

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET

GIOVANI HERMÍNIO TOMÉ

**A IMPOSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO FATO JURÍDICO
TRIBUTÁRIO: UM ESTUDO PELA PERSPECTIVA DO CONSTRUCTIVISMO
LÓGICO-SEMÂNTICO**

SÃO PAULO

2011

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – IBET
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

**A IMPOSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO FATO JURÍDICO
TRIBUTÁRIO: UM ESTUDO PELA PERSPECTIVA DO CONSTRUCTIVISMO
LÓGICO-SEMÂNTICO**

GIOVANI HERMÍNIO TOMÉ

**Monografia apresentada como exigência parcial à
avaliação final do curso de Especialização ‘Lato
Sensu’ – Especialização em Direito Tributário.**

SÃO PAULO

2011

Orientadora: Professora Aurora Tomazini de Carvalho

Mestra em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo;

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo;

Professora dos Cursos de graduação e mestrado da Universidade Estadual de Londrina, dos Cursos de Pós-graduação 'lato sensu' da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, dos Cursos de Extensão e de Especialização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Só há realidade onde atua a linguagem, assim como somente é possível conhecer o real mediante enunciados lingüísticos. Quaisquer porções do nosso meio-ambiente que não sejam formadas especificamente pela linguagem permanecerão no campo das meras sensações, e, se não forem objetivadas no âmbito das interações sociais, acabarão por dissolver-se no fluxo temporal da consciência, não caracterizando o conhecimento, na sua forma plena. (TOMÉ, 2008, p.3)

*Àqueles que sempre me apoiaram e incentivaram:
Muito obrigado, **Pai, Mãe e Irmã.***

Agradeço primeiramente a Deus que, acima de todos, me iluminou durante todo o percurso de minha vida.

À Orientadora, Professora Aurora Tomazini de Carvalho que incentivou e me orientou durante o árduo trabalho de desenvolvimento desta monografia.

À minha família, Pai, Mãe, Irmã, que se mantiveram firmes ao meu lado e me apoiaram na vida e nos estudos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
PRESSUPOSTOS DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO	
1. Fundamentos de uma teoria	12
2. O caráter constitutivo da linguagem	13
3. Direito positivo e sua linguagem prescritiva	18
4. Unidades que compõem o direito posto	19
CAPÍTULO II	
TEORIAS DA INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA	
1. Teoria declaratória – determinista	22
2. Teoria constitutiva – constructivista	23
3. Efeitos da aplicação – teorias declaratória e constitutiva	25
4. Nosso ponto de vista acerca dos modelos de incidência	26
5. A fenomenologia da incidência jurídico-normativa	28
CAPÍTULO III	
O FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO	
1. Evento, fato e fato jurídico	30
2. Evento, fato e a observação humana	32
3. “Fato jurídico” e as ambiguidades acerca da expressão	34
4. O fato jurídico tributário e seus efeitos normativos	35

CAPÍTULO IV**A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO**

1.	Autonomia e disciplina do direito: a impossibilidade de tradução entre idiomas, segundo a concepção de Vilém Flusser	39
2.	“Fato puro”, “fato contábil” e “fato jurídico” – delimitação do conteúdo	41
3.	A interpretação econômica do direito tributário: anotações críticas	45
	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

RESUMO

Nesse sucinto trabalho buscou-se evidenciar a autonomia do direito em relação às matérias tidas por correlatas, como a economia.

Almejamos informar que a interpretação individual de cada uma das palavras utilizadas nas seara acadêmica, termina por desencadear inúmeros confrontos, quando utilizadas num mesmo contexto.

Em virtude desses confrontos, nos atentamos ao exame pontual de certos pontos que entendemos serem de maior relevância à compreensão do assunto.

Concluimos, dessa forma, que tanto os fatos quanto as construções lingüísticas, conforme a visão do interprete ou o critério por ele utilizado para delimitar de forma metodológica o objeto, são passíveis de muitos pontos de observação.

Portanto, o fato existe em todos os ramos da ciência. Porém, quando assume critério jurídico será puro e simplesmente um fato jurídico, posto seu inseparável paradoxo autopoietico.

ABSTRACT

In this concise work aimed to highlight the autonomy of the law in relation to the matters taken by related, as the economy.

We aim to inform you that the individual interpretation of each of the words used in academic harvest ends up triggering numerous confrontations, when used within a single context.

Due to these clashes, we look to take off in certain points that we believe are most relevant to understanding the subject.

We conclude, therefore, that both the facts and linguistic constructions, as the view of the interpreter or the criteria he used to delimit the object of methodological form, are still many points of observation.

So the fact that exists in all branches of science. However, when it takes legal test will be pure and simply a legal fact, since his inseparable autopoietic paradox.

INTRODUÇÃO

Nosso objetivo acerca do tema é evidenciar a autonomia do direito com relação a outras matérias, tidas por correlatas, como é o caso da economia.

Para tanto, partimos de duas premissas, quais sejam: i) que o direito positivo é estruturado em forma de sistema autônomo; e ii) que os elementos de tais conjuntos são normas jurídicas expressas por proposições hipotético-implicacionais.

Necessário se faz informar que a interpretação de cada uma das palavras utilizadas nesse contexto desencadeia um número interminável de confrontos na seara acadêmica. Em vista disso, para conseguirmos realizar o isolamento analítico do tema proposto, fixaremos nossas atenções no exame pontual de determinados tópicos que consideramos relevantes para a compreensão do assunto.

Iniciaremos tecendo algumas considerações sobre os pressupostos do constructivismo lógico-semântico, para, com isso, fornecermos a base teórica de nossos estudos, demonstrando a estrutura e função da linguagem do direito positivo. Em seguida, discorreremos sobre a fenomenologia da incidência, contrapondo as principais correntes edificadas a respeito do tema e nos posicionando em relação a elas. Nossa concepção acerca da fenomenologia da incidência jurídico-normativa decorre do entendimento que firmamos acerca do caráter constitutivo da linguagem e será de grande importância para estabelecermos uma definição de fato jurídico tributário, a seguir tratado. Por fim, com suporte nessas premissas, estaremos habilitados a efetuar algumas anotações críticas a respeito da pretensa interpretação econômica do fato jurídico tributário.

CAPÍTULO I

PRESSUPOSTOS DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO SEMÂNTICO

1 – Fundamentos de uma teoria

A teoria existe para se conhecer determinado objeto. Ao pensarmos o que vem a ser uma teoria, emerge em nosso juízo que seria uma reunião de informações que nos permitem reconhecer e entender determinada realidade. Dessa forma, podemos dizer que seria uma reunião, de forma organizada, de proposições versando sobre específico assunto, no intuito de dirimir as dúvidas preexistentes no objeto em estudo, tornando-o, gradativamente, mais acessível, fazendo com que possa vir a ser operado com maior eficiência.

Com isso surge outra indagação, no que diz respeito à suposta existência de distinção entre a teoria e a prática.

Habitualmente se distingue a teoria da prática, considerando ser esta (prática) a explicação da realidade pela forma que ela é apresentada, ao passo que aquela (teoria) seria uma reunião de informações visando ao esclarecimento de determinado assunto. Mas tal distinção não procede. Nesse sentido aduz Ricardo Guibourg, para quem “um boa teoria serve para melhor interpretar a realidade e para guiar com maior eficácia a prática até os objetivos que esta tenha fixado. E uma boa prática é capaz de determinar os resultados para promover a revisão da teoria, de tal sorte que ambos os pólos do conhecimento se auxiliam reciprocamente para o avanço do conjunto”¹.

Resumindo: a teoria explica a prática e a prática infirma a teoria. Porém, não podemos deixar de lado que ambas são fatores de um único objeto, sendo que para alcançarmos o conhecimento necessitamos do uso tanto da prática quanto da teoria.

¹ *El fenómeno normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 28.

Sobre o assunto, Paulo de Barros Carvalho, lembrando as lições de Pontes de Miranda, nos ensina que “não há diferença entre teoria e prática, mas aquilo que existe é o conhecimento do objeto: ou se conhece o objeto ou não se conhece o objeto”²

Inexiste prática sem teoria, nem tampouco teoria sem prática. Não há a possibilidade de conhecimento ou resolução de qualquer caso concreto sem que uma reunião de proposições o explique e nenhuma reunião de proposições explicativas sem a existência de uma concretude.

É inútil termos o conhecimento de uma teoria se não soubermos aplicá-la aos casos concretos, da mesma forma que não adianta termos um caso concreto se não possuímos uma teoria para compreendê-lo. Em qualquer dessas situações será impossível o conhecimento do objeto. Ao arremate, o intuito de quem constrói uma teoria é o de fornecer informações que possibilitem seu conhecimento àqueles que com ele operam.

Levando-se em consideração o universo jurídico, a teoria do direito existe para se conhecer o direito positivo. Essa teoria, que assume a forma de verdadeira ciência, é formada pela reunião de enunciados descritivos, dotados de precisão e ordenados de forma coesa, nos dizendo o que é o direito positivo, possibilitando ao sujeito cognoscente identificar e compreender aquilo que denominamos de “realidade jurídica”.

2 - O caráter constitutivo da linguagem

“*Os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo*”. A proposição descrita no enunciado dado vai ao encontro do quanto defendido pelos integrantes do Círculo de Viena.

A partir de tal proposição, Wittgenstein propõe que ao ser cognoscente só é dado conhecer o mundo por meio da linguagem.

² *Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

Assim, em uma conversação, estando presentes todos os elementos comunicacionais, quais sejam, emissor, receptor, mensagem, canal, código e contexto (lembrando que existe corrente doutrinária que defende a existência de um sétimo elemento, a saber: a conexão psicológica), a transferência da informação do emissor para o receptor dá-se por meio de linguagem, seja ela falada, escrita, por meio de gestos etc.

O mesmo se dá no cotejo entre o ser cognoscente e um estímulo da natureza, por exemplo, a visão de uma gaivota planando no céu. Ainda que o vôo da gaivota (coisa-em-si) independa do ser cognoscente, a compreensão de tal ato deu-se e passou a existir na realidade social pela linguagem, pois o observador, ao presenciar tal evento, buscará nos escaninhos do seu cérebro informações sobre o que ora ele percebe por meio de estímulos, de modo que a constatação vôo da gaivota, num dado lugar, num dado momento, procedeu-se pela linguagem visual.

Formulemos outro exemplo, para melhor elucidar nossa concepção de “mundo” e sua constituição pela linguagem. Admitindo-se que um dado observador tivesse ficado toda a sua vida em um quarto escuro, sem nenhum estímulo, nenhuma informação, e, ainda, ao sair de tal catre, encontrasse a cena descrita no parágrafo anterior, faltar-lhe-ia linguagem para conhecer do vôo da gaivota. Provavelmente, apenas fitaria o horizonte, sem distinguir onde termina a terra, onde se principia o firmamento.

Quanto mais ampla a linguagem do ser cognoscente, mais amplos e mais variados os objetos por ele cognoscíveis.

Por causa das múltiplas possibilidades de utilização das palavras, possibilitam-se numerosas construções frásicas que a gramática de cada língua consegue compor, sendo que as regras sintáticas têm o caráter decisivo para o esclarecimento da específica função em que a linguagem está sendo empregada. Mas a decodificação da mensagem se dá, em grande parte, no plano pragmático da linguagem.

Queremos deixar bem claro que a linguagem exerce função constitutiva da realidade, visto que sem ela nada aparece ao sujeito cognoscente. Todavia, como a linguagem se presta para executar uma série de tarefas, elas podem ser distinguidas em razão da função que exercem na transmissão da mensagem entre emissor e receptor. Vejamos algumas:

a) Linguagem descritiva (informativa, declarativa, indicativa, denotativa ou referencial) – é adequada para a transmissão de notícias ou para a transmissão do conhecimento (vulgar ou científico), apresentando um feixe de proposições afirmadas ou negadas, contendo em seus enunciados valores de verdade ou falsidade, estudada pela Lógica Apofântica (Lógica Alética ou Lógica Clássica).

b) Linguagem expressiva de situações subjetivas – por ela o emissor exprime os seus sentimentos. As emoções do emissor estão evidentes na mensagem, transmitindo o mesmo sentimento para o receptor. É característica da poesia, não podendo subordinar aos critérios da verdade e falsidade, características da linguagem descritiva.

c) Linguagem prescritiva de condutas – tem como escopo passar ordens e comandos dirigidas aos comportamentos intersubjetivos e intra-subjetivos, implementando valores. Essas ordens têm a característica de expressar uma validade ou não de sua mensagem. Ficam de fora os comportamentos necessários ou impossíveis. Sua linguagem é objeto da Lógica Deontica (modais deonticos: “P”: permitido; “V”: proibido; e “O”: obrigatório).

d) Linguagem interrogativa ou linguagem das perguntas ou dos pedidos – é utilizada perante objetos ou situações em que há um desconhecimento ou quando pretende obter alguma ação de outro (s) indivíduo (s). Esta linguagem não se sujeita aos valores da lógica Clássica (verdadeiro ou falso), mas sim, se a pergunta é pertinente ou não; adequada ou inadequada; própria ou imprópria.

e) Linguagem operativa ou performativa – é usada para concretizar uma específica ação. Esta linguagem é meio para se chegar a um determinado fim.

f) Linguagem fática – é a linguagem introdutória da comunicação e tem a capacidade de mantê-la, ou até mesmo cortar o liame comunicacional. É mais usada nas atividades diárias (“função cerimonial”, na concepção de Irving M. Copi).

g) Linguagem propriamente persuasiva – tem um enorme e específico poder retórico e o escopo de convencer, persuadir, induzir e instigar as suas argumentações. Tem enorme importância para o direito, pois é a característica do discurso judicial. A sua Lógica é a da argumentação (Lógica da Interpretação ou Lógica Dialógica voltada para a decisão).

h) Linguagem afásica – é quando o emissor tenta de alguma forma obstruir, obscurecer, dificultar ou confundir o entendimento de outra mensagem. É a perturbação na comunicação verbal. Mas tem a função de preencher lacunas, completando o discurso ao qual se dirige (escapa dos domínios estritos da legalidade da lei).

i) Linguagem fabuladora – é a linguagem que denomina a ficção ou hipótese. Integra os textos considerados fantasiosos ou fictícios, como fábulas, contos infantis, as novelas e as ficções jurídicas. Nessa linguagem é suscetível aos critérios de falsidade e de verdade, mas a verificação não importa para os fins dessa mensagem.

j) Linguagem que opera na função metalinguística – antes de terminar a mensagem o próprio emissor tem a necessidade de explicar a sua colocação, com o escopo de melhorar a sua mensagem. O foco é o próprio discurso.

A linguagem da Ciência do Direito, embora construída pelo intérprete, e, portanto, não isenta de certo grau de subjetividade, exerce função descritiva: descritiva do seu objeto que é o direito positivo. Este, por sua vez, aparece na função prescritiva de condutas intersubjetivas.

Interessa-nos para os fins deste trabalho, enfatizar que o direito positivo, exatamente por ter função prescritiva, não diz como as coisas são, mas prescrevem como devem ser. Assim, para que algo surja como “real” no sistema do direito positivo, esse algo precisa ser constituído em linguagem apropriada, qual seja, a linguagem do direito posto.

No que pertine às formas de exteriorização da linguagem, destacamos as seguintes:

a) Linguagem natural ou ordinária - é espontânea sem limitações rígidas. O compromisso é com a comunicação, possuindo, assim, mais liberdade para com a formação sintática, porém problematizando na seara semântica e sendo fecunda na função pragmática.

b) Linguagem técnica – busca transmitir mensagens, de forma direta, mediante empregos de alguns termos científicos (terminologias de determinada Ciência), a um determinando nicho social. No direito positivo esta linguagem é caracterizada nas normas gerais e abstratas (termos menos precisos), como também, nas individuais e concretas.

c) Linguagem científica – discurso artificial que tem origem na linguagem comum, passando por um filtro, que substituem as locuções carregadas de imprecisões significativas por termos, na medida do possível, unívocos e com uma maior exatidão. É uma linguagem que tem o escopo a precisão dos termos, buscando a precisão na compreensão da mensagem.

d) Linguagem filosófica – possui reflexões sobre a vida da criatura humana, na sua evolução, tentando explicar o mundo. Está cheia de valores e terminologias próprias.

e) Linguagem formalizada – necessita do abandono das linguagens idiomáticas, evitando vícios provenientes da linguagem. Possui uma estrutura rígida e bem organizada, de modo que no plano semântico tem apenas uma significação e na seara pragmática é bastante empobrecida.

f) Linguagem artística – revela valores estéticos, um projeto estrutural bem organizado, provocando certa sensibilidade (há uma sintonia entre o espírito do leitor com o texto).

Complementando nossas anotações sobre a linguagem do direito positivo, podemos qualificá-la como sendo do tipo técnica, que utiliza, em certa medida, termos da linguagem natural, conjugada a vocábulos próprios da linguagem científica. Essa composição tem por finalidade, como já dissemos, prescrever condutas intersubjetivas, para, mediante o relato apropriado, constituir a realidade jurídica.

Cada linguagem se presta para constituir a realidade dentro do subsistema próprio. Assim é que a linguagem natural constitui a realidade social, a linguagem técnica-histórica (de caráter descritivo) constitui a realidade histórica, a linguagem técnico-econômica constitui a realidade econômica, a linguagem técnico-jurídica constitui a realidade no direito positivo e assim por diante.

3 - Direito positivo e sua linguagem prescritiva

Ao estudarmos a linguagem do direito positivo nos deparamos com um conjunto de símbolos que são utilizados, de forma indispensável, à comunicação entre os seres humanos, possuidores de formas interpretativas particulares, consonantes com a função reguladora que o direito detém, ou seja, a linguagem prescritiva.

Seja nos discursos informativos, responsáveis pela transmissão do conhecimento, nos discursos que expressam situações subjetivas, como ocorre nas emoções, ou nas hipóteses de formulação de perguntas, que torna aparente a perplexidade do sujeito ao deparar-se com o que lhe é desconhecido, suas funções não se equivalem ao principal intuito do direito positivo, qual seja, a regulamentação das condutas intersubjetivas do ser humano, que tem como instrumento adequado a linguagem prescritiva de situações. Isto é, tem por finalidade a alteração das circunstâncias e como destinatário figura o homem e suas condutas perante a sociedade.

Versa a respeito do tema o memorável Professor Lourival Vilanova³, para quem “altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito”. Somente a linguagem das normas tem o condão de alterar as condutas humanas, cada qual nos limites da sua prescritividade. Assim ocorre, por exemplo, com as normas religiosas, as normas da moral, as normas de etiqueta, dentre outras e, o que nos interessa, as normas do direito positivo.

Diferem-se as normas do direito positivo pelo fato de virem acompanhadas do atributo da coercitividade. Essa prescritividade coercitiva incorpora todo o ordenamento de direito positivo, assegurando-lhe toda a regulamentação das condutas inerentes a cada ser humano.

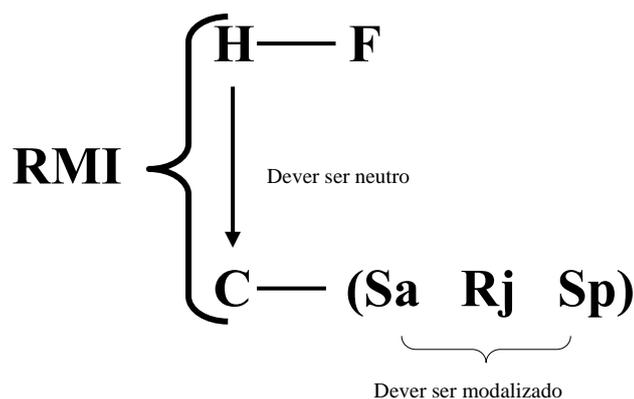
É o direito positivo, por conseguinte, o instrumento apropriado para a regulação dos comportamentos intersubjetivos, com o caráter coercitivo que lhe é próprio.

4 - Unidades que compõem o sistema do direito posto

Ao versarmos sobre o direito positivo nos referimos a um sistema lógico-deôntico, formando um conjunto de proposições linguísticas voltado às condutas intersubjetivas. Não sendo suscetível de valoração em termos de verdade/falsidade (lógica apofântica), resta-lhe inaplicável o princípio da não-contradição, motivo pelo qual o sistema do direito positivo comporta a existência de proposições contraditórias e lacunas, mas traz em si certa porção de racionalidade que entendemos ser suficiente para lhe conceder foros de sistema empírico, haja vista o comprometimento que guarda com o universo social.

³ *As estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. Noeses: São Paulo, 2006, p. 42.

São as normas jurídicas que compõem o sistema de direito posto, os juízos hipotético-condicionais, em que se liga o antecedente normativo, descritor da norma, ao consequente normativo, prescritor do direito, sempre pela vinculação deôntica, o “dever ser”, em sua espécie neutra, ou seja, não modalizada.



Vale lembrar que existem duas normas que deverão se ajustar, de forma respectiva, nos fenômenos da incidência jurídicas, quais sejam: i) norma geral e abstrata; e ii) norma individual e concreta. Sendo a primeira uma norma, quase sempre, de construção, ou seja, nela são estatuídas as conotações, as notas indispensáveis para que os indivíduos pertençam ao conjunto, a relação de pertinencialidade é determinada de forma conotativa. Esse é o modo mais usual no direito positivo, pois não teriam fim a formação das classes se houvesse a enumeração dos indivíduos ou das ações frente à inestabilidade e irrepitibilidade do real. A segunda, normas individuais e concretas, possuem forma tabular, isto é, denotativa, individual a cada caso *in concreto*.

O enunciado fático é protocolar, corresponde a uma alteração individual que se passou no mundo fenomênico, plenamente determinada no espaço e no tempo. À denotação do evento ocorrido no mundo dos fenômenos, em linguagem apropriada, intitularemos de fato, seja ele um fato político, econômico, contábil, biológico, psicológico, histórico, jurídico etc. Na seara do direito positivo equivale ao antecedente

das normas individuais e concretas, sendo esse o objeto da discussão do presente trabalho.

O evento, entendido aqui como realidade social em sua concretude, para que projete seus efeitos no campo do direito, necessita ser transcrito em linguagem competente, por um ser humano, isto é, por uma linguagem jurídica dotada de capacidade à constituição do antecedente normativo e determinar o vínculo relacional existente entre os sujeitos de direito na esfera concreta e individual.

Além da linguagem de cunho descritivo, indicativo ou declarativo, muito utilizadas para realizar a comunicação do dia-a-dia e nos textos científicos, também se faz possível a emissão de enunciados factuais em linguagem prescritiva, operativas ou em linguagem performativa. Deixando de lado a função, todos os enunciados deverão apresentar um *quantum* mínimo de referencialidade, posto que são formações linguísticas voltadas ao mundo da realidade fenomênica.

Além da boa formação sintática, do idioma, para que emerja uma norma de cunho denotativo, se faz necessária a identificação da ocorrência no tempo e no espaço, obedecendo sempre a hipótese autorizadora, o antecedente normativo, previsto na norma geral e abstrata, a norma conotativa. Dessa forma, serão, necessariamente, determinativos.

Em suma, quando aludimos ao fato jurídico e, mais especificamente, ao fato jurídico tributário, estamos nos referindo a uma das unidades do direito posto – a norma individual e concreta – na sua porção antecedente. Por isso, qualquer estudo que se faça do fato jurídico tributário, há de levar em consideração o fenômeno normativa e a sua constituição em linguagem própria.

CAPÍTULO II

TEORIAS DA INCIDÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

1 - Teoria declaratória - determinista

A teoria tradicional da incidência da norma jurídica afirma ocorrer a incidência automática e infalível no plano factual. Acontecido, no plano fenomênico, a situação prevista na hipótese normativa, já se operaria a incidência, instalando-se o vínculo obrigacional.

Essa teoria se enquadra muito bem aos sistemas teóricos que não distinguem planos do direito positivo e realidade social. Se entendermos dessa maneira, será necessário concluir que a incidência é um fenômeno do mundo social. Assim, ela incidiria sozinha, por conta própria sobre os eventos, no momento em que eles ocorrem, propagando consequências jurídicas independentemente de seu relato linguístico.

Então, primeiro a norma incide, fazendo com que o fato se torne um fato jurídico, fazendo nascer direitos e deveres. Depois, ela pode ou não ser aplicada pelo homem. Incidência e aplicação se dariam em momentos distintos.

Essa aplicação seria o ato pelo qual a autoridade competente formaliza os direitos e deveres já constituídos com a incidência. Desse modo, nada impede que o fato ocorra, que se torne jurídico com a incidência, mas que a norma não seja aplicada, pois depende de um ato voluntário do ser humano.

Para melhor compreensão dessa teoria, podemos assim esquematizá-la:

- Incidência = momento da ocorrência do evento;
- Incidência ≠ aplicação; e
- Aplicação é posterior = o ato do ser humano é meramente declaratório.

Segundo essa corrente, conhecida como teoria tradicional da incidência da norma jurídica, a norma cai como um raio sobre todos os acontecimentos constantes na norma, qualificando-os como jurídicos e estabelecendo as consequências. Dessa forma, os direitos e deveres jurídicos nascem automaticamente, tão logo tenha ocorrido o evento descrito na hipótese normativa.

2 - Teoria constitutiva - constructivista

Para o constructivismo lógico-semântico, o direito positivo e a realidade social pertencem a dois planos distintos.

O plano do direito positivo, que é o conjunto das normas jurídicas válidas num território em determinado momento, formado exclusivamente por normas jurídicas, possui uma linguagem própria, que não se confunde com a da realidade social. O sistema do direito positivo só permite a entrada, em seu campo, de fatos sociais quando estes forem descritos no seu código (lícito/ilícito), sendo descritos na linguagem competente, que é a linguagem do direito positivo. Ou seja, o fato social não ingressa no universo jurídico: só fato jurídico passa a integrá-lo.

Assim, um fato do mundo social, evento, só passa a ser jurídico se for ingressado no direito positivo, qualificando-se como fato jurídico, pois somente a ele se atribuem as consequências jurídicas, não bastando o mero evento estar de acordo com o descrito na hipótese normativa.

As normas jurídicas de direito positivo são dotadas de uma linguagem que lhe servem de veículo de expressão. Mas não é só isso: essa linguagem que lhe é própria constitui a própria realidade jurídica. No direito, só é real o que for jurídico.

O fato jurídico só surge com o relato de uma autoridade competente, um ato do ser humano, enunciando a ocorrência do fato social, pois para o mundo jurídico o que importa é essa constatação do agente. O simples fato social não importa para o mundo jurídico.

Para que haja o fato jurídico e a relação entre os sujeitos de direito, sujeito ativo e sujeito passivo, é necessário que haja também uma linguagem que relate o evento ocorrido e uma linguagem que estabeleça o vínculo jurídico entre os dois sujeitos de direito, o que se dá no âmbito da norma individual e concreta, mediante o seguinte esquema implicacional:

$$\mathbf{F} \longrightarrow (\mathbf{Sa} \ \mathbf{R} \ \mathbf{Sp})$$

Se os fatos ocorridos no mundo social não estiverem presentes na norma individual e concreta, não poderão ser considerados como fatos jurídicos, não ensejando direitos e deveres.

Para a incidência é preciso o ato do ser humano, com linguagem competente, como se dá, por exemplo, no ato do lançamento tributário.

A aplicação cria a realidade jurídica: cria o fato jurídico e cria a relação jurídica. É, como já dizia Vilém Flusser⁴, a linguagem criando e propagando a realidade.

Sintetizando, temos:

⁴ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.

- Incidência = aplicação;
- A língua cria a realidade;
- Aplicação é constitutiva; e
- Aplicação cria a realidade.

Por essa corrente, a incidência não é automática e infalível em relação ao evento. Apenas se relatado o fato é que ocorrerá a incidência, podendo afirmar-se que ela é automática e infalível em relação ao fato. Relatado o fato, mediante a linguagem jurídica apropriada, tem-se a incidência e o surgimento da obrigação tributária.

3 - Efeitos da Aplicação – Teorias Declaratória e Constitutiva

Os efeitos da aplicação no campo do direito positivo variam conforme a teoria adotada.

(i) Teoria declaratória:

Se adotarmos a teoria da incidência automática e infalível em relação ao evento, o ato de aplicação vai ser considerado meramente declaratório, pois apenas relataria a existência de uma relação jurídica já constituída e de um fato já juridicizado.

(ii) Teoria constitutiva:

Para essa teoria o fato só existe juridicamente quando relatado em linguagem competente e só a partir desse instante que se instaura qualquer vínculo jurídico entre os sujeitos de direito.

A mera ocorrência do evento não gera nenhuma ocorrência no mundo jurídico.

Assim sendo, o ato do agente competente que relata o evento não é meramente declaratório, mas sim constitutivo. Antes desse relato nada existia no mundo jurídico. Existia somente o fato social, o evento, a relação social, mas nada existia no plano jurídico.

Nessa teoria não existem atos meramente declaratórios. Todo ato de um agente competente é constitutivo de uma realidade jurídica. Disso decorre a distinção entre evento e fato, relevante para o deslinde da questão posta como objeto central deste trabalho.

4 - Nosso ponto de vista acerca dos modelos de incidência

Relatados, a breve modo, os pontos determinantes das principais correntes acerca da fenomenologia da incidência jurídica, entendemos ser mais apropriada e condizente ao fenômeno jurídico a teoria constitutiva. Nesta, a subsunção do fato à norma opera-se mediante observação humana, que identifica a absoluta identidade com o que está previsto na hipótese da regra, desencadeando, assim, o efeito implicacional consistente na propagação dos efeitos jurídicos prescritos na consequência normativa. Tudo isso somente se concretiza com a expedição na norma individual e concreta, sendo o fato e a relação constituídos pela linguagem do direito positivo, exarada no ápice da aplicação normativa.

Assim sendo, um acontecimento da realidade fenomênica é apreendido pelos sentidos, de modo que o ser humano, interpretando-o, verifica seu enquadramento, de forma completa, na situação prevista na hipótese da regra jurídica, caracterizando a subsunção. Com isso, propalam-se os efeitos previstos na consequência da regra jurídica, instaurando a relação prescrita pelo ordenamento.

Nesse contexto, a linguagem do direito positivo projeta e incide sobre o campo material das condutas intersubjetivas, objetivando organizá-las deonticamente.

Ainda, cabe destacar que, segundo essa concepção, a incidência não ocorre de forma automática e infalível, vez que as normas não incidem por força própria, tendo em vista que é primordial a figura do ser humano realizando a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. Nessa linha de raciocínio, a incidência somente ocorre quando o mero evento adquire expressão em linguagem competente, transformando-se em fato, estando sujeito à interpretação realizada pelo observador, já que a regra jurídica incide sobre parte da realidade.

Essa influência do observador é de extrema importância na adoção dessa teoria, tendo em vista que a incidência não ocorre de forma automática e infalível, mas cada observador apreende uma parte do objeto dinâmico, em conformidade à sua experiência colateral e ao seu repertório, e sobre essa parte apreendida é que o ser humano irá fazer a subsunção da norma e promover a implicação a que o preceito normativo determina.

Nesse sentido, cabe citarmos as considerações do professor Paulo de Barros Carvalho, com as quais concordamos, ao afirmar:

“Quando se fala em incidência jurídico-tributária estamos pressupondo a linguagem do direito positivo projetando-se sobre o campo material das condutas intersubjetivas, para organizá-las deonticamente. (...) Percebe-se que a chamada ‘incidência jurídica’ se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeito de direito. (...) é importante dizer que

não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina. As normas não incidem por força própria”.⁵

Portanto, a incidência, para nós, significa uma sequência de processos, em que ocorre a incidência da norma sobre os fatos jurídicos e não sobre os meros eventos. A incidência ocorre, desse modo, com a subsunção do fato à norma, devidamente relatado em linguagem jurídica, desencadeando os efeitos obrigacionais. Nessa medida, ocorre a incidência sobre a representação da realidade e não diretamente sobre o objeto, discordando, assim, da concepção da Teoria Declaratória, que afirma que a incidência não é hipotética, mas sim é certa, automática e infalível, devido à incidência da regra jurídica sobre um suporte fático tido por suficiente.

5 - A Fenomenologia da incidência jurídico-normativa

Quando examinamos o sistema de direito positivo, identificamos variadas espécies de normas jurídicas, conforme o conteúdo do antecedente e do consequente normativo.

Quanto ao descritor da norma jurídica, esta pode ser classificada como “abstrata” ou “concreta”. As normas abstratas oferecem critérios para identificar fatos futuros, de possíveis ocorrências: são enunciados conotativos. As normas concretas, por seu turno, remetem a acontecimentos passados, a fatos já ocorridos, indicados de forma denotativa.

No que diz respeito ao prescritor da norma jurídica, a classificação pode ser em “geral” e “individual”. Uma norma jurídica é geral quando, no seu consequente, não individualizam-se os sujeitos da relação, sendo dirigida a um conjunto indeterminado de

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 09-11.

destinatários. Na norma individual, diferentemente, os sujeitos da relação são determinados.

Com suporte nesses caracteres do antecedente e do conseqüente normativo, podemos fazer diversas combinações, encontrando normas (i) gerais e abstratas, (ii) gerais e concretas, (iii) individuais e abstratas, ou (iv) individuais e concretas.

Embora todas essas espécies normativa sejam de grande relevo para o estudo do direito positivo, interessa-nos, para fins de análise da incidência jurídica, a primeira e a última das modalidades mencionadas. É que, na incidência jurídica, parte-se das normas gerais e abstratas, alcançando-se as normas individuais e concretas, para, desse modo, aproximar-se ao máximo das condutas intersubjetivas reguladas.

Eis o que entendemos por fenomenologia da incidência jurídico-normativa: o processo de positivação em que o intérprete, analisando a norma geral e abstrata, bem como os vestígios (língua) deixados pelo evento, efetua as operações lógicas de subsunção e implicação, realizando a aplicação do direito mediante a emissão de norma individual e concreta.

CAPÍTULO III

O FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

1 - Evento, fato e fato jurídico

O direito se mantém em constante movimentação por meio dos fatos. A produção de efeitos na seara jurídica se dá em virtude de alguma ocorrência que se passou no mundo dos fenômenos, relatada em linguagem competente por um ser humano, descrito como uma hipótese de uma norma individual e concreta. Para que haja o relato desse evento, necessário se faz o seu conhecimento, o que entendemos só ser possível por meio da linguagem. Verificamos a ocorrência dos acontecimentos pelas alterações ocorridas no universo físico, que fica ultrapassado no espaço e no tempo. Somente por meio da linguagem é que tomaremos conhecimento dessas alterações ocorridas. Por isso entendemos ser conveniente a diferenciação entre evento, fato e fato jurídico.

Entendemos como “evento” toda e qualquer ocorrência que se passa no universo fenomênico, despido de formação linguística. É uma situação ocorrida no tempo e no espaço, desprovido de qualquer enunciado.

O “fato”, para nós, vem a ser o relato do evento, sua divulgação. É o meio pelo qual o evento ocorrido no mundo dos fenômenos ganha publicidade, por mais ínfima que seja sua repercussão. O “fato” se constitui em um enunciado que denota uma situação ocorrida no tempo e no espaço

“Fato jurídico”, por sua vez, vem a ser o relato do evento por intermédio de uma linguagem competente para tanto, prescrita pelo direito positivo. Trata-se do relato

do acontecimento feito mediante uma linguagem jurídica. É constituído por um enunciado jurídico, também dotado de carácter denotativo de uma situação que se passou no tempo e no espaço, mas por intermédio de uma linguagem jurídica, ocupando a posição de antecedente da norma individual e concreta.

Relativamente ao fato jurídico, a Professora Maria Rita Ferragut⁶ explica:

“o direito não se satisfaz com a linguagem ordinária e se os eventos não tiverem relatados da forma adequada, não ingressam no mundo jurídico. A linguagem há de ser a competente, apta a produzir efeitos que lhe são próprios.”

Com suporte em suas lições, concluímos que:

- O evento distingue-se do fato pela circunstância de que o primeiro carece de linguagem, enquanto o segundo é constituído por relato lingüístico.
- O fato diferencia-se do fato jurídico em virtude de que aquele é descrito em linguagem natural, utilizada ordinariamente na sociedade, ao passo que este, o fato jurídico, é relatado em linguagem competente para o direito, ou seja, uma linguagem prevista pelo ordenamento jurídico como apropriada para, por força da incidência, torná-lo jurídico. Em consequência, o fato jurídico passa a vincular a conduta humana, obrigando-a, proibindo-a ou permitindo-a.

Somente quando tivermos a descrição do fato feita pela autoridade competente, mediante a linguagem considerada juridicamente adequada, é que poderemos falar em incidência jurídico-normativa. Nesse átimo, constituem-se fato jurídico e relação de direito.

⁶ *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 29.

Dessas assertivas percebe-se que todo e qualquer fato jurídico é, antes de tudo, um fato social, posto que o ordenamento jurídico é caracterizado por ser um subordenamento do sistema social. “A linguagem jurídica incide sobre a linguagem da realidade social, de tal sorte que a projeção semântica do direito abrange somente relações intersubjetivas, excluídas as manifestações meramente subjetivas”⁷. Quando as normas jurídicas se projetam sobre o universo social, em existindo qualquer situação que não se enquadre nessa classe não poderá vir a ser considerado um dado jurídico. Dessa forma, a intersubjetividade do fato jurídico se faz inevitável.

2 - Evento, fato e a observação humana

Acreditamos que os eventos acontecem independentemente da observação humana, considerando estes como os acontecimentos do mundo físico, sendo que a observação humana somente influenciará na constituição da realidade através da linguagem, ao traduzi-la, em que será selecionado dos eventos aquilo que mais chama a atenção, possibilitando distintas interpretações. Apresenta-se de extrema relevância, portanto, o ponto de vista do intérprete na caracterização do fato, enquanto sendo a descrição do evento em linguagem.

Tal afirmação é possível considerando que os eventos ocorrem independentemente de terem sido apreendidos pelos sentidos humanos. No entanto, considerando no âmbito jurídico, um determinado evento somente será relevante juridicamente no momento em que for apreendido pelo ser humano, já que a incidência, conforme mencionamos, somente se concretiza mediante a observação, vez que ocorre

⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: O constructivismo Lógico semântico*. São Paulo: Noeses, p. 511.

após a representação da realidade feita pelo observador, quando da aplicação por ele realizada.

Assim, o mundo-em-si, formado por dados brutos, existe e permite a ocorrência dos fenômenos e eventos, independentemente de serem compreendidos ou não, e logo, independentemente de observação. A percepção da realidade fenomênica não a altera, sendo sempre a mesma, sendo que o que muda é a compreensão feita dela, ou seja, a realidade social, composta por fatos.

No entanto, diferentemente, o mesmo não acontece para efeitos de incidência das normas jurídicas, tendo em vista que a incidência somente ocorre a partir do momento em que o intérprete analisa a relação de similaridade existente entre as qualidades existentes nos eventos e as qualidades descritas na hipótese da regra jurídica vigente, caracterizando a incidência como um fenômeno do pensamento, atribuindo, assim, relevância ao observador na sua relação com o fenômeno observado.

Dessa forma, podemos afirmar que os efeitos da incidência das normas jurídicas dependem da interpretação feita pelo observador, bem como do ponto de vista pelo qual o fenômeno é observado. Com isso, o observador (aplicador do direito) assume imensa importância, não sendo possível afirmar que na constituição do fato jurídico, gerado a partir da incidência de uma regra jurídica sobre um evento tido por suficiente, o observador desse fenômeno não o influencia de forma sensível.

O recorte da realidade, bem como a sua interpretação, depende dos valores, das ideologias e intenções dos intérpretes, bem como de sua experiência colateral. E, ainda, o repertório do observador interfere na forma de interpretar a realidade, não sendo possível verificar uma única possibilidade de incidência, mas uma vasta gama de alternativas, conforme a construção de sentido que se faça da norma geral e abstrata, assim como do fato.

O recorte a ser feito da realidade e dos eventos pelo observador é que vai definir quais as normas a serem aplicadas, influenciando, assim, na incidência das leis jurídicas e nos seus efeitos. O observador interfere tanto no recorte feito da realidade e, após, na sua representação, sendo uma interferência subjetiva e pessoal.

Não concordamos, portanto, com a Teoria Declaratória, que, ao considerar a incidência como um fenômeno do pensamento, afirmando a causalidade absoluta e infalível da incidência, preconiza que o observador não influencia no fenômeno observado, vez que seria um processo mecânico.

Por todo o exposto, afirmamos que os eventos ocorrem independentemente da observação humana, vez que a realidade existe e permite a ocorrência dos fenômenos e dos eventos, sejam eles perceptíveis ou não. Porém, o mesmo não pode ser afirmado para os efeitos da incidência das leis jurídicas, em que, para que ocorra a incidência da regra jurídica, o fenômeno deve ser observado e compreendido em conformidade à representação da realidade feita, dependendo, assim, do repertório do observador.

3 - “Fato jurídico” e as ambiguidades acerca da expressão

Como muitas outras expressões, o termo “fato jurídico” também padece de ambiguidade, como corriqueiramente ocorre com os signos. Ao observarmos a doutrina, a legislação ou a jurisprudência, verificaremos que seu uso se dá em três formas distintas, quais sejam: (i) a descrição hipotética presente nos textos jurídicos; (ii) a verificação concreta do acontecimento a que se refere tal hipótese; e (iii) o relato em linguagem jurídica de tal ocorrência.

O discurso jurídico inadmite expressões ambíguas, por isso que o termo “fato jurídico” sempre necessita ser elucidado, para evitar as confusões inerentes às ambiguidades. Entendemos que a elucidação mais apropriada para o termo “fato

jurídico” vem a ser, como já mencionado, o relato em linguagem jurídica, constituída em nome do evento que se passou no mundo dos fenômenos.

Fazendo uso dessa acepção de “fato jurídico”, ressaltamos, ainda, a sua possibilidade de subdividir-se metodologicamente em *fato jurídico em sentido amplo* e *fato jurídico em sentido estrito*, conforme diferenciado por Fabiana Del Padre Tomé⁸, nos seguintes termos:

“*Fato jurídico em sentido amplo*: i) *fato*, por relatar acontecimento pretérito; ii) *jurídico*, por integrar o sistema do direito; e iii) *em sentido amplo*, por se apenas um dos elementos de convicção que, conjugado a outros, propiciará a constituição do fato jurídico em sentido estrito, constante do antecedente da norma individual e concreta veiculada pelo ato de lançamento, de aplicação ou de decisão administrativa ou judicial.”

Ou seja, o *fato jurídico em sentido estrito* se caracteriza como sendo um enunciado denotativo encontrado no antecedente da norma individual e concreta, referindo-se um evento já ocorrido, em conformidade com uma hipótese normativa. Já o *fato jurídico em sentido amplo* vem a ser qualquer enunciado jurídico que relate a ocorrência do evento, mas que produza efeitos o âmbito do direito, não sendo necessária a instituição de deveres correlatos individuais.

4 – O fato jurídico tributário e seus efeitos normativos

Para dar início a este tópico, transcreveremos definição feita, de forma lapidar, por Paulo de Barros Carvalho⁹ sobre o “fato jurídico tributário”:

“O fato jurídico tributário será tomado como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitindo, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de positivação do direito.”

⁸ A *Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 1ª ed., p. 71 (grifos no original).

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Convém sempre esclarecer também que o fato jurídico tributário tem que estar, necessariamente, previsto em lei, estando sempre resguardado pelos princípios constitucionais da estrita legalidade e da tipicidade. Desse modo, só pode haver incidência tributária se houver a perfeita subsunção com a previsão legal.

Sobre o fenômeno jurídico da incidência e a subsunção do fato à norma menciona Ruy Barbosa Nogueira¹⁰:

“Portanto, não basta apenas a existência da norma de lei descritiva do fato, mas é preciso que além da norma *in abstracto* e prévia, o fato previsto *ocorra com todos os elementos descritos na lei e possa ser demonstrada essa vinculação ou juridicidade por meio do ato de subsunção do fato à lei ou sua subjunção pela norma tipificadora.*”

Claro está, com essas palavras, que a norma geral e abstrata é insuficiente, bem como o evento por ela previsto, à jurisdicização do tributo, sendo indispensável o seu relato por intermédio do ato de subsunção do fato à lei, que nada mais é do que a produção da norma individual e concreta.

Após esse esclarecimento, vale lembrar que o fato jurídico é constituído a partir do instante seu conteúdo passa a fazer parte do sistema do ordenamento do direito positivo, como norma dotada de validade, preenchendo os requisitos necessários à sua plena compatibilidade para com a classe hipotética das normas gerais e abstratas, de onde tem ensejo seu fundamento de validade.

O marco inicial de sua constituição não pode ser confundido com o momento em que se deu o evento no mundo fenomênico a que o fato jurídico se refere, jurisdicizando-o. O instante de sua constituição é o exato momento em que a norma individual e concreta adentra no ordenamento do direito positivo. A título de exemplo, o fato jurídico tributário é constituído no átimo da notificação válida do sujeito passivo e

¹⁰ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 113. Efetuamos a transcrição desse autor para demonstrar que, qualquer que seja a corrente, a ocorrência do fato que se enquadre na previsão normativa é essencial. Fazemos a ressalva, porém, de que para ele esse fato seria o mero acontecimento fenomênico, ponto em que discordamos, pois consideramos imprescindível o relato em linguagem competente.

não no momento em que ocorreu o evento. Porém, a observação da data que se deu o evento é de extrema importância para a determinação das alterações de condutas relacionadas no conseqüente da norma individual e concreta. Por isso, a necessária distinção entre tempo *do* fato e tempo *no* fato, assim como entre local *do* fato e local *no* fato.

Tanto o tempo quanto o espaço estão diretamente relacionados com o universo jurídico, sendo encontrados no direito dinâmico e no direito estático, ou seja, em seus suportes físicos, no corpo do ordenamento normativo positivado, nas hipóteses de incidência e nos fatos jurídicos, na competência, na validade, na eficácia, na vigência etc. Relativamente aos fatos jurídicos, devemos ater-nos à separação entre o tempo e o espaço em que se deu o acontecimento relatado *no* fato e o tempo e o espaço que o fato veio a ser produzido (*do* fato).

Tempo *do* fato é o momento em que o fato jurídico se constitui juridicamente. Geralmente se concretiza com a notificação das partes. Tempo *no* fato é o momento da ocorrência do evento, mas que ingressa no ordenamento jurídico porque referido no bojo de um fato.

Local *do* fato vem a ser a referência ao lugar onde o fato foi constituído, como é o caso do local em que se verificou a autuação fiscal. Local *no* fato seria o lugar, propriamente dito, em que o evento ocorreu, descrito pelo fato jurídico.

Essa distinção é de extrema relevância, especialmente para determinação da legislação aplicável. A título de exemplo, cabe mencionar que, com relação ao fato jurídico tributário, o sistema jurídico brasileiro exige dois procedimentos, sendo um de direito material, para a determinação do evento para se saber qual a lei vigente no momento da ocorrência do evento e outro para se constituir o fato jurídico tributário, ou seja, a especificação do agente competente, dos atos administrativos que serão

praticados, o tipo de linguagem a ser empregada no momento em que a norma individual for editada, que são regras de estrutura. Assim, as normas que regularão o ato de jurisdicização do evento serão as do momento da celebração do ato de lançamento, enquanto o ordenamento que regulará o evento será o vigente no momento em que ele se deu. Mas não podemos nos olvidar que os efeitos serão sempre para o futuro. Os pontos de sequencia temporal referente ao passado e ao presente servem para a demonstração de quais normas serão aplicáveis.

CAPÍTULO IV

A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

1 - Autonomia e disciplina do direito: a impossibilidade de tradução entre idiomas, segundo a concepção de Vilém Flusser

A decisão incidente sobre a disciplinabilidade do discurso científico persiste em ser um tema bastante discutido nos estudos envoltos pelo conhecimento epistemológico, juntamente com a relação existente entre as disciplinas, com o objetivo de atingir o *quantum* mínimo de referencialidade e objetividade ao se relacionar com o agente do conhecimento.

O fato social necessita de várias delimitações, tornando-o acessível à compreensão do sujeito. O ser humano é objetivo, o objeto é subjetivo, impedindo a existência de um “fato puro”. Esses fatos são elaborados conceptualmente, são subprodutos oriundos das técnicas de aperfeiçoamento de idéias ordenadas de forma seletiva. Para que haja o isolamento do fato jurídico dentro da esfera social, entendemos ser necessário que se façam inúmeros cortes metodológicos, para que ocorra a representação do fato cultural, sem, jamais, deixar de lado a necessidade da apreensão pelo ser humano, conforme seu repertório cognocente.

Existem, ainda, outros dois obstáculos no caminho a ser percorrido pelos cientistas, quais sejam: i) a mensuração do corte metodológico; e ii) quais seriam os critérios utilizados para se conduzir o raciocínio humano acerca do objeto já delimitado.

Não podemos nos olvidar de que sempre deveremos agir com a devida cautela, quando pretendemos empreender determinada espécie de conhecimento ao contexto do social, ante ao fato das limitações inerentes à finitude dos seres humanos.

Em sua obra “Língua e Realidade”, Vilém Flusser versa acerca do estudo da tradução, afirmando que a tradução pode ser interpretada como uma destruição e o renascimento do intelecto. O poliglotismo apareceu como uma espécie de vida múltipla do intelecto, pois para cada língua tem-se uma realidade, insuscetível de tradução perfeita.

Para Flusser, as ciências são línguas, sendo as organizações aplicáveis às línguas equivalentes às aplicáveis nos sistemas organizacionais científicos. Aduz que “a ciência *sensu strictu*, tal qual a conhecemos no ocidente, desde o Renascimento, equivale, deste ponto de vista, ao aparecimento de uma nova língua”¹¹, ou seja, entende que a tradução dá ensejo outra mensagem, que pode ser até semelhante, mas nunca totalmente pura, jamais idêntica ao expressado em sua forma originária, sendo inadmissível a possibilidade de uma tradução perfeita.

Ao relacionar a língua com a ciência e apontando a insatisfatoriedade inerente à tradução, o autor afirma ainda que “a ciência, longe de ser válida para todas as línguas, é ela própria uma língua a ser traduzida para as demais”¹².

Sendo a Ciência do Direito e a Economia dois sistemas de conhecimento distintos, poderá ter-se apenas uma tradução próxima, nunca exata, posto que se encontram presentes termos e expressões que não são passíveis de tradução, determinando frequentes dessincronizações.

¹¹ *Língua e Realidade*. 2ª ed., São Paulo: Anna Blume, 2004, p. 54.

¹² *Idem*, p. 19.

2 - “Fato puro”, “fato contábil” e “fato jurídico” - delimitações do conteúdo

Existem cientistas do direito que acreditam na possibilidade de termos fatos econômicos, sociais, políticos, históricos como uma realidade ensejadora do fato jurídico, sob a alegação de sua intradisciplinariedade. No âmbito do direito tributário, principalmente, é bastante comum nos depararmos com juristas que atribuem, em seus textos, aos fatos jurídicos tributários, caráter meramente econômico, como se ao direito fosse necessário o empréstimo de fatos econômicos para atribuir-lhes os efeitos prescritivos a ele inerente.

Para adentrarmos no assunto, deixaremos claro nosso descontentamento à denominada interpretação literal, pois, segundo esta espécie interpretativa, teríamos que admitir que qualquer sujeito que saiba ler seria plenamente capaz de ser um conhecedor do significado da lei. Isso colocaria de lado todo o ensino acadêmico, tornando-o desnecessário.

Com relação às normas jurídicas, entendemos que as mesmas vem a ser significações que emergem no consciente do intérprete, a partir da leitura do texto de lei. Nem sempre tais interpretações coincidem com o texto escrito no corpo da lei. As normas jurídicas, após sua apreensão pelo sujeito que a constrói, são exteriorizadas por intermédio das proposições, que surgem como o enunciados de um juízo, como a expressão do pensamento, de uma ideia ou noção. A norma jurídica compreende o juízo hipotético ocasionado pela apreensão proporcionada pela leitura do texto de lei.

Se realizarmos uma comparação análoga aos símbolos linguísticos, chegaremos à conclusão de que o texto escrito está para a norma jurídica, assim como o vocábulo está para sua significação. Fazendo uso da estrutura triádica inspirada em Edmund Husserl, versaremos sobre suporte fático, significado e significação. Na seara jurídica, temos suporte físico como o conjunto dos textos do direito positivo. O

significado compreende a conduta humana ocorrida no mundo social. E significação como sendo a composição dos juízos lógicos, oriundo do amplo repertório dos juristas. É justamente no campo da significação e do significado que se dá a interpretação para alcançar o fato jurídico.

Acreditamos que o único método para chegarmos à compreensão do fenômeno jurídico será analisando-o como se fosse um sistema de inúmeras cláusulas condicionantes, inter-relacionadas, com o fito de disciplinar o comportamento do homem ante ao seu convívio social.

Lembrando que não podemos dar prioridade a qualquer das dimensões da semiótica sobre as demais, tem o jurista o condão de realizar o exame dos textos, muitas vezes obscuros, contraditórios, carregado de erros, para se chegar à essência dos institutos normativos, de forma clara.

Nesse caminho de cognição da linguagem prescritiva de condutas, o intérprete das leis se depara nos obstáculos que a realidade jurídica lhe apresenta. O primeiro diz respeito à produção das normas gerais e abstratas, ou seja, à matriz do direito. Confiada às casas legislativas, busca-se a produção de textos em linguagem técnica, acessível a toda sociedade, almejando sua eficácia social. Porém, tais mensagens, na grande maioria das vezes, são dotadas de imperfeições de ordem sintática ou semântica, fazendo com que sua compreensão se torne difícil aos destinatários. Em virtude disso que a ciência do direito aparece para esclarecer tais dificuldades, estruturando a norma de forma lógica e compatível com a compreensão dos intérpretes, demonstrando as correções semânticas que a leitura do contexto venha a sugerir.

Deparamo-nos com o segundo obstáculo, uma realidade jurídica complexa. Para realizarmos uma interpretação minuciosa, devemos partir da literalidade do texto,

buscando significações que retratam os padrões específicos que o sistema institui. Igualmente ocorre com a consistência material das regras, sob pena de serem desconstituídas, caso não encontrem fundamentos no sistema.

Normas jurídicas são, como já mencionamos, as significações que formulamos a partir da leitura do texto de lei e que, nem sempre, condizem com o disposto pelo legislador no corpo da lei. Ao arremate, não nos olvidemos de que a seara linguística do direito está inserta no universo social, aqui delimitada somente para fins didáticos. Determinado acontecimento no mundo dos fenômenos pode ser constituído como fato jurídico, histórico, econômico, político etc., conforme o ponto de vista do observador responsável pelo relato linguístico do evento, ou seja, conforme sua divisão analítica.

Como anotamos, todos os fatos são construções linguísticas, são representações do real. Portanto, o direito é uma linguagem própria, constitutiva de uma realidade jurídica.

O fato jurídico é constituído por um enunciado representativo da realidade social ocorrida no mundo dos fenômenos, enunciado esse condizente com o antecedente normativo da norma individual e concreta, limitado semanticamente pela hipótese da norma geral e abstrata.

A delimitação do objeto que se pretende conhecer é o primeiro degrau para o conhecimento científico.

O mundo real é de uma complexidade e vastidão imensurável, é infinita e não delimitada, sendo necessário que façamos cortes imaginários, colocando aquilo que se pretende conhecer em evidencia, destacando-o dos demais objetos que o circundam no mundo, ou seja, é o mecanismo pelo qual o sujeito pretensor do conhecimento renuncia parte do todo, voltando sua toda sua atenção a um ponto específico. Esses cortes são

meramente metodológicos, pondo limites à atividade cognoscitiva do sujeito cognoscente para com seu objeto cognoscivo.

Essas incisões são realizadas dentro de nossas mentes. Tudo é cortado e recortado por nossa intuição sensível, intelectual e emocional, a partir do primeiro instante que nos deparamos com o que pretendemos conhecer. Se nos atentarmos, notaremos que tudo o que observamos já está cortado e recortado por nossa mente, tudo o que observamos já está delimitado. Sem esses cortes não será possível o conhecimento de qualquer objeto.

Tais incisões são de cunho meramente epistemológicos, não interferindo nem influenciando o plano da realidade fenomênica. O dado físico tão somente delimita o objeto que está sendo observado, ou seja, inúmeros cortes analíticos podem ser realizados sobre um mesmo objeto sem nele interferir, sem condicioná-lo. Vale esclarecer também que esse isolamento cognoscivo é sempre intencional: vamos lapidando o objeto até alcançarmos o ponto exato que pretendemos conhecê-lo.

Ao demarcar o objeto, necessário será delimitar o corte de sua classe. Delineando tais limites o intérprete terminará por obter a delimitação das classes que não correspondem ao objeto. Ou seja, ao realizar a divisão analítica separará a classe do objeto delimitado das demais classes de objeto. Mais simples ainda é essa afirmação tangente à separação de classes quando demonstrada por intermédio da lógica clássica, ao apontar que o universo das proposições normativas é diferente do universo das proposições não-normativas, que os mesmos não são passíveis de confusão, por tratar-se de categorias diversas.

Posto isto, podemos afirmar que determinado evento pode o suporte constitutivo de um fato jurídico ou de um fato contábil, mas ambos são diversos entre si, acarretando a impossibilidade de se inscrever o fato econômico como antecedente da

norma individual e concreta, posto que o mesmo carece de significação jurídica. O único fato capaz de implicar o conseqüente normativo será, exclusivamente, o fato jurídico.

Após essa explanação já se faz possível a demarcação da classe dos fatos jurídicos, distinguindo-o da classe dos fatos não-jurídicos, que é onde residem os fatos econômicos, os históricos, os políticos, os sociais etc.

A doutrina mais tradicional sugere certos fatos jurídicos com conotação econômica, como entende Amílcar de Araújo Falcão¹³, que defendeu a interpretação econômica do direito tributário, qualificando-o como “fato jurídico de conteúdo econômico” ou “fato econômico de relevância jurídica”. Afirmações destoadas como essas induzem à idéia da necessidade do direito de fazer uso de fatos econômicos para cumprir com suas obrigações de cunho prescritivo de condutas.

Porém, como já asseveramos, o critério adotado para a realização do corte metodológico é que qualificará o fato. Se o critério adotado for o jurídico o fato será ou jurídico ou não-jurídico, se o critério for econômico o fato será econômico ou não-econômico, no caso de um critério político será, ou um fato político ou um não-político. E igual forma em todos os demais critérios determinantes que a ciência constrói.

3 - Interpretação econômica do direito tributário

A teoria da interpretação econômica nasceu na Alemanha e, segundo ela, o aplicador do direito deve se apegar à realidade econômica que o próprio direito exterioriza. Assim, os atos que possuem iguais efeitos econômicos deveriam, de forma idêntica, ser tributados, independentemente da roupagem jurídica que utilizem.

¹³ Apud AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 214.

Tal método surgiu, no Brasil, no intuito de evitar a elisão fiscal. Em nosso país o maior defensor dessa teoria¹⁴ afirma que o intérprete da norma tributária, ao se deparar com um “abuso” de forma jurídica cometida pelo contribuinte poderia “desenvolver considerações econômicas para a interpretação da lei tributária e o enquadramento do caso concreto em face do comando resultante não só da literalidade do texto legislativo, mas também do seu próprio espírito da *mens* ou *ratio legis*.”

Mas, aduz o autor que, “para admitir-se o emprego do chamado método da interpretação econômica, é preciso que se esteja em presença de uma evasão tributária em sentido estrito, ou seja, da adoção de uma forma jurídica anormal, atípica e inadequada, embora permitida pelo Direito Privado, para a consecução do resultado econômico que se tenha em vista concretizar.”¹⁵

Disso depreendemos que, na linha do pensamento de Amílcar de Araújo Falcão, a interpretação econômica não seria aplicável indiscriminadamente para todas as situações, mas, apenas, para os casos de evasão. Quando a isso, já queremos registrar nossa opinião, no sentido de que, sendo identificada evasão fiscal (ou seja, atos fraudulentos para ocultar a ocorrência do fato jurídico tributário), não se está diante de interpretação econômica, mas de verdadeira interpretação jurídica, que toma por base os elementos jurídicos comprobatórios do fato.

Feita essa ressalva, vale anotar que, juntamente com a teoria da interpretação econômica do direito tributário emergiu, também, a doutrina denominada interpretação finalística do direito tributário, em que o intérprete deve primar sempre pelo escopo da lei, permitindo-se, para tanto, equivaler o fato praticado àquele previsto na hipótese de incidência da norma jurídica tributária, quando seus efeitos forem semelhantes.

¹⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32,33.

¹⁵ Op. cit., p. 35.

Discordamos dessas duas correntes interpretativas.

Entendemos que a “interpretação econômica do direito tributário”, assim como a “interpretação finalística”, não configura um método de interpretação de norma jurídica propriamente dita, mas a equiparação do evento à descrição do fato jurídico tributário, ainda que suas características estruturais sejam distintas. Consideramos que não cabe ao intérprete reconstruir os fatos regulados pelo direito privado. O direito tributário é um direito de sobreposição, quer dizer, toma os fatos e institutos de direito tributário, colocando-os na hipótese normativa para que, quando verificados, desencadeiem efeitos jurídicos. Desse modo, se o fato praticado não se qualificar, juridicamente, nos exatos termos previstos na hipótese normativa (em virtude da eleição de outro fato de direito privado, por exemplo), não há como desencadear-se os efeitos tributários.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de José Artur Lima Gonçalves:

“O legislador ordinário pode eleger negócios privados entabulados entre os particulares, como pressuposto para a instituição e cobrança de determinados tributos de sua competência impositiva. Mas não pode a fiscalização invadir a seara da liberdade privada, para manipular aqueles negócios jurídicos, com o intuito de ‘forçar’ o reconhecimento da ocorrência do fato tributável, deturpando-o em suas peculiaridades. Trata-se de determinação constitucional, que exige o respeito à autonomia da vontade como própria condição de validade do exercício legítimo da competência tributária e da própria atividade administrativa concernente à fiscalização e controle da arrecadação de tributos, que no Brasil se submete, de forma absoluta e incontornável, ao princípio da estrita legalidade ou tipicidade tributária.”¹⁶

¹⁶ Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. *Planejamento tributário Internacional. Justiça Tributária*. Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 423.

Com relação à tradução entre os sistemas do direito e da economia, ressaltamos que o Direito e a Economia são considerados sistemas linguísticos dotados de regras e estruturas próprias, as quais constroem suas próprias realidades, realidades estas incomparáveis e inigualáveis entre si, posto que os objetivos de ambas são distintos perante a sociedade e a forma que desenvolvem seus raciocínios são específicas, isto é, são universos completamente diferentes e que não podem ser alvo de confusão, apesar de serem passíveis de comunicação.

Da mesma forma que, como já afirmamos neste trabalho, inadmitimos a possibilidade de uma tradução perfeita de uma linguagem para outra, também entendemos ser inadmissível a tradução do Direito pela Economia, ou vice e versa. Ou seja, a partir do momento em que construímos os sentidos a partir de um sistema linguístico, um sistema não se transforma em outro por intermédio da interpretação. É impossível a realização de uma interpretação econômica “no” direito. Um economista não pode realizar uma interpretação estrito senso do direito, produzindo, assim, normas jurídicas, posto ser incompetente para tanto. Do mesmo modo, um jurista ou mesmo o aplicador do direito não pode efetuar interpretação econômica para fins de análise ou aplicação do direito tributário: ou o fato é jurídico e, portanto, realizou-se a situação descrita na hipótese normativa, ou nada se tem de relevante no sistema do direito.

CONCLUSÃO

Após tais investigações sobre o tema, concluímos que os fatos, bem como toda construção linguística, são passíveis de uma observação jurídica, histórica, econômica, política contábil etc., conforme o ponto de vista do interprete, do critério por ele utilizado para a realização dos cortes metodológicos, do método que utilizou para delimitar o objeto.

O fato, a partir do instante em que assume o critério jurídico, será tão somente jurídico: será um fato, obviamente, de natureza jurídica. O fato existe em todos os demais ramos da ciência, há fatos históricos, para os historiadores; fatos econômicos, para os economistas; fatos sociais, para os sociólogos, e assim por diante. Mas o tido como jurídico será única e exclusivamente jurídico, pois o direito não faz uso do conceito de fatos das outras disciplinas: ele mesmo é o responsável pela criação da sua realidade, conforme seu inseparável paradoxo autopoiético.

Tanto a classe do jurídico quanto a do econômico fazem parte do universo social, podendo acarretar uma tradição bastante próxima, porém, como já vimos, nunca uma tradução perfeita, ideal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito (o constructivismo lógico-semântico)*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR, Tercio Sapaio *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.
- GUIBOURG, Ricardo. *El fenómeno normativo*. Buenos Aires : Astrea, 1987.
- HEGENBERG, Leonidas. *Saber de e saber que: alicerces da racionalidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- Instituto Brasileiro de. Estudos Tributários - IBET. *Planejamento tributário Internacional. Justiça Tributária*. Max Limonad: São Paulo, 1998.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1994
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o Sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2006.