim: Giappichelli, 1955.

<sup>3</sup>A base da exposição sobre Hart é o capítulo VII de sua principal obra. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 348p.

<sup>4</sup>WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 26.

<sup>5</sup>Tanto é assim que um de seus livros leva o sugestivo título de ‘O Livro das Falácias’. Cf. BENTHAM, Jeremy. *The Book of Fallacies*. Londres: Hunt, 1824.

escritor, algumas das observações do texto, especialmente aquelas concernentes à linguagem com que são escritas, permanecem válidas. Um comentário prévio diz respeito à própria natureza jurídica desses documentos. Está claro – diria o crítico – que não se tratam de documentos jurídicos, ao menos de documentos jurídicos como o são um Código Civil ou um contrato de locação –, logo, comentá-los tomando por base a exigência de uma linguagem jurídica é errar de objeto: não se exige, de documentos políticos, outra coisa senão linguagem política. Isso é parcialmente verdadeiro. Claro que uma declaração universal de direitos não é um Código, diretamente apto a gerar efeitos sobre a vida dos indivíduos regidos pela lei. Mas as declarações também não são documentos puramente políticos, se não na prática, ao menos nas intenções: não é por outra razão que são declarações “de direitos”, e não declarações de “políticas públicas” ou “catálogos de esperanças para o mundo civilizado”. São híbridos: o conteúdo é político, mas a forma é jurídica. (Daí a velha dúvida sobre se os direitos que afirmam são ou não sindicáveis, isto é, exigíveis judicialmente.) Ora: se a forma é jurídica – e nada é mais formal do que a linguagem –, justifica-se a análise a partir de algumas exigências da linguagem jurídica. De resto, e aqui uma consideração prática, as declarações de direitos são excelente modelo à crítica da linguagem legislativa porque, dado seu caráter ambicioso, também seus vícios são amplificados. E, nem pelo fato de serem documentos políticos seus problemas deixam de ser observáveis em documentos puramente jurídicos. Com o perdão da expressão, a crítica de Bentham mira no que vê e acerta no que não vê. Seus alvos são as declarações de direitos francesas, mas não se perde muito ao aplicá-la a certas Constituições ou Códigos contemporâneos. Mas não adiantemos o assunto.

A análise de Bentham coloca em relevo, em primeiro lugar, a importância de se utilizar uma linguagem rigorosa. Palavras como “leis”, “direitos”, “segurança”, “liberdade”, “propriedade” e “poder soberano” são termos que se empregam na crença de que haja acordo sobre seu significado, sem perceber que, na verdade, há diversas acepções distintas quanto a seu conteúdo. Usá-las sem possuir idéia clara de seu sentido significa caminhar de erro em erro.<sup>6</sup> O grande problema do Direito é o fato de que, ao contrário das disciplinas científicas em sentido estrito – por exemplo: a biologia –, que possuem uma linguagem acessível apenas aos iniciados, aquele utiliza expressões que fazem parte do uso comum, e ainda: enquanto pouquíssimos propõem-se a ter mesmo um saber mínimo sobre, digamos, física nuclear, todos imaginam saber um pouco de moral e de legislação, e é precisamente este pouco que causa confusão, já que impulsiona os homens a pronunciarem-se temerariamente sobre aquilo que desconhecem por completo.<sup>7</sup>

A linguagem da razão é difícil de aprender, enquanto a linguagem das paixões é fácil e sedutora. Vale dizer: enquanto significa árduo trabalho precisar os termos que façam parte de uma lei, muito mais agradável é lançar conceitos vagos, afirmações espalhafatosas e promessas vãs ao texto legislativo. Em termos exatamente pré-jurídicos, ou seja, políticos, é mais simples simular soluções de compromisso por intermédio da adoção de fórmulas genéricas, mesmo onde não sejam necessárias<sup>8</sup>, a

<sup>6</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., pp. 521 ss, LUNO, Antonio Enrique Pérez, ob. cit., pp. 26-27.

<sup>7</sup>LUNO, *idem*, p. 27.

<sup>8</sup>Bentham, como juspositivista razoável, certamente não desconhece a necessidade, por exemplo, dos conceitos jurídicos indeterminados ou das cláusulas gerais.

correr o risco de tornar claro o que está escrito. “Os vasos vazios ressoam muito.” O provérbio medieval não perdeu sua importância.<sup>9</sup>

A linguagem da razão solicita à lógica comprovar se as palavras contidas no documento legislativo foram definidas, ou se estão empregadas de forma arbitrária, desviando-se de sua significação corriqueira. Este é um bom truque para confundir alguns leitores menos atentos; outro, que apela à vaidade e à ignorância (o que não é pouco apelo), é empregar fórmulas obscuras e complicadas para seduzir os que se crêem mais instruídos ou mais inteligentes, fazendo com que entendam termos comuns em algum sentido misterioso. Essa observação de Jeremy Bentham faz lembrar o art. 109 do CTN.

Dando colorido à exposição, e aplicando a crítica do uso, nos textos legislativos, de uma linguagem que não é “a da razão”, em especial a utilização de fórmulas obscuras, há o curioso exemplo desse dispositivo normativo, assim redigido:

Art. 109 – 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 tributários.

Qual a norma que esse dispositivo normativo permite construir?<sup>10</sup> A incrível norma que segue: Direito Tributário não é Direito privado. Ora, mas se os princípios de Direito privado são utilizados para a definição dos institutos de Direito privado, informação que o legislador do Código Tributário Nacional julgou relevante, mas que, convenhamos, é um tanto óbvia, não menos óbvio é o fato de que os institutos de Direito privado, quando são tributados, geram efeitos que são regidos pelo Direito Tributário. Ou seja, o legislador gastou trinta e uma palavras para não significar nada de útil.

Voltando a Bentham e às declarações de direitos, o pensador inglês critica a forma como são estruturados tais direitos, muito mais aspirações e desejos do que realidades técnico-jurídicas passíveis de exigibilidade judicial. “*But reasons for wishing there were no such things as rights, are not rights, (...) hunger is not bread*”<sup>11</sup>. A fome não é o pão. Outra falácia é a utilização da linguagem no papel descritivo com função prescritiva. O artigo primeiro da declaração francesa de 1789 – “*os homens nascem e morrem livres e iguais em direitos*” – faz essa confusão. A frase supostamente descreve uma situação, mas, como se trata de uma situação que não existe, o sentido é outro: os homens *devem* nascer e morrer livres e iguais em direitos.

<sup>9</sup>Na verdade, estamos propondo acepção diversa da original. Na sua inteligência primeira, “os vasos vazios ressoam muito” significa que os tolos não conseguem ficar calados. Em todas as línguas modernas existem provérbios parecidos. As versões brasileiras são “a caixa menos cheia é a que mais chacoalha” e, posteriormente, “a roda pior do carro é a que faz mais barulho”. Para essa informação, cf. MOTTA, L. *Adagiário Brasileiro*. Belo Horizonte, 1987. Também não faltam menções literárias, como a de Henrique V, de Shakespeare. “I did never know so full a voice issue from so empty a heart. But the saying is true: ‘the empty vessel makes the greatest sound.’” (“The Life of Henry the Fifth”, 4,4). SHAKESPEARE, William. *The Complete Works*. Ed. Stanley Wells e Gary Taylor. Oxford: Oxford University Press, 1991, 1274p. Um recenseamento do uso da expressão é realizado em TOSSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17.

<sup>10</sup>Estamos usando a clássica distinção entre dispositivo normativo como texto da lei e norma como o resultado da interpretação do texto da lei. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

<sup>11</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., p. 501.

Bentham não se prende ao uso preciso das palavras por preciosismo. Se se dissesse que sua crítica às declarações é, na essência, lingüística, ele responderia que, no plano acadêmico (e na vida cotidiana), as palavras são, em princípio, apenas palavras, mas, no campo da legislação, as palavras impróprias, que fazem nascer idéias falsas, podem conduzir a calamidades nacionais. Atrás de palavras que, em si, não dizem nada, podem se esconder conseqüências terríveis. “Princípios” absurdos e contraditórios que não são apenas retórica<sup>12</sup>, mas que podem gerar resultados indesejados como a desordem e a anarquia.<sup>13</sup> (Na nossa realidade, menos revolucionária que a de Bentham, os resultados, se não tão drásticos, são igualmente indesejados: insegurança, decisões conflitantes, imprevisibilidade e, conseqüência direta, redução da percepção da eficácia social do Direito.)

E o jurista ainda ataca o uso do termo “direito”. Bentham sugere que o termo, como substantivo, possui duas acepções: uma legal, significando aquilo que está de acordo com a lei, único sentido legítimo da palavra, e outra antilegal, que reconhece um direito que ataca a lei em nome de certos princípios superiores a ela.<sup>14</sup> O Direito em sentido legal ou real é filho da lei. São as leis que, direta ou indiretamente, dão-lhe vida. No sentido antilegal, vai ao encontro de uma pretendida lei da natureza, utilizada por retóricos, poetas e charlatões da legislação.<sup>15</sup> “(...) *It is from poetry and rhetoric that these tutors of mankind and governors of futurity take their law. A clap from the galleries is their object, not the welfare of the state.*”<sup>16</sup> Nesse sentido ilegal, o Direito vira uma espécie de talismã, que funciona, nas mãos de quem o maneja, como instrumento para esconjurar tudo que o moleste e dominar aqueles que se opõem às suas opiniões através de uma falácia verbal tornada artigo de fé.<sup>17</sup>

O que extrair do texto de Bentham? Uma exigência, tão evidente quanto fundamental: a linguagem dos textos legislativos deve ser clara, precisa, simples e, caso se faça necessário referir outros conceitos legais, melhor que os conceitos venham definidos na própria lei. Exigência secundária, tão óbvia quanto a primeira, é que os “direitos” garantidos por lei sejam, de fato, direitos, e não promessas ou expectativas. Em resumo, Bentham serve-nos como primeiro passo rumo à diminuição da incerteza gerada pela linguagem jurídica, e isso através de uma constatação simples: só se dá um primeiro passo sobre uma lei bem redigida.

### 3. Norberto Bobbio e as possibilidades da linguagem rigorosa: por uma teoria discursiva da ciência jurídica.

Estamos de acordo que as leis não devem manifestar contradições ou obscuridades, e, ainda, que a precisão dos significantes empregados no dispositivo normativo é muito importante. Eis a quintessencial lição de Bentham. Mas será que a

<sup>12</sup>‘Retórica’, aqui, em sentido eminentemente negativo, conforme foi vista após a derrocada dos sofistas no panorama intelectual do Ocidente. A reabilitação da retórica, como se sabe, veio, em tempos modernos, por exemplo, com o pensamento de Chaim Perelman. A esse respeito, PERELMAN, Chaim, e OLBRECHTS-TYTECA, L. *The New Rhetoric – A Treatise on Argumentation*. Trad. John Wilkinson e Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971.

<sup>13</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., p. 497.

<sup>14</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., p. 501 e 520ss.

<sup>15</sup>LUNO, Antonio Enrique Pérez, ob. cit., p. 28.

<sup>16</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., p. 513, também citado por LUNO, p. 28.

<sup>17</sup>BENTHAM, Jeremy, ob. cit., p. 501.

precisão dos conceitos pode gerar algo mais, quer dizer, será que ela é capaz de gerar uma ciência?

Um dos grandes juristas italianos apresenta uma possível resposta.<sup>18</sup> Essa resposta vem incluída numa teoria extremamente original sobre como devemos considerar a cientificidade do Direito. Repetindo a observação anotada no começo do item anterior, aqui não se trata da linguagem da lei, mas, como deve estar óbvio, da linguagem da ciência do Direito, ou, em termos que evitem uma petição de princípio – linguagem do Direito, seja ele ciência ou outra coisa qualquer. Como os textos em que Bobbio trata do assunto são dos anos cinqüenta, seu acesso é difícil, e, para a apreciação geral das idéias, iremos nos servir da apresentação feita por Riccardo Guastini num texto chamado *Os juristas em busca da ciência*, indicando, inclusive, as críticas feitas a Bobbio.<sup>19</sup> Assim, a teoria aqui indicada é, em sua maior parte, a teoria de Bobbio como vista por Guastini.

Existem duas grandes concepções de ciência do Direito: a teoria *normativista* e a teoria *condutivista*. Conforme a primeira, a ciência jurídica tem como objeto normas, ou seja, comunicações lingüísticas prescritivas: é uma comunicação, porque traz uma informação x de um emissor a um receptor b; é lingüística, porque seu meio é a linguagem, especialmente a linguagem escrita; e é prescritiva, porque sua forma é a de um dever ser. Os enunciados dos juristas são, assim, proposições sobre normas. Já de acordo com a teoria condutivista, a ciência jurídica versa sobre comportamentos humanos de uma forma geral, quer sejam comportamentos produtores de normas, quer sejam comportamentos guiados por normas. Os enunciados dos juristas expressam proposições empíricas ordinárias. E ainda há outra distinção. A teoria normativista se apresenta como uma teoria *descritiva* da ciência jurídica: procura analisar e esclarecer as operações intelectuais que os juristas realizam habitualmente. Já o condutivismo é mais uma teoria *prescritiva* da ciência jurídica, já que propõe um modelo, de jurisprudência e de legislação, distinto daquele que é praticado, e que deveria ser hipoteticamente alcançado.<sup>20</sup>

A contribuição de Bobbio circunscreve-se no âmbito do normativismo. De acordo com Bobbio, a ciência jurídica é uma ciência de normas.<sup>21</sup> Preocupa-se em descrever a ciência jurídica como é, e não como deveria ser, ou o que os juristas deveriam fazer para que fosse isso ou aquilo. O Direito, em essência, nada mais é do que um discurso. O Direito é o discurso prescritivo do legislador. As normas, que constituem o Direito, são comunicações lingüísticas prescritivas. Enunciados destinados a modificar – ou melhor, influenciar – a conduta humana, sem que se possa afirmar o que quer que seja sobre sua veracidade ou falsidade.<sup>22</sup> Qual o gosto da cor amarela? É uma pergunta que não faz sentido, salvo o sentido artístico que algum escritor surrealista poderia lhe

<sup>18</sup>Como já dissemos, são dois os artigos que orientam nossa análise. “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, in BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres, 1980. “Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto”, in BOBBIO, Norberto. *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*. Turim: Giappichelli, 1955.

<sup>19</sup>Nem por isso, é claro, deixou-se de consultar os textos de Bobbio, mas o fato é que foram duas rápidas leituras. O esclarecimento ‘definitivo’ e a sistematização do pensamento, para esse ponto, do italiano mais velho veio com os escritos do italiano mais jovem. Para Guastini, a referência é a seguinte. “Los juristas a la búsqueda de la ciencia”, in GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 263-276. Ainda, na mesma obra, “Bobbio, o de la distinción”, pp. 58-77.

<sup>20</sup>GUASTINI, “Los juristas...”, p. 263-4.

<sup>21</sup>GUASTINI, “Los juristas...”, p. 264.

<sup>22</sup>BOBBIO, “Ciencia del derecho...”, p. 186; GUASTINI, “Los juristas...”, p. 264.

emprestar. Um enunciado prescritivo pode ser falso? Não pode, e isso pela razão de que nem a categoria do falso nem a do verdadeiro são-lhe aplicáveis.

Se o Direito é o discurso do legislador, o que é a ciência do Direito, ou, noutra denominação, a *jurisprudência* dos americanos e ingleses, a nossa teoria do Direito? Simples. É uma análise lingüística. A análise lingüística do discurso legislativo. A ciência do Direito é um *discurso sobre um discurso*, vale dizer, uma metalinguagem descritiva cuja linguagem-objeto é o discurso prescritivo do legislador.<sup>23</sup>

E esse metadiscurso deve ser rigoroso. Para Bobbio, um discurso é rigoroso quando (i) todos os termos empregados estão definidos, (ii) todas as regras de formação e transformação dos enunciados estão definidas, e (iii) os termos são utilizados com constância semântica, em conformidade com as definições exigidas em (i) e com as regras de formação e transformação de (ii).<sup>24</sup> De forma mais simples, um discurso é rigoroso quando se sabe o conteúdo de seus termos, bem como a forma como eles nascem, modificam-se e compõem enunciados, e todos esses conteúdos e regras são constantes. Bobbio não sugere a obviedade de que a linguagem de um discurso científico deva ser rigorosa, isto é, que o rigor da linguagem é condição necessária à cientificidade de um objeto de conhecimento. O jurista italiano sugere algo diverso. O rigor da linguagem é condição *suficiente* à cientificidade do discurso.<sup>25</sup>

Guastini critica uma certa irrealidade desta postura metodológica. Se o rigor da linguagem é condição suficiente para a atribuição do status de ciência a um discurso, nada impede que outro discurso, evidentemente fantasioso, desde que preste atenção à sua terminologia interna, possa virar ciência. Bobbio assume posição que significa nítido divórcio entre ciência e realidade.<sup>26</sup> É possível criar um universo literário e conectar seus termos de tal forma que obedeçam criteriosamente a (i), (ii) e (iii). Para ficarmos apenas nos matemáticos apaixonados pela linguagem, e já que citamos Wittgenstein na introdução, por que não imaginar o país das maravilhas de Alice, criação de Lewis Carroll, encaixado nos padrões de Bobbio?

A irrealidade da postura metodológica não é o único equívoco de Bobbio. Outro problema, igualmente grave, é um erro lógico na sua construção. Bobbio, para confirmar o caráter científico da teoria do Direito, tem que demonstrar que o discurso dos juristas é rigoroso. Então, o professor italiano sugere que o objeto específico da ciência do Direito seja “transformar o discurso dos juristas num discurso rigoroso.”<sup>27</sup> Não faz sentido. Se o caráter científico é decorrência da linguagem precisa, como pode a ciência jurídica, a qual, aliás, só é ciência porque *já* se expressa em linguagem precisa, ter como objeto a atribuição de rigor a seu discurso? Haver-se-ia chegado à situação absurda de que a ciência do Direito teria como objeto específico transformar-se... na ciência do Direito. Riccardo Guastini traça uma comparação ilustrativa: “Ao fim, Bobbio nos oferece a imagem de uma ciência que não se limita a conhecer, senão que transforma seu próprio objeto: como um musicólogo que, mais que comentar uma sinfonia, altera sua partitura, inserindo notas apócrifas.”<sup>28</sup>

<sup>23</sup>GUASTINI, “Los juristas...”, p. 265.

<sup>24</sup>BOBBIO, “Ciencia del derecho...”, p. 182-183.

<sup>25</sup>“Debe observarse que Bobbio no dice que el rigor del lenguaje sea condición (sólo) necesaria de todo discurso científico. Sobre esto sería fácil llegar a un acuerdo. Bobbio dice – o, al menos, parece decir – que el rigor del lenguaje es condición (también) suficiente de la cientificidad del discurso.” GUASTINI, “Los juristas...”, p. 265.

<sup>26</sup>GUASTINI, “Los juristas...”, p. 265-266.

<sup>27</sup>BOBBIO, “Ciencia del derecho...”, p. 186-187.

<sup>28</sup>GUASTINI, “Los juristas...”, p. 266-267. A tradução é livre. →

Norberto Bobbio comete equívocos, mas o estilo com que expõe seus acertos nos faz perdôá-lo. De fato, parece demasiado considerar que a precisão conceitual possa, por si só, desvinculada de qualquer realidade, ou de qualquer método de verificação, representar condição suficiente da cientificidade do Direito. Melhor entendê-la, tão somente, como condição necessária. E, quanto ao objetivo específico da ciência do Direito, faz-se mister desenvolver um pouco mais o pensamento de nosso autor. Estudando de perto as funções ou procedimentos da dogmática jurídica, sobressaem três funções: a) a linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa; assim, a função do jurista é purificá-la, ou, num neologismo, rigorificá-la; b) a linguagem do legislador é incompleta: cabe ao jurista completá-la, quando possível; c) ainda – e aqui uma função de especial importância –, já que a linguagem legislativa não é ordenada, o jurista há de torná-la um sistema.<sup>29</sup> Para esta última tarefa, o cientista jurídico tem de expulsar as normas que, mesmo formalmente válidas, não o sejam no sentido material. A contradição entre normas deve ser cessada a partir da pressuposição de que exista uma “norma constitutiva da linguagem jurídica” proibindo antinomias. Visão simples e realista do que os juristas fazem. Alguns comentários encerram a exposição.

Em resumo, a teoria da ciência jurídica de Bobbio sustenta que o discurso dogmático dos juristas é uma metalinguagem descritiva, que trata da linguagem prescritiva do legislador. Por outro lado, Bobbio sustenta que a ciência jurídica transforma seu próprio objeto, fazendo-o mais rigoroso, através de complementações, sistematizações e expulsões de antinomias. Os *insights* que essas posições podem nos trazer são muitos, mas o principal é realçar a relação de interdependência entre a metalinguagem dos juristas e a linguagem legislativa. A análise das funções concretas da dogmática parece dar razão à tese de que a ciência jurídica rigorifica seu próprio objeto, mas isso, como já mencionamos, apresenta insanáveis dificuldades lógicas, a menos que se deixe de compreender o padrão de ciência como representado pela condição suficiente da precisão terminológica. Há que se considerá-la condição necessária, mas o radicalismo deve ser evitado. Portanto, o rigor da linguagem dentro da metalinguagem chamada dogmática jurídica é necessário para que este discurso seja científico, mas não é só por isso que ele virá a sê-lo. Sem contar que os dois planos da linguagem jurídica, ao menos em situações críticas, tornam-se indistinguíveis, vale dizer, a linguagem da lei é intercalada, através das exposições dos juristas, por complementações, preenchimentos de lacunas e interpretações, no sentido mais amplo possível. Os planos se confundem. Metalinguagem e linguagem-objeto imbricam-se de tal forma que não se conseguem separar, ao menos se considerar norma como o resultado da interpretação do dispositivo normativo: a interpretação (e a aplicação) é tão necessária para dar sentido aos dispositivos normativos que acaba por se ter uma metalinguagem que *constrói* seu objeto, e não apenas o purifica. Aliás, esquecendo maiores desenvolvimentos epistemológicos havidos a partir da física quântica e da teoria da incerteza, entender uma ciência como influenciando desse modo no objeto estudado faz crer que a teoria de Bobbio é artificial. E isso para não levar em conta que a atuação dos juristas é bem pouco científica, isto é, não é puramente descritiva, senão descritiva-reconstrutiva, porque, no seu processo de purificação-interpretação-sistematização, o que ocorre é que tais profissionais comportam-se como fontes do Direito, no sentido mais largo do termo.

<sup>29</sup>BOBBIO, “Ciencia del derecho...”, pp. 187-200; GUASTINI, “Los juristas...”, pp. 267-268.

Um exemplo que nos é bastante próximo: quando o professor Flávio Bauer Novelli, em seu famoso artigo sobre a Emenda Constitucional nº 3, sugere que o sentido da expressão *tendente a abolir*, do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, significa *proposta de emenda que exclua ou impossibilite completamente o exercício dos direitos*, e não *proposta de emenda que simplesmente restrinja, de alguma forma, o exercício dos direitos*, é de se perguntar quão científica seja essa conduta, pelo menos nos termos de um positivismo analítico estrito.<sup>30</sup> Trata-se de uma ação descritiva-reconstrutiva, que busca auxiliar a feitura, a partir do dispositivo normativo, de normas jurídicas constitucionalmente válidas; mas, nesse processo, perde-se o rígido foco da “descrição científica” e se aplicam clássicos argumentos de persuasão em defesa de teses. A ação kelseniana mais pura seria dizer apenas o seguinte: a partir do dispositivo x, as normas jurídicas que se podem construir são a, b e c. Ponto final. Mas o professor comenta, analisa, esmiúça, traz uma longa pesquisa de Direito comparado, faz uso de estratégias de argumentação, e, ao final, escolhe, dentre as interpretações possíveis, a que está mais de acordo com sua construção argumentativa prévia. Se isso for ciência descritiva, é uma ciência descritiva bem estranha. Hans Kelsen tem algo a dizer:

A teoria do Direito pretende converter-se em fonte do Direito. Aqui se faz valer um interesse eminentemente profissional dos juristas, que, naturalmente, não estão satisfeitos com a modestíssima função de expressar conceitos e sistematizar o Direito positivo, mas que preferem participar do processo de formação do Direito; isto é, querem adquirir uma influência política. Esta tendência deve ser ocultada, já que está em contradição com o princípio do positivismo jurídico, reconhecido – ao menos até há pouco – pela moderna ciência do Direito. Esta é a função ideológica da anulação da linha divisória entre Direito e teoria do Direito, entre o objeto e seu conhecimento.<sup>31</sup>

Voltando a Bobbio, sua teoria da ciência do Direito é útil, ainda que ilógica, irrealista e artificial: ilógica, porque pressupõe um *non sequitur*; isto é, a ciência jurídica, cujo critério de existência é o rigor conceitual, teria por objetivo específico fornecer rigor conceitual; irrealista, porque, quando coloca como único critério de cientificidade o rigor conceitual, abre o flanco a que uma metafísica conceitualmente bem amarrada se torne científica; artificial, quando desconsidera a íntima relação entre o metadiscurso dos juristas e a linguagem legislativa, em especial quando aqueles complementam, purificam e sistematizam o discurso legal, tornando-se também, em casos extremos, fonte de Direito. E é útil porque permite lançar luz e ressaltar a importância do rigor conceitual também na dogmática, ainda que se deva considerar esse rigor como capaz de bem menos do que o Bobbio imaginava,

<sup>30</sup>NOVELLI, Flávio Bauer. “Norma Constitucional Inconstitucional?”, *Revista de Direito Administrativo* 199: p. 21-57.

<sup>31</sup>KELSEN, Hans. *La Teoria Generali del diritto e il materialismo storico*. Trad. F. Riccobono, Roma, 1979, p. 69-70, *apud* GUASTINI, “Los juristas...”, p. 276.

importando afirmar: o rigor é o ponto de partida, e não a linha de chegada. Quanto às diferentes formas por que se atribui o estatuto de ciência a uma disciplina intelectual, bem como as possíveis críticas e, no que toca ao Direito, as construções em torno de sua cientificidade, nosso texto irá efetuar um corte metodológico; basta saber o que Bobbio sugeria.

Até aqui, já temos duas conclusões parciais: (1) de acordo com o manifesto de Bentham, a linguagem dos textos legais deve ser rigorosa, como primeiro e necessário passo a que o Direito realize seus objetivos; (2) de acordo com Norberto Bobbio, a linguagem da dogmática jurídica deve ser rigorosa, como primeiro e necessário passo a que a teoria do Direito realize seus objetivos.

E, no entanto, tanto (1) quanto (2) são exigências impossíveis.

#### 4. Herbert Hart e a textura aberta do direito: reconhecendo as fronteiras da linguagem legislativa.

Discutir os limites do rigor na linguagem dogmática é tema mais próximo à filosofia analítica *tout court*, como especificação do assunto “possibilidade de rigor na linguagem em geral”. É tema amplo, cujo desenvolvimento teórico, na trilha aberta por Wittgenstein e pelo positivismo lógico do Círculo de Viena, está longe de ser desprezível. Entretanto, resumi-lo dentro de um item dentro de um artigo seria tarefa tão improvável quanto temerária. A boa-fé do leitor nos permitirá endereçar uma conclusão indemonstrada: a linguagem da dogmática tem seus limites, e não são poucos. O rigor absoluto é impossível. Melhor falar em um nível de rigor desejável.

O assunto deste tópico, portanto, não é o limite da linguagem da dogmática jurídica, mas os limites da linguagem legislativa. Voltamos, assim, à perspectiva de quando analisávamos Bentham. Com Bentham, havíamos expulsado a linguagem legislativa francamente demagógica e imprecisa; nem por isso, como veremos a partir deste momento, viveremos num mundo jurídico a salvo da incerteza. Dizendo de outra forma: nem a linguagem legislativa tecnicamente adequada, isto é, aquela que não faz promessas vãs e que se preocupa com uma conceituação terminológica relativamente estável e rígida, pode nos fornecer critérios que, de modo absoluto, representem precisão e segurança.

O grande nome do desenvolvimento da teoria da textura aberta do Direito é Herbert Hart. Este conteúdo foi tomado de empréstimo, com as devidas alterações, ao filósofo da linguagem Friedrich Waismann, que, por sua vez, teria se apropriado de alguns ensinamentos de Wittgenstein. Waismann, conforme indica Noel Struchiner em livro sobre o tema<sup>32</sup>, estaria preocupado com a afirmação de que “o significado de uma afirmação é o seu método de verificação”. Ou seja, a verdade de uma afirmação não está no seu conteúdo, mas na forma como se poderá verificá-la, ainda que a verificação não venha, de fato, a ocorrer. O exemplo de Noel é interessante: uma pessoa afirma que possui cinco moedas no bolso; a significação dessa proposição estaria na possibilidade de se colocar a mão no bolso e confirmar o fato, mesmo que, na verdade, isso nunca viesse a ser feito.<sup>33</sup> Waismann concorda em parte com a proposição. Há casos em que o método de verificação é capaz de responder suficientemente à dúvida sobre a

<sup>32</sup>STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem. Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 152p.

<sup>33</sup>STRUCHINER, Noel, ob. cit., p. 13.

significação de uma afirmação. Mas esses casos não esgotam todas as possibilidades de afirmações. A relação entre verificação e afirmação não é propriamente de identidade, mas antes de evidenciação e de contribuição para o significado. Assim, não podemos dizer que as verificações implicam a afirmação do objeto. “Normalmente, [escreve Noel], a afirmação não é uma mera abreviação das verificações, mas possui um estatuto lógico próprio.”<sup>34</sup> E isso por causa da textura aberta dos conceitos empíricos (por conceitos empíricos, entendam-se aqueles concernentes a objetos materiais, ainda que, para Waismann, a textura aberta também seja aplicável aos termos psicológicos). Em termos menos filosóficos, isso quer dizer que nenhum conceito se encontra tão fixado que não possa pairar dúvida – alguma dúvida – sobre seu significado. Vamos esclarecer.

A imprecisão ontológica, por assim dizer, dos conceitos empíricos implica a imprecisão das definições. Essa imprecisão é causada pela textura aberta da linguagem. Todos sabemos o que é um cachorro. Mas o que é que “algo” deve ter para se tornar um “cachorro”? Latir? Abanar o rabo? Se definirmos cachorro como “animal que anda de quatro e late”, então quer dizer que uma criança, engatinhando e brincando de latir, é um cachorro? Tem-se exemplo da incompletude essencial das descrições empíricas. Por mais que se minudenciem as descrições e as regras de identificação, nunca se poderá esgotar completamente a possibilidade de falsificação. (Considere-se que, como estamos falando no plano lógico da linguagem, mesmo virtualidades devem ser tomadas como possíveis falsificações. Assim, se definimos “cachorro” como o animal irracional que anda de quatro e late, o que dizer de um estranho animal hipotético que anda de quatro, late e voa?). Conforme Waismann, “(...) nós nunca podemos ter certeza de que incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma idéia vai continuar sem nunca atingir um estágio final.”<sup>35</sup> Isso não significa que, na vida prática, não saibamos identificar um cachorro; espera-se que a maioria de nós esteja pronto a diferenciar um doberman do filho brincando no carpete. Mas isso significa que, no plano lógico, nunca poderemos precisar absolutamente um doberman (ou um filho). A precisão lingüística absoluta é um ideal de cores metafísicas. Não é estranha ao leitor culto a experiência do filósofo medieval Raimundo Lúlio, que construiu uma máquina de madeira, com vários círculos concêntricos, objetivando chegar “ao nome de Deus” e a “todos os nomes possíveis”. Se Lúlio podia querer isso, nós não podemos.

Assim, com Waismann, entendemos que as afirmações empíricas (afirmações sobre objetos materiais) não se reduzem às suas verificações, já que a linguagem possui uma textura aberta, o que as torna singularmente inverificáveis, ou, ao menos, falseia algumas de suas possíveis verificações. Resumindo: uma definição nunca é exaustiva.

Hart aplicou as considerações de Waismann ao campo do Direito. Para Hart, há duas situações que geram lacunas no Direito: a primeira tem a ver com um caso concreto que não se regula por nenhum dos testes comportados pela “regra de reconhecimento”, vale dizer, aquela regra que determina o que é Direito desenvolvido e o que é Direito primitivo ou não-Direito. Não trataremos desse assunto. A segunda causa de lacuna é a textura aberta da linguagem jurídica. Entenda-se o ponto.

<sup>34</sup>STRUCHINER, Noel, ob. cit., p. 15.

<sup>35</sup>WAISMANN, F. ‘Verifiability’. In FLEW, A. G. N. (ed.). *Logic and Language (First Series)*. Oxford: Basil Blackwell, 1978, p. 123.

A textura aberta da linguagem é uma propriedade tanto de afirmações empíricas (até aqui, estamos com Waismann) quanto de princípios, regras e sentenças. O Direito tem por objetivo o controle social. Para operar esse controle, tem que “comunicar padrões gerais de conduta”, daí porque deve referir-se predominantemente a *categorias* de pessoas, atos e circunstâncias.<sup>36</sup> Essa comunicação genérica tem sido feita através de duas estratégias. A primeira delas é o exemplo, ou, melhor dizendo, o precedente. É o caso dos sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Inglaterra, ainda que, modernamente, algumas modificações tenham sido observadas.<sup>37</sup> Mas o precedente é particularmente problemático. Nunca se pode ter uma certeza muito rígida de qual norma geral se deverá construir a partir das características do precedente. O exemplo de Hart, ainda que não propriamente jurídico, ajuda a esclarecer o que se está dizendo: um garoto vê o pai tirando o chapéu quando entra numa Igreja. Qual a regra que se forma daí? Deve-se usar a mão esquerda, a direita, ou tanto faz? Importa retirar o chapéu rapidamente ou devagar? O chapéu tem que ser recolocado na cabeça depois de se entrar? As dificuldades são inúmeras.<sup>38</sup> Não se tem como saber exatamente quais as características relevantes a se retirar do precedente e do caso atual, tampouco como hierarquizá-las. É esse o grande telhado de vidro da analogia jurídica, que se tem tentado combater com afirmações e sistematizações algo óbvias, como – “o raciocínio analógico se faz pegando o caso A, que possui as características a, b e c, e comparando-o com o caso B, que possui as características b e c; a partir daí, infere-se que B dispara a mesma consequência jurídica que A.” E quais são as características relevantes de A e de B? Como selecioná-las? O Tribunal condenou a fábrica de cerveja porque havia uma lesma em decomposição dentro da bebida. E se fosse uma aranha dentro de uma garrafa de água mineral? Parece um bom motivo para se aplicar uma igual condenação, certo?<sup>39</sup> Mas por quê? Não há como, em termos lógicos, retirar uma inferência necessariamente aplicável do caso A ao B. No limite, sempre se vai ter que recorrer a um certo intuicionismo – “razoabilidade” ou algo assim.

Mas a textura aberta do Direito não tem aplicação apenas no sistema de precedentes. Aparentemente é por lá que sua utilidade é maior. Aparentemente. Diz Hart: “Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo.”<sup>40</sup> Ou seja: para além do núcleo duro de certeza das regras, existe uma franja de incerteza e de indefinição. Eis a textura aberta da legislação. “Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas.” Para concluir, ainda nas palavras do próprio Hart: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes,

<sup>36</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137.

<sup>37</sup>Conferir, a esse respeito, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179 e ss.

<sup>38</sup>HART, ob. cit., p. 138.

<sup>39</sup>A lesma na garrafa de cerveja corresponde ao clássico caso do Direito inglês *Donoghue v. Stevenson*. Cf. comentários em STRUCHINER, ob. cit., p. 49 e ss.

<sup>40</sup>HART, ob. cit., p. 139.

não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta.”<sup>41</sup> Não existe saída. Seja no caso do precedente (que possui cada dia mais utilidade no caso brasileiro), seja no caso da legislação escrita, não há como se fugir da textura aberta, graças à natureza da linguagem com que estão redigidos.

A decisão sobre a aplicação ou não de uma regra – Hart não faz a distinção entre regras e princípios, motivo, aliás, de uma das várias críticas desfechadas por seu sucessor na cadeira de Oxford, Ronald Dworkin<sup>42</sup>, e que foram respondidas num posfácio ao livro *The Concept of Law*<sup>43</sup> – acaba seguindo, no plano metodológico, uma abordagem criteriológica do significado: o aplicador ou intérprete deve pensar nos casos paradigmáticos para os quais a regra foi construída, e ver se os aspectos relevantes do fato em questão são suficientemente semelhantes aos do paradigma. Na verdade, isto não quer dizer muita coisa. A mesma crítica às sistematizações que tentam explicar a dinâmica da analogia jurídica podem ser dirigidas a essa última afirmação. O que importa destacar é que foi Hart quem trouxe, de forma mais ou menos inédita à época em que foi feita – a primeira edição da obra clássica de Hart é de 1961 –, as aplicações da filosofia analítica de Waismann, e, indiretamente, de Wittgenstein, ao estudo da linguagem das leis. A saída de Hart para os casos difíceis é, pura e simplesmente, atribuir discricionariedade ao julgador para optar por uma das interpretações possíveis.<sup>44</sup> Quer dizer, nos casos em que a conexão entre a regra e o fato não é perfeita, isto é, naquelas situações em que se penetra na zona de penumbra da regra, o juiz ou o administrador público deve optar, dentre as interpretações possíveis, por uma delas. Impossível deixar de pensar em Hans Kelsen, que fala numa moldura da lei dentro da qual o juiz opta por um sentido possível. A rigor, abandonar-se à discricionariedade nos casos mais difíceis é uma saída que gera seus problemas de legitimidade e de retroatividade da lei – como, mais de uma vez, indicou Dworkin –, mas, pelo menos, é opção teórica infinitamente mais realista que a invenção metafísica deste último: um juiz Hércules, apto a identificar todos os princípios da comunidade política aplicáveis ao caso e encontrar a “resposta certa”, que, como se não bastasse, é única.

Já que trouxemos exemplos ligados à realidade tributária brasileira em cada tópico do texto – relembremos: o art. 109 do CTN como exemplo de linguagem legislativa artificial e vazia, na esteira das críticas de Bentham; e o artigo do professor Flávio Bauer Novelli como paradigma da incorporação de uma função política de convencimento à função meramente descritiva da dogmática, aqui na trilha de uma possível crítica à teoria dos dois discursos jurídicos, de Bobbio –, nada melhor do que o princípio da capacidade contributiva para demonstrar, à exaustão, os limites da linguagem legislativa, e, portanto, a textura aberta do Direito (positivado). Como o próprio Hart reconhece, “claro que mesmo com padrões muito gerais, haverá exemplos claramente indiscutíveis daquilo que os satisfaz ou não. Alguns casos do que seja ou não ‘preço justo’ ou ‘condições de segurança’ são sempre identificáveis

<sup>41</sup>Idem.

<sup>42</sup>Especialmente em “O Modelo de Regras I” e “O Modelo de Regras II”, in DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, pp. 23-125.

<sup>43</sup>Na tradução portuguesa que consultamos, pp. 299-339.

<sup>44</sup>HART, ob. cit., p. 148.

*ab initio*.<sup>45</sup> No nosso exemplo: existem casos em que se pode apontar o tributo e, com toda a segurança que os extremos conferem, afirmar – “esse tributo viola a capacidade contributiva”. Tributos absurdamente excessivos, ou irrisórios, sem que possuam uma finalidade extrafiscal, vêm à nossa mente. “Mas trata-se apenas de extremos de uma série de diferentes fatores e não é provável que se encontrem na prática; entre eles aparecem os casos realmente difíceis que exigem atenção.”<sup>46</sup> Raciocinar com extremos é bastante agradável, e, de verdade, ajuda a estabelecer alguns critérios iniciais; mas, e nos casos não extremos? Como graduar o princípio da capacidade contributiva sem precisar recorrer às situações anedóticas, ou seja, como extrair algum sentido não óbvio desse princípio? Ou será que estamos diante de um caso-limite em que a linguagem legislativa simplesmente estiola; diante de um caso em que, dentro da mais pura honestidade intelectual, não nos restará alternativa senão optar por uma interpretação daquele dispositivo normativo que não seja absurda, mas, ainda assim, *optar* por uma solução, por mais argumentada e racional que seja? Hart responderia afirmativamente. A linguagem da lei tem limites.

E é bom que seja assim. A textura aberta do Direito, que poderia significar (e significa) insegurança e inconclusividade, possui também um caráter positivo. Mesmo se fosse possível explicitar, com o rigor de um relojoeiro suíço, todos os conteúdos e sentidos de uma disposição legislativa ou de um precedente – mesmo se fosse possível atender ao nobre sonho do formalismo jurídico –, ainda assim isso não seria desejável. O rigor absoluto não só é impossível como é indesejável. E isto acontece porque somos homens, e não deuses.<sup>47</sup> Somos humanos, demasiadamente humanos: temos que conviver com nossa relativa ignorância dos fatos e nossa relativa indeterminação de finalidades. A letra da lei não tem como dar conta de toda a multidão de acontecimentos possíveis, de toda a infinidade de situações em que se deverá aplicá-la; e, como decorrência de não sabermos quais fatos existem ou vão existir, também não temos idéia de quais finalidades deverão ou poderão ser atingidas pela lei. Hart sugere uma placa com a inscrição – “nenhum veículo pode entrar no parque”. O núcleo determinado da regra: não entra moto, caminhão, táxi. A indeterminação dos fatos: e um patinete? Um carrinho de bebê empurrado por uma babá? Um carro de controle remoto, que um garoto usa para se divertir? A indeterminação de finalidades: será que algum grau de paz no parque não deve ser sacrificado ou mantido relativamente às crianças, cujo prazer ou interesse reside em utilizar o brinquedo de controle remoto? As respostas não estão prontas. E mais: a textura aberta do Direito significa um meio termo de ouro entre o formalismo exacerbado, para o qual tudo deveria estar dentro do núcleo de certeza da regra, e concepções mais “realistas” do Direito, para quem as regras têm importância secundária, sendo o Direito, na verdade, “aquilo que o julgador decide para o caso concreto”. Nem a regra pode tudo, nem a regra não serve para nada. Dentro de seus limites claros, a regra é aplicada de forma bastante imediata.<sup>48</sup> Para a zona de penumbra, a discricionariedade.

<sup>45</sup>HART, ob. cit., p. 144.

<sup>46</sup>HART, ob. cit., p. 144.

<sup>47</sup>HART, ob. cit., p. 141.

<sup>48</sup>Quanto a essa assertiva de Hart, também se poderia criticá-la, mas isso não vem ao caso; a referência é o texto ‘En Defensa del Positivismo Jurídico’, do filósofo alemão Norbert Hoerster, para quem, mesmo para os posi-

O grande mérito da construção hartiana é fornecer um modelo suficientemente dúctil para abarcar as minúcias das múltiplas exigências da vida real – Hart não se abandona a alguma utopia legalista –, sem cair no seu oposto, o qual, aparentemente, tem exercido inegável tentação sobre os juristas modernos: algum tipo de casuística jurídica insegura e antidemocrática.

Acontece que, ontem, e ainda hoje, um princípio jurídico irracional tem sido sustentado por alguns juristas. Seu nome: tipicidade tributária fechada. A próxima parte do trabalho é uma crônica destes equívocos.

### 5. A impossibilidade da tipicidade tributária fechada: a exigência de rigor na linguagem e de segurança na aplicação não coonestas absurdos.

A tese que se desenvolverá é simples. Procura conectar todas as conclusões havidas a partir das idéias de Bentham, Bobbio e Hart para defender a impossibilidade lógica de se sustentar, como certa doutrina brasileira já o fez, a existência de um princípio jurídico-tributário chamado tipicidade fechada. Seu argumento é o seguinte. Embora seja uma exigência a linguagem legislativa clara, afastada de obscuridades e de contradições internas (Bentham), e, ainda, seja outra exigência, como condição necessária a uma dogmática jurídica séria, a precisão e clareza dos conceitos e explicações dos juristas (Bobbio, mais a crítica de Guastini), advogar a existência de um princípio tributário que simplesmente *esgote* todas as possibilidades de definição do fato gerador da obrigação tributária vai de encontro à constatação de que a linguagem legislativa, como toda linguagem (Waismann), possui uma textura aberta (Hart). No limite, a tipicidade fechada significa exigir mais do que a linguagem jurídica pode dar. A tese pode ser formulada numa frase: a tipicidade fechada não existe nem pode existir.

Em primeiro lugar, façamos como sugere Guastini. Vamos distinguir. Existem três conceitos diferentes em jogo, e, na maior parte dos casos, quem sustenta a existência da tipicidade fechada mistura todos os três. Sem maiores delongas: (i) tipicidade minuciosa não é (ii) tipicidade rigorosa, que não é (iii) tipicidade fechada. Desnecessário acrescentar, mas (i) também não é (ii). Confira-se.

Tipicidade minuciosa é tão simples quanto isso: descer a minúcias na descrição do tipo. Uma maçã é uma fruta vermelha, mas é, também, uma fruta vermelha, doce, que nasce em climas frios, cujo nome em português vem do latim *matiana* e cuja colheita costuma ser feita com o auxílio de uma sacola pendurada ao pescoço do colheiteiro. A primeira é uma descrição pouco minuciosa, e, na verdade, bastante inútil para a identificação do objeto descrito (morango também é fruta vermelha). A segunda descrição é minuciosa, mas, ainda aqui, dependendo das minúcias escolhidas, isso também pode ser de pouca valia na identificação do significado do termo. Contudo, se se descer a minúcias relevantes, a identificação se torna mais precisa – ainda que, como vimos, precisão absoluta seja impossível.

Já tipicidade rigorosa é algo distinto. O rigor tem a ver com o grau de verificabilidade dos elementos identificadores do objeto (ou do fato típico). Uma descrição pode ser extremamente minuciosa, e, ainda assim, não possuir rigor algum.

tivistas mais ‘esclarecidos’, o dogma do ‘Direito como subsunção simples’ já está ultrapassado; interessante é que Hoerster cita, como exemplo de juspositivistas modernos ou esclarecidos, Kelsen e Hart, sendo que, como acabamos de ver, para Hart o *Direito é, sim, subsunção simples, mas só que dentro do núcleo de certeza da regra*. HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992.

Uma maçã é (a) uma fruta gostosa, (b) que a vovó levou para o vovô quando ele estava doente, (c) que nossos amigos da rua costumavam roubar do vizinho, (d) com que Joana sonhou quando estava grávida. Essas minúcias se prestam à identificação de alguma coisa? Não. Dão conta de experiências subjetivas (nossos amigos de rua) ou de generalidades racionalmente verificáveis (uma fruta gostosa). Nem por isso deixa de ser uma descrição minuciosa. Por outro lado, é possível pensar-se numa descrição pouco minuciosa, mas cujo rigor seja inatacável. O morango é uma fruta vermelha. Nenhuma minúcia. Rigor extremo.

Finalmente, tipicidade fechada, ao menos da forma como tem sido entendida por certa doutrina – e, aqui, o que importa é mesmo a doutrina, já que o princípio não aparece definido claramente em nenhum texto legal, mas é muito mais inferido a partir de certas significações de dispositivos normativos, após ser devidamente tratado pelo filtro reconstrutivo do discurso dos juristas –, quer significar uma mescla de rigor, minúcia e *completude*. Nesse último elemento reside a munição potencial das críticas. Uma maçã é (n1) (...) (nn), onde (n1) e seguintes são verificáveis e universalizáveis, e onde (nn) é o último elemento possível na cadeia definitória. Ora bem: nem (n1) pode ser absolutamente verificável, nem (nn) pode sequer *existir*. Admiti-lo é sugerir uma metafísica dos conceitos.

A tipicidade tributária não forma categoria à parte das tipicidades jurídicas, como gênero, tampouco ultrapassa os limites da linguagem humana. E, se o fato gerador da obrigação tributária é expresso através de dispositivos normativos, os quais, por sua vez, são significantes lingüísticos apostos em papel e tinta – quer dizer: palavras –, deve estar preso aos mesmos limites da linguagem humana, em geral, e da linguagem jurídica, em particular. A grande questão está em confundir a exigência de tipicidade e terminologia *minuciosa*, desde que com minúcias relevantes, e *rígida*, dentro dos limites de verificabilidade comuns à linguagem, com tipicidade *fechada*. Diga-se que tampouco o Direito, muito menos o Direito Tributário, está sozinho na sua exigência de terminologia minuciosa e rígida. Qualquer ciência que se leve a sério exige isso. A biologia exige isso. A matemática exige isso. Nem é necessário ir até às ciências. Não se faz um bolo sem minúcia e rigor.

Só que a doutrina tributária brasileira não pode misturar a minúcia na enunciação dos elementos relevantes do fato gerador e o rigor no elenco de elementos racionalmente verificáveis – exigências, como se disse, de qualquer ciência ou disciplina intelectual que ultrapasse o farsesco – e investir na completude dessa definição, pela simples razão de que as palavras não dão conta disso. Se estivéssemos dentro de sistemas fechados, regidos por regras incontornáveis de lógica pura – isto é: se a sociedade fosse um chip de computador, e se o Direito fosse um padrão binário –, então poderíamos falar de tipicidades fechadas. Como sabemos, não é este o caso.

Ao contrário do que se costuma fazer, a tese já foi apresentada e defendida logo no início. Ressalte-se apenas que a defesa da impossibilidade da tipicidade fechada foi criticada única e exclusivamente dentro de pressupostos lingüísticos e de filosofia da linguagem. Outras críticas, sob outros enfoques, e mesmo cerrando fogo na suposta impossibilidade da utilização tributária de conceitos funcionalmente muito afins à tipicidade fechada – por exemplo: a pretensa vedação da utilização de conceitos jurídicos indeterminados na identificação do fato gerador, posição tão ideológica que desconsidera fato nada desprezível, qual seja, a realidade das leis tributárias e da tributação – poderiam ser feitas. A partir daqui, e para se garantir o privilégio da última palavra à defesa, representada, no nosso caso, pelas posições que sustentam a existência do princípio da tipicidade fechada, resenhe-se,

em um parágrafo, a mais difundida versão, na doutrina em língua portuguesa, da tese oposta.

Alberto Xavier é o nome que nos vem à mente. O tributarista define quatro corolários do princípio da tipicidade tributária: a) a seleção, segundo o qual a lei tributária deve selecionar os fatos que revelem capacidade contributiva; b) a taxatividade: os tributos devem estar previstos taxativamente na lei, não cabendo analogia na imposição tributária; c) o exclusivismo: o tipo tributário deve abrigar uma descrição completa dos elementos necessários à tributação, contendo uma valoração definitiva da realidade, sem tolerar qualquer outro elemento valorativo estranho; e, afinal, d) a determinação: o conteúdo da decisão deve ser rigorosamente previsto na lei. O órgão aplicador apenas subsume o fato ao tipo tributário. Como sói acontecer para que isso seja possível, todos os seus elementos estão pormenorizadamente descritos pela norma.<sup>49</sup>

Ao leitor, como ao juiz hartiano diante do caso difícil, cabe optar racionalmente por uma das posições ou, ainda racionalmente, imaginar uma terceira.

## 6. Resultados objetivos da investigação. Encerramento.

O objetivo do trabalho foi (i) ressaltar a importância da linguagem técnica na redação legislativa, entendida essa como a que melhor se afaste da imprecisão, da contradição e da insinceridade normativa. Para isso, resenhamos um texto do jurista e filósofo utilitarista inglês Jeremy Bentham. Outro objetivo, ainda ligado à chave temática linguagem jurídica, surgiu a partir do (ii) comentário e da crítica da teoria da ciência jurídica do filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio. Bobbio defende a ciência do Direito como metalinguagem descritiva cujo objeto é a linguagem prescritiva das normas; seu padrão de cientificidade é, como critério suficiente, o rigor terminológico. Afastadas algumas incoerências de suas teses, destacamos a necessidade de rigor terminológico também na linguagem dos juristas, se não como condição suficiente, ao menos como condição necessária à seriedade das formulações dogmáticas. Ainda, (iii) apresentamos a concepção de textura aberta do Direito, formulada pelo jurista e filósofo inglês Herbert Hart, que a trouxe da filosofia da linguagem de Waismann significando a percepção de um núcleo de certeza nas regras jurídicas e nos precedentes judiciais, a partir do qual se espalha uma zona de penumbra em que se exerce a discricionariedade do aplicador. Sem desconsiderar os resultados obtidos em (i) e (ii), mas com atenção especial à formulação de Hart, (iv) demonstramos a impossibilidade lingüística da tese da tipicidade tributária fechada, considerada como exigência de uma tipificação simultaneamente minuciosa, rigorosa e completa. Muito embora seja bastante natural falar-se que o discurso jurídico dos juristas e a linguagem das leis devam ser rigorosos e minuciosos – o discurso jurídico dos juristas deve atender à condição necessária de cientificidade expressa em (ii), e a linguagem das leis deve evitar os erros expostos em (i), atendendo a requisitos de previsibilidade objetiva na geração de decisões que não contrastem com o valor jurídico Segurança –, não é possível imaginar que um tipo tributário, expresso na linguagem humana, possa superar-lhe os próprios limites.

Como nota de encerramento, sugerimos ao leitor que se sinta livre para traçar comentários e críticas. Comentários são bem-vindos, mas críticas são mais bem-vindas.

<sup>49</sup>V., por ex., XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978; XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielitista*. São Paulo: Dialética, 2001.