

FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Tárek Moysés Moussallem¹

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Professor da Faculdade de Direito de Vitória - FDV

“Muitas vezes, olvidam-se os juristas que o direito tributário, antes de ser ‘tributário’, é ‘direito’”
(*Paulo de Barros Carvalho*)

1 - Introdução

Falar sobre “Fontes do direito tributário” em uma obra em homenagem ao Professor PAULO DE BARROS CARVALHO permite-nos render-lhe duas honrarias. A primeira é uma forma de agradecimento e reconhecimento de um discípulo ao seu mestre por tudo até o presente momento ensinado.

A segunda porque nos torna possível mostrar outra faceta do pensamento do Professor Titular da PUC/SP e da USP: a do jusfilósofo e teórico geral do direito.

O leitor mais atento de suas obras sobre direito tributário percebe na primeira linha de seus escritos não se tratar de apenas um “tributarista”.

Apesar do brilho com que trafega nos temas de direito tributário, percebe-se, na base de suas alegações, seu forte e sólido conhecimento de Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Ao escrever sobre “fontes do direito tributário” PAULO DE BARROS CARVALHO demonstra de maneira ímpar a necessidade desse eterno retorno à Teoria Geral e à Lógica Jurídica para, firme nesse supostos, alçar vôo ao ramo especializado do direito tributário.

¹ Agradecemos ao Professor EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI o convite para participar dessa merecida obra em homenagem ao Professor PAULO DE BARROS CARVALHO.

Gostaríamos de registrar que o presente artigo é uma compilação do livro *Fontes do direito tributário* publicado em 2001 e portanto tentei preservar as idéias originais nele contidas.

2 – Sobre o conceito de direito

Discorrer sobre o tema “fontes do direito” requer a definição dos conceitos de “fontes” e de “direito”.

Definir um conceito não é tarefa fácil, mormente quando a palavra possui inúmeros significados como é o caso do verbete “direito”. Em virtude disso, a melhor pergunta a se fazer não é aquela referente ao “conceito de direito”, mas sim, relativa aos sentidos adquiridos pela palavra “direito” de acordo com seu uso pela comunidade lingüística.

O conhecimento é um fato complexo surgido da interação entre pelo menos quatro elementos: (1) sujeito(s), (2) objeto, (3) percepção e (4) proposição. O sujeito, por meio da percepção em seu sentido amplo (tato, olfato, paladar, imaginação, lembrança, experiência prévia, etc), trava contato com objeto para, a partir daí, emitir proposições. Na proposição (linguagem) o conhecimento adquire sua plenitude.

Se perguntarmos ao biólogo, onde ele está dentro do processo de conhecimento, ele responderá que está em (1), também com certa facilidade responderá que a baleia está em (2) e que a Biologia está em (4). Vamos por entre parênteses a questão da percepção por não ser importante para o presente trabalho. Façamos a mesma pergunta a um sociólogo e teremos a resposta: o sociólogo está em (1), a sociedade está em (2) e a Sociologia está em (4).

Perguntemos ao jurista onde está o “direito” nesse processo de conhecimento e poderemos ver, também com certa facilidade, o estado de perplexidade em que se encontrará!

Isso ocorre porque a palavra “direito” está em (1), (2), (3) e (4)!

Usa-se a palavra “direito” tanto para significar o cientista (1), quanto para fazer referência ao objeto (2), quanto para apontar ao sentido (3) e finalmente para denotar (4) as proposições sobre o objeto.

Simple análises das expressões correntes demonstram muito bem o problema e a situação se complica quando empregamos a palavra direito para designar, ao mesmo tempo, o objeto de estudos (2) e o estudo do objeto (4) (CARLOS SANTIAGO NINO). Sem contar todas as variáveis internas a (2) e (4) como direito subjetivo, direito objetivo, direito adquirido, direito líquido e certo, etc.

Isso nos permite distinguir de plano entre direito positivo e Ciência do Direito. Então, a Ciência do Direito estaria em (4) e o direito positivo estaria em (2). Aqui está nada mais nada menos do que a clássica distinção realizada por KELSEN entre *rechtssatz* e *rechtsnorm* que LOURIVAL VILANOVA chama proposição normativa (*rechtssatz*) e norma jurídica (*rechtsnorm*).

Direito positivo e Ciência do Direito são dois fatos dependentes da linguagem com as seguintes características: (a) *direito positivo* - (1) é posto em linguagem na sua função prescritiva; (2) seus enunciados são válidos ou não-válidos; (3) a lógica aplicável é a Lógica Deontica; (4) é isento de contradição no plano sintático mas passível de incoerência nos planos semântico e pragmático; (5) é dotado de unidade; (b) *Ciência do Direito* (1) é vertida em linguagem na sua função descritiva; (2) seus enunciados são verdadeiros ou falsos; (3) a lógica aplicável é a Alética ou Apofântica; (4) deve ser isento de contradição em todos os planos e, por fim, (5) é também dotado de unidade.

A Ciência do Direito é uma linguagem de sobre nível em relação à linguagem do direito positivo e por essa razão são irreduzíveis entre si. Isso nos permite afirmar que a Ciência do Direito (doutrina) como

metalinguagem em relação à linguagem do direito positivo não o altera, não o inova!

Não se há de confundir de um lado o jogo de linguagem da Ciência do Direito, do outro o jogo de linguagem do direito positivo. Sem compossibilidade de alteração recíproca. Em sentido estrito, o cientista não cria normas jurídicas, apenas proposições jurídicas sobre enunciados prescritivos (dados imediatos) advindos de atos de fala dos agentes competentes. *Ao dizer que o jurista “cria” normas jurídicas como produto da interpretação, deve-se também afirmar que o faz apenas para fins epistemológicos, em sentido lógico-transcendental para falar com HUSSERL, não em sentido normativo positivo.* Do contrário, estabelece-se reprovável confusão de planos lingüísticos.

Dizer que a doutrina é “fonte do direito (positivo)” significa instalar reprovável miscelânea entre os planos da Ciência do Direito e do direito positivo. E atento a tal discernimento, PAULO DE BARROS CARVALHO leciona ainda: a doutrina sequer é fonte da Ciência do Direito pois ela é a Ciência. Fonte da Ciência do Direito é o cientista e os métodos por ele empregado.

Mas vale a ressalva adotada por PAULO DE BARROS CARVALHO com arrimo em KELSEN e LOURIVAL VILANOVA: O cientista do direito apenas cria o direito em sentido lógico-transcendental não em sentido jurídico-positivo. Essa última função é encargo da “fontes do direito” dentro da auto-referência do sistema normativo.

3 – A metáfora: fontes

A locução “fontes do direito” demonstra uma impropriedade: qual o sentido da palavra “direito”? Apressamo-nos em dizer que nos referimos ao sistema do direito positivo. Entretanto nada impediria que inquiríssemos

sobre as fontes da Ciência do Direito, sobre fontes do direito internacional, fontes do direito subjetivo, acerca das fontes do direito objetivo, etc.

Também, o sentido metafórico que adquire a palavra “fontes” na Ciência do Direito favorece inquestionavelmente a sua plurivocidade significativa.

Da cópula entre as palavras “fonte” e “direito”, não é difícil constatar que o nascedouro do “direito” altera-se de acordo com a ciência que o investiga.

Apenas para exemplificar: o sociólogo não enxerga outra origem para o “direito” que não a própria sociedade, ou melhor, o fato social, entre eles o costume. Para a História, o “direito” não é senão fruto de conquistas ao longo do tempo. Assim, diz-se que são produtos históricos a democracia, a liberdade, a igualdade, etc. Por sua vez a Psicologia vislumbra na mente humana a força motriz para a criação do “direito”, é campo fértil às suas investigações os motivos psicológicos que levaram o legislador a produzir uma lei (reduzir a criminalidade, diminuir a sonegação, amenizar os delitos de trânsito, etc.), ou um juiz a proferir uma sentença “x”, em virtude de tal ou qual doutrinador, citado em uma petição, tê-lo influenciado. Do ponto de vista político, perguntar-se-ia qual fonte deveria-ter determinado ordenamento ou que fonte seria a mais conveniente.

Não bastasse, no interior da Dogmática Jurídica (Ciência do Direito em sentido estrito) a expressão “fontes do direito” é anfibológica, o que requererá minuciosa imissão nas estruturas diacrônicas do sistema do direito positivo, para ali detectarmos o que entender sobre “fontes do direito”.

Mas antes de nos adentrarmos no esquadramento das “fontes do direito”, resta-nos uma observação: sendo o sistema do direito positivo dotado de unidade, o seu processo de produção é homogêneo, ou seja, tanto

para normas tributárias, quanto para normas processuais, penais, etc, a estrutura de produção é sempre a mesma.

O processo de criação normativa é único porque é regido por um núcleo normativo originário, ou seja, um conjunto de normas que instituem os órgãos básicos e os procedimentos de produção normativa no interior do sistema.

Disso resulta inevitável que o tratamento das “fontes do direito” esteja impregnado de uma certa formalidade, tornando clara nossa opção pelo exame do plano sintático do sistema do direito positivo.

Desse modo, o conceito de “fontes” a ser estudado, encontra-se intrinsecamente ligado ao conceito de direito outrora estipulado como sendo o conjunto de normas jurídicas válidas em um dado tempo e espaço.

O objetivo da investigação é como o sistema do direito positivo, como sistema auto-referente que é, movimenta-se, por entre suas estruturas, para a produção de suas unidades.

Dada a focalização estrutural a ser empregada, objetivaremos descrever a fenomenologia do processo de criação normativa, do ponto de vista da Dogmática Jurídica, para posteriormente trazê-la aos lindes do direito tributário.

Nunca é demais lembrar que o estudo a respeito das “fontes do direito” a ser realizado é de capital importância para qualquer investida dogmática sobre o direito positivo, uma vez que, a partir da sua acurada esquadrihadura, o jurista estará munido de ingente arsenal para o deslinde da grande maioria dos temas (qualquer transformação do sistema do direito positivo) hoje ainda obscuros tanto na Ciência do Direito quanto na prática forense.

4 – O direito positivo regula sua própria criação

É usual a distinção entre regra de estrutura e regra de comportamento.

NORBERTO BOBBIO, idealizador da classificação em tela, reconhece que o ordenamento, ao lado de regular o comportamento das pessoas, prescreve também o modo de produção normativa. Esta última é denominada norma de estrutura (normas para produção de outras normas) e aquela, norma de conduta.

Tomando como ponto de partida a brilhante classificação levada a cabo pelo jurista italiano, buscaremos ampliá-la para que possa ser aplicada aos lindes do presente trabalho. Isso porque somos levados a entrever normas de estruturas que não se referem ao modo de produção normativa, mas sim à forma de revisão de outras normas do conjunto.

Assim é que classificaremos as normas em (1) norma de produção jurídica, (2) normas de revisão sistêmica e (3) norma de conduta.

Cabe de pronto ressaltar que toda norma jurídica tem como vetor semântico a conduta humana. Dirige-se à conduta humana como escopo final (norma de conduta), volta à conduta humana com a finalidade de pautar a produção normativa (norma de produção normativa), ou dirige-se imediatamente a uma norma para mediamente regular a conduta humana (norma de revisão sistêmica).

Para classificarmos as unidades do direito positivo em normas de condutas, normas de produção normativa e norma de revisão sistêmica, tenhamos em mente o *efeito do ato de aplicação de uma norma*: (1) quando a aplicação da norma N_1 tiver como efeito imediato e mediato regular uma conduta C , chamaremos N_1 de *norma de conduta*; e (2) quando a aplicação de uma norma N_1 tiver como objetivo regular uma conduta C para imediatamente produzir uma norma N_2 , chamaremos N_1 de *norma de*

produção normativa; (3) quando a aplicação de uma norma N_1 tiver como escopo principal, não uma conduta humana, mas a modificação ou extinção de uma norma N_2 , estaremos diante de uma revisão do sistema do direito positivo e passaremos a designá-la *norma de revisão sistêmica* (DANIEL MENDONÇA). Nesta, o efeito imediato é a norma N_2 , a conduta é o efeito mediato.

A norma de produção normativa N_1 é quem regula a produção de uma norma N_2 ao ser aplicada no momento de produção desta. *Aplica-se a norma de conduta ou a norma de revisão sistêmica somente ao se aplicar norma de produção normativa.*

Atente-se, nada obsta a que a norma produzida pela aplicação da norma de produção normativa seja norma inovadora no sistema (norma de expansão sistêmica), isto é, que não recaia sobre nenhuma norma anterior. Mas pode ser também norma de revisão sistêmica (norma revogatória) que sempre opere sobre norma anterior preexistente (pré-válida).

São as normas de produção normativa e as normas de revisão sistêmica que outorgam o caráter de auto-referência ao sistema do direito positivo, funcionando como regras gramaticais do sistema lingüístico do direito positivo que, da mesma forma que os demais sistemas lingüísticos, possui regras de formação e transformação de enunciados.

É de notabilizar a importância das normas de produção normativa como responsáveis pelo estabelecimento de “regras” para se jogar o jogo lingüístico do direito positivo. Uma “jogada” (criação, expulsão ou transformação de normas) no jogo do direito positivo só será permitida se quando elas forem observadas.

Em suma: *jogar o jogo de linguagem do direito positivo é aplicar suas normas de produção normativa.* A aplicação das normas sobre produção normativa é que torna possível a criação normativa.

Nesse sentido registra KELSEN em notável trocadilho: “Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. Aplicação do Direito (sic) é simultaneamente produção do Direito (sic)”.² Daí advém a máxima: o direito regula sua própria criação.

Aplicar é *ato de fala* de criação normativa, é realizar a incidência da norma, enfim, é *fazer-ser* o direito positivo. Aqui surge o homem como agente produtor do direito (competente) constituído pelo próprio produto do ato: a norma jurídica.

Como exemplos de normas de conduta temos as regras-matrizes de incidência dos mais variados tributos e as normas que veiculam deveres instrumentais.

São tidas como normas de produção normativa aquelas que outorgam competência, que estabelecem procedimentos legislativos, administrativos e judiciais.

São normas de expansão sistêmica as sentenças condenatórias (aplica-se norma de conduta), as declaratórias de existência de relação jurídica (declaração de paternidade), a lavratura do auto de infração e a elaboração legislativa sobre matéria até então não regulada. Como exemplos de normas de revisão sistêmica temos os enunciados-enunciados de uma sentença que declare a inexistência de uma relação jurídica, um acórdão em uma Ação Rescisória, um acórdão em uma Apelação, um acórdão do Supremo Tribunal Federal que em Ação Direta declare a inconstitucionalidade de uma outra norma e a retificação do lançamento tributário.

² *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 260.

5 – O problema das “fontes do direito” dentro da dogmática jurídica: análise doutrinária

Sob o pretexto de se realizar Dogmática Jurídica, o problema das fontes do direito tem sido colocado e resolvido normalmente recorrendo-se à *lei*, ao *costume*, à *doutrina* e à *jurisprudência*.

No Brasil, normalmente, os manuais não dedicam muitas páginas ao assunto, a ponto de afirmarem, quase que de forma unânime, serem os fatores acima descritos as “verdadeiras” fontes do direito.

No âmbito do direito tributário, não se dá diferente, pelo contrário, agrava-se: a doutrina, em sua maioria, é taxativa em afirmar a lei como fonte única e exclusiva do direito tributário.

Isso ocorre por razão do princípio constitucional da estrita legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal) por ser vedada à União, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição ou o aumento de tributos que não seja por *lei*.

Mais uma vez, a razão parece-nos estar com BECKER que, ao detonar severas críticas ao pensamento tradicional no seu “sistema dos fundamentos óbvios”, deslocava o problema para aquilo que todos consideravam inerentes de dúvidas, como é o caso das “fontes do direito”.

A inocente redução do estudo das “fontes do direito” à lei, ao costume, à doutrina e à jurisprudência tolhe a visão maior do fenômeno da produção normativa e da aplicação do direito, a ponto de tornar supérflua a própria gênese normativa, mascarando-se por “fundamentos óbvios” os critérios para que um fato extrajurídico ingresse, por meio do antecedente de uma norma concreta sintaticamente válida, no ordenamento jurídico.

Ligeira vista d'olhos na doutrina demonstra a razão da atitude de BECKER e corrobora a lição de que os juristas são peritos em inventar debates estéreis (GUIBOURG).

Costuma-se distinguir inutilmente entre “fontes primárias” e “fontes secundárias”: fontes primárias seriam a lei e a jurisprudência e fontes secundárias seriam o costume e a doutrina. Que significa “fontes primárias” e “fontes secundárias”?

Também costuma se separar “fonte formal” da “fonte material”. Aqui a liberdade intelectual do jurista alcança alto grau de fertilidade e, sem exagerar, cada qual chama por “fonte formal” e “fonte material” aquilo que bem entende colocando o leitor em situação de verdadeira perplexidade.

O resultado do mistifório conceptual encontra-se representado nas mais variadas acepções que a expressão figurativa “fontes do direito” experimenta: (1) o conjunto de fatores sociais, políticos, religiosos, econômicos que influenciam a formulação normativa; (2) os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas); (3) o fundamento de validade de uma norma jurídica - pressuposto da hierarquia; (4) o órgão credenciado pelo ordenamento; (5) o procedimento (atos ou fatos) realizado pelo órgão competente para a produção de normas – procedimento normativo; (6) o resultado do procedimento – documento normativo.

Algumas luzes são trazidas pelas posições de KELSEN, LOURIVAL VILANOVA e PAULO DE BARROS CARVALHO, que pedimos *venia* para discorrer.

KELSEN chama a atenção para o caráter figurativo e altamente ambíguo da expressão “fontes do direito”, pois é empregada para designar os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu

sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas), mas também para caracterizar o fundamento de validade do Direito e, sobretudo, o fundamento final.

Nesse último sentido, o mestre de Viena afirma que “toda norma jurídica é ‘fonte’ de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada”.³ Esta seria a norma inferior e aquela a norma superior. Nesse pormenor KELSEN emprega a palavra “fonte” no sentido de “fundamento de validade”.

Dentro de sua brilhante coerência de raciocínio, KELSEN reconhece na Constituição o fundamento de validade maior do ordenamento. Desse modo, a Constituição regularia a criação de toda a legislação pertencente ao sistema do direito positivo; a legislação (Códigos Processuais, Tributários, Comerciais, Cíveis, etc.) seria “fundamento de validade” da decisão judicial nele baseado; esta por sua vez seria a “fundamento de validade” do dever imposto à parte, e assim sucessivamente.

Aqui se encontra a origem da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico avistada por KELSEN. Por esse prisma, somente haverá hierarquia entre normas se uma for o fundamento de validade da outra.

Na visão kelseniana, sob a máxima de que o “direito regula a sua própria criação”, não há possibilidade de a “fonte” do direito não ser outra que não o próprio sistema do direito positivo. Reiteramos que KELSEN emprega a locução fontes do direito no sentido de fundamento de validade.

Com algumas modificações, esse foi também o caminho percorrido por LOURIVAL VILANOVA que, em sua aparente visão bidimensional do direito (norma e fato), leciona como *conceito dogmático de fonte* o modo de produção normativa estabelecido pelo próprio ordenamento.

³ *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 258/259 .

Ensina com rigor que só importa ao jurista, no fazer Ciência do Direito, a fonte técnica ou fonte formal que denomina como “aquela de onde dimanam normas com força vinculante para os indivíduos-membros e para os indivíduos-órgão da coletividade”.

Registre-se: o professor pernambucano denomina fontes formais tanto as normas que regulam a produção normativa quanto aquelas formas prescritas pelo ordenamento para lançar normas no sistema do direito positivo. Estas (fontes formais) não se confundem com os fatos produtores de normas.

Na esteira de seu pensamento, as normas não derivam de normas. O processo de criação do direito não é um processo inferencial-dedutivo do qual de uma norma N_1 sacamos a norma N_2 . Pelo contrário, o direito positivo, como sistema nomoempírico-prescritivo, dirige-se à [linguagem da] realidade social para torná-la jurídica e criar norma.

Explica com precisão cirúrgica:

“As normas de organização (e de competência) e as normas do ‘processo legislativo’, constitucionalmente postas, incidem em fatos e os fatos se tornam jurídicos. O que denominamos ‘fontes do direito’ são os fatos jurídicos criadores de normas: fatos sobre os quais incidem hipóteses fácticas, dando em resultado normas de certa hierarquia. Assim, as normas, potencialmente incidentes sobre a classe de fatos que delinearão, *resultam de fatos que, por sua vez, são qualificados como fatos jurídicos por outras normas do sistema* [grifos do autor]”.⁴

Portanto, constata-se duas espécies de fontes no pensamento de LOURIVAL VILVANOVA: as normas de produção normativa, sobre-normas, ou ainda normas de estruturas [normas de produção normativa] como fontes formais que juridicizam o fato-procedimento e o fato-agente, fazendo-os lançar normas no sistema do direito positivo. Aos fatos

jurídicos designa fontes materiais. De ver está que o saudoso mestre da Faculdade de Direito do Recife usa a expressão “fontes formais” tanto para designar o “fundamento de validade” quanto para significar os “instrumentos” previstos no sistema normativo para fazer a inserção de outras regras.

PAULO DE BARROS CARVALHO, seguindo a trilha do mestre LOURIVAL VILANOVA, compreende por fontes do direito os órgãos credenciados pelo sistema do direito positivo para produzirem normas, bem como a própria atividade desenvolvida por esses órgãos, tendo em vista a produção normativa. Em suma: fontes do direito seriam os fatos jurídicos produtores de normas. Os fatos jurídicos produtores de normas seriam aqueles juridicizados por normas de estrutura e não por normas de comportamento, o que de plano rechaça a possibilidade de o fato jurídico tributário ser fonte do direito.

Semelhante à posição de LOURIVAL VILANOVA, vislumbra o mestre paulista que o “estudo das fontes está voltado primordialmente para o exame dos fatos que fazem nascer regras jurídicas, advertindo desde logo que tais eventos só assumem essa condição por estarem previstos em outras normas”.

Assim, discorda da doutrina que toma o produto da atividade legislativa como fonte do direito, dizendo que “afirmar ser a lei fonte do direito positivo não significa mais do que postular que normas criam normas, direito cria direito, numa proposição evidentemente circular, que deixa o primeiro termo como resíduo inexplicável”.⁵

Assim como a lei é produto de fonte do direito, a jurisprudência, os contratos, os atos administrativos também o são e não podem ser considerados como fontes do direito.

⁴ *Causalidade e relação no direito*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 24.

⁵ *Idem*, *ibidem*.

Daí surge a crítica à dualidade *fontes formais/fontes materiais*. Estas seriam as fontes do direito, enquanto aquelas não seriam fontes propriamente ditas, mas, sim, regras jurídicas das quais as normas cuja produção foi por elas regulamentada extrairiam seu fundamento de validade.

Daí preferir a locução *veículo introdutório de normas jurídicas* à fonte formal.

6 – Norma gerais, individuais, abstratas e concretas

Tratar o direito positivo como conjunto de preceitos de geral observância é um equívoco.

Ao lado das normas gerais e abstratas, coexiste imensa gama de normas individuais e concretas. Sem estas, a conduta humana restaria não regulada em virtude de aquelas não terem condições efetivas de atuação em um caso materialmente definido.

A doutrina tradicional, ao versar sobre o tema, restringe a análise da norma apenas ao seu antecedente, efetuando reprovável reducionismo. Se a norma possui a estrutura lógica do condicional, imperioso se faz a verificação das duas proposições componentes – o antecedente e o conseqüente.

A norma será abstrata ou concreta, quando analisada sob o prisma do antecedente.

A norma será abstrata, quando, em seu antecedente normativo, houver apenas “a indicação de classes com as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico ...”.⁶

Como o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor lingüístico, existir um fato jurídico. O

⁶ *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 129

antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito.

Fala-se em norma concreta quando a situação fáctica descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade lingüística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil. Trata-se aqui de um enunciado denotativo, referente a *um* evento concretamente ocorrido e relatado em linguagem competente (fato) subsumido ao enunciado conotativo.⁷

No tocante aos atributos geral e individual, aponta-se para a análise do conseqüente normativo, mais precisamente para o sujeito passivo, pois o sujeito ativo (no caso do subsistema do direito tributário) quase sempre é determinado na norma hipoteticamente posta.

A norma é geral quando o sujeito passivo é indeterminado, e individual quando os sujeitos da relação jurídica são perfeitamente determinados.

Como exemplos de normas gerais e abstratas temos a regra-matriz de incidência tributária⁸, a norma de isenção, a norma de dever instrumental, a norma de competência, etc. Já exemplos de normas individuais e concretas poderiam ser a sentença, os lançamentos, os autos de infrações, os contratos, etc.

⁷ O próprio PAULO DE BARROS CARVALHO leciona que “É clássico e tradicional o enunciado de que o fato se subsume (sic) à norma jurídica, propagando-se os efeitos de estilo. O modo de dizer, embora cediço, não está corretamente formulado. A subsunção, como operação lógica que é, só se opera entre iguais. Em homenagem à precisão que devemos incessantemente perseguir, o certo é falarmos em subsunção do conceito de fato ao conceito de norma e, toda vez que isso acontece, com a conseqüente efusão de efeitos jurídicos típicos, estamos diante da própria essência da fenomenologia do direito.” (*Curso de direito tributário*, São Paulo : Saraiva, 1998, p. 173)

⁸ Como sabido, a expressão *regra-matriz de incidência tributária* é da lavra do Professor Paulo de Barros Carvalho que designa a norma jurídica tributária em sentido estrito. Como norma jurídica que é, possui a estrutura sintática inerente a toda norma jurídica, adequada à matéria tributária. Assim é que possui o seguinte esquema: (1) a *hipótese tributária* (critérios para a aferição do fato jurídico tributário) que é composta por um critério material (verbo + complemento), um critério espacial (condicionante de lugar) e um critério temporal (condicionante de tempo) e (2) um *conseqüente* composto de um critério pessoal (sujeitos da relação jurídica obrigacional – sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (indicador da fórmula de determinação do objeto da prestação) do qual consta a base de cálculo (grandeza mensuradora de aspectos da materialidade da descrição fáctica contida na hipótese) e a alíquota (fato que se conjuga à base de cálculo para a determinação do valor da dívida pecuniária).

7 – Enunciação e enunciado

O trato do direito positivo como um fato institucional ao modo de JOHN SEARLE, acaba por permitir ao jurista empregar recursos advindos de outras searas científicas para compreender o fenômeno jurídico.

Dentre os instrumentais existentes em outras ciências culturais, os mecanismos utilizados na Semiótica para a análise do discurso exerce função primordial no tema das fontes do direito, mormente no que tange aos conceitos de enunciação, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado.

Suponha-se que os alunos de uma escola, ao ingressarem na sala de aula, deparem-se com o seguinte recado colocado no quadro negro:

AVISO:
Amanhã não haverá aula de História devido à grave doença a que está acometido o professor da cadeira.
Vitória, 19 de maio de 2004.
Ass: a Coordenação

Nenhum dos alunos presenciou o ato da escrita do aviso. Deparam-se com o “aviso”, mas não com o ato de sua produção. Em termos mais rigorosos, defrontam-se com o enunciado não com a enunciação.

Mas, afinal, que é um enunciado? Que é enunciação? Qual a diferença entre eles?

Vários são os sentidos atribuídos à palavra “enunciado”. Na linha de pensamento de GREIMAS & COURTÉS “se entende por enunciado toda magnitude provida de sentido da cadeia falada ou do texto escrito, prévia a qualquer análise lingüística ou lógica”.⁹

⁹ *Dicionário de semiótica*, p. 146.

Por isso, o *enunciado* deve ser construído de acordo com as regras lógicas e empíricas do sistema lingüístico a que pertence, para que a partir dele se possa construir a *proposição*. Então, o enunciado seria o suporte físico (marcas de tinta no papel), uma oração bem-construída dotada de sentido. Ao sentido composto denomina-se *proposição*.¹⁰

A existência do enunciado pressupõe a execução de um ato que coloca a língua em funcionamento. Ao ato mesmo de produção de enunciados chama-se *enunciação*.

A enunciação instaurará elementos fundacionais da pessoa, do tempo e do espaço do discurso, uma vez que ela é o marco fundamental da produção do enunciado. *Todas as categorias de pessoa, espaço e tempo presentes no discurso tomam como referência o ato de enunciação*.

A enunciação se opõe ao enunciado como um processo a seu produto, algo dinâmico em contraposição ao estático. Todo enunciado pressupõe enunciação.

Na leitura do tipo exemplar acima, a enunciação é o ato de produção do “aviso”, ou seja, o evento de o produtor do texto ter tomado o giz ou o pincel e ter colocado o aviso no quadro negro. Esse ato de enunciação se esvaiu no tempo e no espaço com todas as circunstâncias daquele momento (poderia estar chovendo ou não, estar nervoso ou não, com camisa ou sem camisa) que se deu em 19/05/2004 na cidade de Vitória/ES.

Ainda no exemplo acima, o enunciado, ou melhor, enunciados são as próprias orações bem-construídas de acordo com as regras da língua portuguesa que vão desde a palavra “Aviso” até a palavra “Coordenação”.

¹⁰ Assim é que vários enunciados distintos como “José tem um carro verde” e “O carro verde pertence a José” permitem a composição da mesma proposição (relação pluri-unívoca). Da mesma forma, de um mesmo enunciado pode-se construir várias proposições como é o caso deste “A manga é verde” (relação uni-plurívoca). Veja-se que em ambos os casos a existência do enunciado tem como pressuposto o sentido-sintático a que se refere LOURIVAL VILANOVA em seu célebre artigo *Teoria das formas sintáticas*: anotações à margem de Husserl inserido na coletânea *Escritos jurídicos e filosóficos*, p. 93 e seq. Não se pode denominar enunciado a estes: “tem verde um João carro” ou “Imperador se quando então amanhã”. Constituem-se num sem-sentido sintático.

A partir desse pressuposto, dois conjuntos de enunciados distintos saltam aos olhos: um que se volta à pessoa, ao espaço e ao tempo da produção do texto e outro que nada tem que ver com a produção do texto.

Ao primeiro a Semiótica denomina *enunciação-enunciada* e ao segundo *enunciado-enunciado*.

A enunciação-enunciada são as marcas de pessoa, espaço e tempo da enunciação projetadas no enunciado.

Na enunciação-enunciada estão contidos aquilo que KATHERINE KERBART-ORECCHIONI denomina “fatos enunciativos”, isto é, as unidades lingüísticas, qualquer que seja sua natureza, que funcionam como índices da inscrição no seio do enunciado dos protagonistas do discurso e da situação de comunicação, inseridas as coordenadas espaço-temporais.¹¹

No exemplo fornecido, pertencem à enunciação-enunciada a pessoa que produziu o enunciado (a Coordenação), o tempo (19/05/2004), o espaço (Vitória), bem como outras circunstâncias que se remetem à enunciação como a sala de aula ser do Colégio Sagrado Coração de Maria ou da Universidade Federal do Espírito Santo, além do próprio fato da doença do professor.

O enunciado-enunciado é a parte do texto desprovida das marcas da enunciação. É o enunciado(s) veiculado pela enunciação-enunciada. No exemplo dado, o enunciado-enunciado é composto pela oração “Amanhã não haverá aula de História”.

A enunciação é um ato fugaz ao qual, na maioria das vezes, o interlocutor não tem acesso. É pressuposta pelo enunciado, no qual deixa marcas ou pistas que permitem recuperá-la.

DIANA LUZ PESSOA DE BARROS é concludente ao dizer que “reconstrói-se a enunciação de duas perspectivas distintas e complementares: de dentro para fora, a partir da análise interna das muitas

¹¹ *La enunciación*, p. 41.

pistas espalhadas pelo texto; de fora para dentro, por meio das relações contextuais – intertextuais do texto em exame”.¹²

Interessa ao presente trabalho a reconstrução de dentro para fora. Por meio da análise interna do texto recompõe-se o efêmero ato de enunciação. A parte do texto que fornece os fatos enunciativos pelo quais se reconstitui a enunciação chama-se enunciação-enunciada.

Por isso, a enunciação-enunciada acaba por *constituir* o sujeito, o espaço e o tempo da enunciação.

No esquema acima exemplificado, é a partir da enunciação-enunciada que se saberá quem, quando e onde se escreveu o enunciado-enunciado.

A alteração em qualquer desses dados altera completamente o sentido da mensagem. Basta pensar em apagar, por exemplo, a data estampada na enunciação-enunciada para deixar perplexo o enunciatário. Todos percebem a importância e o perigo da substituição da pessoa estampada na enunciação-enunciada por outra sem aptidão para emitir o enunciado. Imagine-se um aluno não circunspecto alterando o nome do emissor da mensagem.

Aqui está a linguagem, sem intermitência, a instaurar simulacros da realidade na consciência humana.

8 – O fato jurídico

Como dissemos anteriormente, a linguagem do direito positivo dirige-se sempre à linguagem da realidade social, seja para regular conduta de forma estrita, seja para regular condutas com o escopo de produzir normas jurídicas.

¹² *Teoria semiótica do texto*. 3ª ed. São Paulo : Ática. p. 83

De acordo com PONTES DE MIRANDA: “*Fato jurídico* é o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica”.¹³

Adequando a célebre lição ponteana ao presente trabalho, teríamos: com a incidência da linguagem normativa, a linguagem da realidade social, colorida por ela (= juridicizado), entra no mundo jurídico.

Então, fato jurídico é o resultado da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem da realidade social, só possível pelo ato de aplicação do direito.

Através do ato de aplicação, o fato social torna-se jurídico e ingressa no sistema do direito positivo.

É fulgurante a lição do mestre LOURIVAL VILANOVA: “Não há fato jurídico ‘fora’ de sistema normativo”.¹⁴

Para adentrar no sistema do direito positivo, o fato social (agora juridicizado) sempre estará localizado no antecedente de uma norma concreta.

Cumpre-nos lembrar que a norma abstrata não contém no seu antecedente o fato jurídico, mas unicamente os critérios para sua identificação. Ao contrário, a norma concreta encerra no seu antecedente o fato jurídico. A norma abstrata enuncia a *conotação* do fato (notas), enquanto a norma concreta compreende a *denotação* do fato jurídico.

Com isso evitamos a diversidade *fato abstrato* e *fato concreto*. Esta expressão, além de redundante, apresenta confusão, uma vez que, todo fato é o revestimento lingüístico de um “evento concreto”.

Em suma: o fato jurídico é o enunciado protocolar resultante de ato de aplicação que executa a incidência da linguagem normativa sobre a

¹³ *Tratado de direito privado*, vol IV, Rio de Janeiro : Borsói, 1954, p. 77.

¹⁴ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 22.

linguagem da realidade social, localizado no antecedente de uma norma concreta.

Nessa dinâmica, o direito positivo vai passando de sua abstração e generalidade para uma concretude em direção à linguagem da realidade social.

9 – O fato jurídico na enunciação-enunciada e o fato jurídico no enunciado-enunciado

Ao afirmarmos que o fato jurídico se encontra no antecedente de uma norma concreta, impende dissociar o fato jurídico localizado no antecedente do veículo introdutor (enunciação-enunciada) do fato jurídico localizado no antecedente de uma norma concreta posta pelo veículo introdutor (enunciado-enunciado).

Alerte-se que, no caso de o veículo introdutor lançar norma abstrata, não há que se falar em fato jurídico no enunciado-enunciado: é o caso da Constituição Federal, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária.

Tomemos como exemplo o documento normativo chamado “auto de infração”. Desconsideraremos aqui a aplicação da penalidade, analisando tão só a norma que dispõe sobre a cobrança do tributo.

O veículo introdutor consubstancia-se em uma norma concreta e geral que dispõe no seu antecedente a realização do procedimento estabelecido no ordenamento jurídico (procedimento fiscal) por um agente competente (agente fiscal), além do local e do momento em que se deu a sua lavratura. No seu conseqüente, situa-se a obrigação de toda a comunidade respeitar as disposições contidas naquele documento normativo (auto de infração).

O veículo introdutor é construído a partir da leitura da enunciação-enunciada (entendida aqui como suporte físico) e é resultado da aplicação da norma sobre produção jurídica.

Distinta da norma veículo introdutor é a norma tributária individual e concreta que é resultado da aplicação da regra-matriz de incidência tributária.

A norma tributária individual e concreta traz no seu antecedente o fato jurídico tributário e no seu conseqüente a relação jurídica estabelecida entre o sujeito ativo individualizado (União Federal, Estado de São Paulo, Estado do Espírito Santo, Município de São Paulo, Município de Vitória, etc.) e o sujeito passivo, também individualizado (João, José, sociedade empresária “x”), na qual este tem o dever de pagar o tributo e aquele o direito subjetivo de recebê-lo.

A norma tributária individual e concreta é construída a partir da leitura dos enunciados-enunciados e é resultado da aplicação de uma regra-matriz de incidência tributária.

Atente-se: uma coisa é o fato jurídico localizado no enunciado-enunciado (fato jurídico tributário), fruto da aplicação da regra-matriz de incidência tributária (fundamento de validade); outra, completamente distinta, é o fato jurídico situado na enunciação-enunciada, fruto da aplicação das normas sobre produção normativa (fundamento de validade) que tem por efeito estabelecer a obrigação de a comunidade observar as disposições prescritivas.

Daí PAULO DE BARROS CARVALHO entender o fato jurídico tributário *“como um enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de*

positivação do direito”. (grifos do autor)¹⁵ E mais: tal fato não é apto a criar normas jurídicas porque não é juridicizado por normas de estrutura.

Na mesma linha de raciocínio desse ilustre jurista, podemos afirmar que fato jurídico localizado no antecedente do veículo introdutor será sempre um enunciado protocolar, denotativo, resultante da aplicação da norma sobre produção jurídica, responsável pelo processo de positivação do direito (enunciação).

Esse fato jurídico é o fato enunciação-enunciada da produção normativa. Esta (produção normativa) será reconstruída por meio daquele (fato enunciação-enunciada) com o auxílio das provas em direito admitidas.

10 – A enunciação e o fato jurídico na enunciação-enunciada. A enunciação como fonte.

Vimos que o sistema do direito positivo, como sistema auto-referente, dispõe de normas que regulam a produção normativa, entre elas, a própria norma secundária, a norma de competência, a norma de procedimento e norma sobre a produção jurídica propriamente dita.

Ocorre que, durante a atividade de enunciação, não se pode falar em incidência das normas sobre produção normativa. Isso porque, a incidência tem por efeito a linguagem da facticidade jurídica assentada no antecedente de uma norma individual.

Antes da incidência e sem norma concreta, não há que se falar em fato jurídico. *Não há fato jurídico fora de norma jurídica.*

A aplicação/incidência da norma de produção normativa sobre a linguagem da realidade social tem por consequência a produção de uma norma concreta e geral denominada veículo introdutor.

¹⁵ *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 105.

Não entendemos por fonte do direito o fato jurídico enunciação-enunciada contida no antecedente do veículo introdutor. Esse fato, sendo jurídico, encontra-se localizado no interior do sistema do direito positivo e portanto, não pode ser produtor de norma jurídica. Ele pertence à norma jurídica e, como sabemos, norma não cria norma. Por isso a fonte do direito não pode ser o fato jurídico produtor de normas.

O fato produtor de normas é a enunciação, ou seja, a atividade exercida pelo agente competente. Falamos em fato-enunciação porque a atividade de produção normativa é sempre realizada por atos de fala (J. L. AUSTIN).¹⁶

Não podemos denominar a enunciação de fato jurídico, pois jurídico é aquele fato que sofreu incidência normativa, que, como dissemos, só sobrevém com o ato de aplicação do direito, transfigurado no seio de uma norma concreta.

Na atividade de produção normativa não há ainda norma jurídica, logo não há se falar em fato jurídico produtor de normas.

Não nos parece haver fato jurídico produtor de norma, mas tão só fato procedimental (enunciação) sem o qualificativo “jurídico”.

Já dissemos que o procedimento (enunciação) é um objeto dinâmico só atingível pela operação de catálise. A aproximação do sujeito ao procedimento só é executável pelas marcas da enunciação deixadas no enunciado (fatos enunciativos componentes da enunciação-enunciada). O procedimento só é alcançável partindo-se do produto.

Por isso não é demais afirmar que só teremos acesso ao procedimento de produção normativa após a publicação do documento

¹⁶ Ato de fala por sua vez é uma ação realizada mediante linguagem (função performativa da linguagem). Assim ocorre com a ação de desculpar-se, casar-se, apostar, prometer e também legislar. Lembremos para este último caso que não há norma jurídica sem linguagem.

normativo. Antes da publicação, não há enunciado prescritivo que interesse ao cientista dogmático.¹⁷

Com a publicação do documento normativo é que terá início a empreitada dogmático-científica para identificar a atividade de produção jurídica.

A publicação é requisito jurídico imprescindível para a existência/validade da norma, pois é através dela que o sistema do direito positivo outorga competência aos destinatários, fazendo com que toda a comunidade habite a sua linguagem e faça parte do seu jogo.

Apesar de parecer paradoxal, o conhecimento do fato produtor (fonte do direito) de enunciados prescritivos (produto) só se torna tangível após a publicação deste último.

É como se o sistema do direito positivo captasse tudo aquilo produzido pelos seus órgãos competentes e posteriormente exercesse uma espécie de filtragem para identificar os enunciados que foram gerados em conformidade com as suas normas de produção normativa (fundamento de validade). É a auto-referência do sistema do direito positivo.

Não hesitamos em afirmar, que o fato produtor de norma é fenômeno jurídico porque produz direito e não porque como tal é regulado pelo direito preexistente (VEZIO CRISAFULLI).

O fato produtor de norma (enunciação) interessa à Ciência do Direito não enquanto fato jurídico, até mesmo porque não o é, mas somente porque dele depende o nascimento de normas jurídicas.

A partir da linguagem do veículo introdutor (enunciação-enunciada), reconstruímos a linguagem do procedimento produtor de enunciados (enunciação), e realizamos o confronto entre esta e a

¹⁷ Cf. interessante julgado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido de que não há possibilidade jurídica de se controlar abstratamente a constitucionalidade de norma ainda em votação pelo órgão competente de acordo com o julgamento pronunciado na ADIn n.º 4662 em 03/04/91 e publicado no DJ de 10/05/91.

linguagem da norma de produção normativa (fundamento de validade do veículo introdutor) para aferirmos se a produção normativa se deu ou não em conformidade com o prescrito no ordenamento.

Mais uma vez, a teoria das provas cumprirá uma fundamental tarefa no direito. São as provas que dirão se o procedimento efetuado se encontra de acordo com o disposto nas normas de procedimento.

11 - A hierarquia dos veículos introdutores

Na esteira do pensamento de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, o estudo da teoria das fontes proporciona “uma série de regras estruturais do sistema do ordenamento que dizem respeito à entrada de uma norma no conjunto, portanto, ao seu reconhecimento como jurídica”.¹⁸

Essas regras não são fontes do direito, mas conformadoras de normas jurídicas que prescrevem critérios identificadores do órgão e do procedimento competentes para inserirem documentos normativos (através de veículos introdutores) no sistema.

Por isso é que uma norma N_1 , que regula a produção normativa ao determinar o órgão e o processo de produção de uma norma N_2 , é tida como fundamento imediato de validade desta. A norma N_2 , ao regular a produção da norma N_3 , será o fundamento de validade desta, e assim o direito positivo vai efetivando o seu processo de positivação em direção a linguagem da realidade social.

É categórica a afirmação de HANS KELSEN: “A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior [grifos nossos] ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma.”¹⁹

¹⁸ *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1994, p. 226.

¹⁹ *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1997, p. 261.

Dessa forma, as normas de produção normativa perfazem mecanismos responsáveis pela autocomposição do direito positivo que, alimentando-se da linguagem da realidade social, vai tecendo seus próprios elementos.

Partindo do confronto entre enunciação-enunciada (aplicação-produto, norma inferior) e as normas de produção normativa (norma superior) é que alcançaremos a atividade de enunciação (fonte do direito) com o exclusivo intuito de conferir ao direito positivo uma estrutura escalonada, conforme aduz PAULO DE BARROS CARVALHO:

É por aceitar que a norma N' entrou pela via constitucional, que reivindico sua supremacia com relação à norma N", posta por lei ordinária. É porque certa norma individual e concreta veio à luz no bojo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal que me atrevo a declarar sua prevalência em face de outro acórdão proferido por tribunal de menor hierarquia (Carvalho, 1998a, p. 68).

O direito positivo estrutura-se em uma hierarquia de veículos introdutores, em virtude da hierarquia do seu órgão produtor, em cujo cume encontramos a Assembléia Constituinte, na condição de órgão-fonte superior, descendo verticalmente a “ladeira” do direito positivo até aos órgão encarregados de expedir os derradeiros comandos normativos.

Como bem observa MARCELO NEVES, “a conformação hierárquica das normas do direito positivo, não advém de puras relações lógicas inferencial-dedutivas, antes decorrendo do relacionamento hierárquico das fontes de produção jurídica.”²⁰

A hierarquia dá-se entre normas de um mesmo ordenamento jurídico, e não entre normas pertencentes a sistemas diversos.

Assim, pode-se concluir: a hierarquia dos veículos introdutores de regras jurídicas (Constituição Federal, emenda constitucional, lei

complementar, lei ordinária, etc.) é consequência imediata da hierarquia de suas fontes produtoras, tendo como fundamento de validade último a Constituição Federal caracterizando a unidade do ordenamento jurídico.

Portanto, lei complementar que tratar de matéria afeta a lei ordinária, permanece como lei complementar no sistema, só que passível de alteração por lei ordinária. Isso pode ocorrer justamente porque não há hierarquia entre ambas.

Diferente é o caso de uma lei ordinária federal por exemplo, violar preceitos do Código Tributário Nacional. Aqui está o problema: o CTN é hierarquicamente superior à lei ordinária federal, uma vez que, ao funcionar como lei complementar veiculadora de “normas gerais” (artigo 146, III da Constituição Federal), o Código Tributário Nacional, outorga o possível conteúdo à lei ordinária. Esta busca naquele um de seus fundamentos de validade.

12 – A lei

Não raramente se diz que a lei é a fonte genuína do direito, mormente na Ciência do Direito Tributário.

Levando em conta o sistema-de-referência adotado e o sentido atribuído à expressão “fonte do direito”, não nos parece coerente imputar a lei o caráter de fonte.

A palavra “lei”, além de padecer do vício da anfibologia (documento normativo, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado), não nos parece ser o foco produtor de enunciados prescritivos.²¹

²⁰ *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

²¹ Abstraímos aqui a inocente ambigüidade da palavra “lei” no que tange à “lei” constitucional, “lei” complementar, “lei” ordinária e “lei” delegada.

Como já vimos, isso se dá em virtude de o sistema do direito positivo ser do tipo (nomo) empírico prescritivo, necessitando de alimentar-se da linguagem da realidade social.

No sistema do direito positivo, não depreendemos, por inferência lógica, uma “lei B” de uma “lei A”. Diga-se de passagem que a palavra “lei” está empregada no sentido prescritivo e não no sentido lógico ou descritivo.

Vimos que o que a teoria das fontes nos concede é um plexo de normas jurídicas que prescrevem a forma de criação de outras normas jurídicas (fundamento de validade).

O conceito de fundamento de validade não se confunde com o conceito de fonte do direito. O fato de uma norma N_1 ser o fundamento de validade de uma norma N_2 é completamente distinto da equivocada afirmação de N_1 ser a fonte de N_2 . Entre as normas N_1 e N_2 surge a atividade humana (aplicação-atividade) que terá por resultado a produção de N_2 (aplicação-produto). A atividade humana, ou procedimento, ou enunciação, é que chamamos fonte do direito.

Por outro lado, a “lei”(no sentido tanto de enunciação-enunciada, de documento normativo e enunciado-enunciado) é produto das fontes do direito. A lei não pode ser fonte dela mesma, da mesma forma que um homem não é fonte dele mesmo, mas da cópula entre um homem e uma mulher.

Tal assertiva ganha força ao nos lembrarmos dos três subsistemas componentes do sistema do direito positivo. A lei compõe o subsistema da literalidade textual (S_1). Assim é que a lei, documento normativo composto de enunciado (s) prescritivo (s), é uma das partes componentes do sistema do direito positivo.

É a partir dela que se inicia o percurso gerativo de sentido do direito positivo. Portanto, a lei se localiza no interior do sistema do direito positivo, dele fazendo parte.

Por outras palavras: a lei está para o enunciado, assim como o procedimento legislativo, judicial ou administrativo está para a enunciação. Esta é a fonte do direito, ao passo que aquele é o produto.

13 - A jurisprudência

Na linguagem comum dos juristas, a palavra “jurisprudência” é empregada em vários sentidos, entre os quais: (1) Ciência do direito (utilizada com “j” maiúsculo – Jurisprudência); (2) decisão judicial; (3) conjunto de decisões judiciais; (4) conjunto de decisões judiciais uniformes, “falando-se, nesse sentido, em ‘firmar jurisprudência’ ou ‘contrariar jurisprudência’” (LÊNIO STRECK).

No que tange à problemática de se tratar a jurisprudência como fonte do direito, os teóricos atêm a discussão à última acepção da palavra.

Excetuando-se o emprego da palavra jurisprudência no significado de “doutrina”, veremos posteriormente, que tal restrição nos parece descabida.

Importam-nos os significados expostos em (2), (3) e (4), sejam as jurisprudências proferidas em primeira, segunda ou terceira instâncias.

JULIO CUETO RUA sintetiza bem o sentimento da afirmação doutrinária em ser a jurisprudência uma fonte do direito: “Cuando se afirma que la jurisprudencia es una fuente del Derecho, se quiere señalar que la decisión rendida por un juez en un caso concreto será fundamento y criterio de objectividad para outro juez que debe fallar otro caso.”²²

²² *Fuentes del derecho*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994, p. 131.

Nesse sentido, poderíamos entender a jurisprudência como uma *fonte psicológica do direito* e não como uma fonte dogmática conforme estamos tentando empreender.

Denominamos fonte psicológica, porque apenas almeja influenciar a mente do magistrado no julgamento de um *outro* caso semelhante. A decisão judicial em um caso “x” não cria a obrigatoriedade de decisão judicial idêntica em um caso “y”, igual ou semelhante a “x”.

Quando, por exemplo, um advogado cita uma determinada jurisprudência em sua petição inicial ou contestação, o faz por razões de convencimento do magistrado (violência simbólica). Este não fica obrigado a decidir o caso de acordo com o julgado. Além do mais, não há qualquer norma no direito brasileiro que obrigue um juiz a seguir as decisões de seus pares ou dos tribunais, exceto no caso do controle abstrato de constitucionalidade.

Eis aqui a possibilidade de contradição pragmática no sistema do direito positivo.

O máximo que vislumbramos é a possibilidade de uma decisão “x” ser o fundamento de validade de uma decisão “y”, principalmente nos casos em que o enunciado-enunciado da decisão “x” contiver uma norma concreta e geral (por exemplo, nos casos de controle abstrato de constitucionalidade), como teremos a oportunidade de observar.²³ Ainda assim, vimos que não há que se confundir os conceitos “fundamento de validade” e “fonte do direito”.

Dentro do sistema adotado, a jurisprudência não nos parece ser uma fonte do direito, mas sim algo que seja o próprio direito.

Igualmente à lei, não vislumbramos a jurisprudência como uma fonte do direito.

²³ A declaração judicial de imunidade de uma determinada instituição caracterizada como filantrópica, seria o fundamento de validade para uma outra decisão acerca da repetição de indébito tributário pago até cinco anos (via de regra) antes da decisão.

A jurisprudência, seja como decisão judicial, seja como conjunto de decisões judiciais ou seja ainda como conjunto de decisões uniformes, é resultado da atividade jurisdicional, ou seja, processo judicial.

O processo judicial tem por resultado as sentenças e acórdãos que, na qualidade de veículos introdutores (infelizmente chamados de sentenças e acórdãos), injetam enunciados prescritivos no sistema aos quais denominamos enunciados-enunciados (desafortunadamente chamados sentenças e acórdãos), conformadores de normas gerais e concretas, ou individuais e concretas.

As sentenças e acórdãos, sejam como enunciação-enunciada, sejam como enunciados-enunciados fazem parte do direito positivo.

O que cria a sentença e o acórdão (norma jurídica) é o processo judicial impulsionado pelo juiz, ou seja, *a fonte produtora da sentença/acórdão é a atividade de enunciação exercida pelo juiz*. Esta nos parece ser a fonte do direito e não a sentença ou o acórdão.

Frisemos: os juízes (órgão singular ou colegial), quando provocados, exercem uma atividade jurisdicional que denominamos enunciação. Esse procedimento cria um documento normativo (sentença e acórdão, respectivamente). Nesse documento normativo, distinguimos um veículo introdutor, norma individual e concreta, construído a partir da enunciação-enunciada (infelizmente denominada pelos teóricos de sentença e acórdão), no qual consta a incidência de uma norma de produção jurídica. Por sua vez, o veículo introdutor insere no sistema do direito positivo enunciado(s) –enunciado(s), que perfarão a norma individual e concreta ou geral e concreta, também despretensiosamente designada sentença ou acórdão, que consiste na incidência de uma regra de comportamento ou uma regra de revisão sistêmica (regra revogatória, sentença procedente em ação rescisória, declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal).

*As normas jurídicas inseridas pelos juizes, através dos veículos competentes estabelecidos pelo ordenamento, hão de ser sempre normas concretas, pouco importando se gerais ou individuais.*²⁴ O Poder Judiciário jamais cria norma abstrata, pois é condição para a sua atuação, além da provocação (princípio da inércia), a *ocorrência* do descumprimento do disposto no conseqüente da norma primária.

Nesse sentido, *os juízes e a atividade por eles exercida, em virtude da norma secundária, criam, quando provocados, sempre normas concretas.*

Assim é que, entre dizer que “os juízes criam o direito” e que a “jurisprudência é fonte do direito”, vai uma distância abissal.

No nosso sistema-de-referência, não temos dúvida em afirmar que é fonte do direito (fato produtor de normas) a atividade de enunciação exercida pelo órgão jurisdicional.

Logo, a jurisprudência, entendida como enunciado, não é fonte do direito, mas, sim, produto da atividade de enunciação.

No mesmo sentido, a jurisprudência, entendida como conjunto de decisões judiciais, não é criadora de normas, pois, conforme lecionava o saudoso mestre GERALDO ATALIBA “a soma de uma porção de decisões individuais não faz uma decisão normativa.”²⁵

Por derradeiro, cabe esclarecer com a devida cautela: jurisprudência é hierarquicamente inferior à lei (em sentido amplo). Mas, nos casos de declaração abstrata de inconstitucionalidade, as decisões judiciais poderão ter o condão de revogar a lei.

²⁴ Exceção feita a Justiça do Trabalho, no caso das chamadas “sentenças normativas”, expressamente permitidas pela Constituição Federal.

²⁵ *Fontes do direito tributário*, p. 166. In: *Interpretação do direito tributário*. São Paulo : EDUC, 1975.

13. 1 - O problema das súmulas

De acordo com o entendimento de LÊNIO STRECK as súmulas:

... são o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência, ou no caso do Superior Tribunal de Justiça, também como resultado de decisões firmadas por unanimidade pela Corte Especial ou por uma Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes (art. 122, § 1º, do RISTJ).²⁶

Ante a possibilidade de contradição pragmática no direito positivo, os tribunais superiores podem editar Súmulas, a fim de uniformizar a jurisprudência com o objetivo de fazer cessar a aludida contradição.

Também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com os artigos 102 e 122, § 1º de seus respectivos Regimentos Internos, possuem a competência de editar súmulas.

Ocorre que, em ambos os casos, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, as súmulas não são vistas como veículos introdutórios de enunciados-enunciados.

Não são considerados veículos introdutórios por estarem desprovidas de norma secundária (norma de atuação judicial) para o caso de seu descumprimento. O ordenamento jurídico pátrio não toma a desobediência à súmula como um fato ilícito ensejador da atuação jurisdicional.

Logo não é incongruente afirmar que não há obrigação jurídica de observar o disposto na súmula, nem por parte da comunidade jurídica, nem por parte do próprio Tribunal editor da súmula.²⁷

²⁶ *Súmulas no direito brasileiro - eficácia, poder e função* : a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 116.

²⁷ Nesse sentido, Arruda Alvim, Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, citados por Streck (1975, p. 130-131).

Em face do ordenamento jurídico vigente, não nos afigura plausível que os Tribunais Superiores (para não falarmos nos demais tribunais) criem enunciados gerais e abstratos sem a devida autorização constitucional.

Os seus Regimentos Internos não são instrumentos introdutórios competentes para lhes conferir tal competência devido a dois motivos: (1) falta de autorização constitucional²⁸ e (2) o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inciso II, do Texto Supremo, mormente em matéria tributária, seara na qual vige o princípio da estrita legalidade (art. 150, I, do mesmo Diploma Normativo).

Aliás, essa tese é reforçada pelo artigo 96, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal que dispõe que os tribunais são competentes para “elaborar seus regimentos internos, *com a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes* [grifos nossos], dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Note-se que os Regimentos Internos são hierarquicamente inferiores à lei, motivo pelo qual não podem usurpar funções a ela inerentes.

É concludente a asserção de GERALDO ATALIBA:

As súmulas do Supremo têm um prestígio muito grande, mas qualquer juiz ou tribunal, ou o próprio Supremo pode decidir contra as suas súmulas. A súmula do Supremo ou a jurisprudência têm prestígio doutrinário, como tem prestígio o consenso – ‘todos os autores pensam assim. Mas não é fonte do direito [entenda-se veículo introdutor].’²⁹

²⁸ É oportuna a observação de Vilanova (1998, p. 235): “Nos ordenamentos de ‘Direito escrito’, também existe norma geral que habilita o órgão julgador a criar norma com validade *erga omnes* (assim no Direito trabalhista brasileiro). Tal regra está explícita ou implícita. Sem essa norma de habilitação, juridicamente o órgão julgador estaria indo *contra* ou *praeter legem*, inconstitucionalmente desfazendo a repartição de competência dentro da qual esse órgão juridicamente existe. Mas o ato jurisdicional, mesmo o vertido sobre o caso, é, tipicamente, *um ato de realização do Direito pela individualização da lei.*”

²⁹ *Fontes do direito tributário*, p. 167. In: *Interpretação no direito tributário*. São Paulo : EDUC, 1975.

Por derradeiro, podemos deixar acertado que: *as súmulas são expedientes adotados pelos Tribunais para tentar uniformizar as decisões judiciais, possuindo grande importância pragmática na construção do sentido do sistema do direito positivo em virtude de seu ingente poder de violência simbólica* (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.).

14 - O costume

A averiguação quanto ao costume ser ou não fonte do direito encontra-se embaraçada, primordialmente, por três motivos: (1) a vaguidade do conceito de costume, latente na discussão relativa a diferença entre este, o uso e o hábito; (2) a ambigüidade da palavra costume; (3) a falta de objetivação do costume.

Em primeiro lugar, a palavra “costume” é dotada de vagueza. No que nos interessa, encontra-se localizada no ponto fronteiro entre o “conceito de direito” (norma jurídica) e o “conceito de social” (norma social).

A empreitada é agravada quando os teóricos insistem na estéril tentativa de distinguir entre o uso, o hábito e o costume. É perambular no território inóspito da indeterminabilidade das palavras.

Em segundo lugar, o termo “costume” é portador de diversos significados (ambigüidade) para os quais alertaremos no decorrer da exposição.

Em terceiro lugar, surge a problemática da falta de objetivação a que está acometida a prática consuetudinária.

Na construção da norma costumeira, ao contrário das normas jurídicas, não dispomos daquele dado único e exclusivo objetivo que é a literalidade textual (S₁).

Dado o campo fértil e árduo de pesquisa que o costume incita, não temos a pretensão de averiguá-lo detalhadamente, mas apenas naquilo em que se relaciona com as fontes do direito.

14.1 - O costume social e o costume jurídico – costume *secundum legem* e costume *praeter legem*.

Vimos que o direito positivo é um sistema auto-referente, que só assimila elementos a ele externos quando ele próprio permitir.

Com o costume não sucede diferente.

Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO, “*O costume sendo de natureza eminentemente factual, só ingressa no ordenamento quando este, por meio do antecedente de uma norma, admiti-lo.*”³⁰

O costume só é inserido no sistema do direito positivo nos casos especificamente previstos pelo próprio sistema.

Isso só nos parece possível quando a legislação vigente, em determinados instantes, instituir o costume como processo criador de direito positivo. Do contrário, o costume não tem qualquer relevância para o direito.

Daí resulta a distinção entre o costume puramente social e o costume denominado jurídico. Este pertence ao mundo do “dever-ser”; aquele, ao mundo do “ser”.

O costume puramente fáctico não cria norma jurídica. A crença contrária é infundada, porque de enunciados puramente fácticos não extraímos conclusões normativas.

O costume só tem relevância para o direito positivo quando este fizer alusão àquele.

³⁰ *Curso de direito tributário*. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 37.

Assim, o costume, *no caso de remissão legal expressa* – costume *secundum legem* - e *no caso de anomia* – costume *praeter legem* - (que não deixa de ser uma referência legal expressa) passa a ter idêntico *status* de uma norma jurídica, passando a pertencer aos quadrantes do direito positivo, dotada certamente de reduzida violência simbólica e carente de objetivação (a norma costumeira geral e abstrata não é posta em um documento normativo).³¹

Nesse sentido é que HANS KELSEN afirma não haver “diferença alguma entre uma regra de Direito consuetudinário e uma regra de Direito estatutário com o órgão aplicador do direito.” E criticando a posição de AUSTIN pronuncia com acerto:

A afirmação de que uma regra consuetudinária se torna Direito apenas por meio do seu reconhecimento por parte das cortes que aplicam a regra, não é mais nem menos correta que a mesma afirmação feita com referência a uma regra decretada pelo órgão legislativo. Cada uma delas era Direito ‘antes de receber a chancela da autenticação judicial’, já que o costume é um procedimento criador de direito no mesmo sentido em que o é a legislação. A diferença real entre Direito consuetudinário e Direito estatutário consiste no fato de que o primeiro é uma criação de Direito descentralizada ao passo que o segundo é uma criação de Direito centralizada.³²

Vale ressaltar que nossa Constituição Federal, apesar de ser uma Constituição rígida, não faz qualquer menção ao costume, deixando-o a cargo da legislação infraconstitucional. Portanto, não há que se falar em costume jurídico-constitucional, parecendo-nos também correto concluir que o costume é hierarquicamente inferior à Constituição.

³¹ De ver está que, só admitimos a possibilidade duas espécies de costumes: o *secundum legem* e o *praeter legem*. O *secundum legem* se dá quando a lei faz expressa remissão ao costume (arts. 1.192, II e 1.210 do Código Civil). Já o *praeter legem* é o costume supletivo das lacunas da lei (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Não entendemos possível a existência de costume *contra legem*, já que a lei é hierarquicamente superior ao costume. Essa asserção é confirmada da premissa que do “ser” não se altera o “dever-ser” e vice-versa.

³² *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo : Martins Fontes, pp. 186-187.

14.2 - O costume como fonte

A palavra “costume” é empregada no meio jurídico nas seguintes acepções: (1) fato social; (2) regra estrutural (3) veículo introdutor de regras; (4) norma introduzida pelo veículo introdutor; (5) fato jurídico; (6) procedimento produtor de normas.

Dada a pluralidade de sentidos com que é empregada a palavra “costume”, podemos vislumbrar a mesma esquematização realizada no que tange à delicada questão a respeito da lei e da sentença. Não são “fontes do direito”, mas, sim, veículos introdutores de regras.

Como já observamos, o sistema do direito positivo, por meio de seus enunciados, indica o momento preciso em que o costume passa a ser relevante para ele (no caso de matérias que a lei desconhece ou no caso de remissão legal expressa). Eis aqui o costume como regra estrutural a que chamaremos *regra estrutural de costume*.

Essa *regra estrutural de costume* é o fundamento de validade da norma jurídica consuetudinária.

Nessa regra, ao contrário do que ocorre nas normas de produção normativa, não há a prescrição de uma competência e de um procedimento para a conformação das normas costumeiras como existe para a produção legislativa, executiva ou judicial.

Como expõe TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.: “Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas a própria *opinio necessitatis*, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias.”³³

O direito positivo, não dispondo sobre a forma de confecção de uma norma consuetudinária, autoriza a sua produção em determinados casos,

³³ *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1994, p. 242.

relegando à teoria das provas a demonstração de a norma jurídica costumeira advir de um uso reiterado no tempo.

A atividade-de-uso reiterada no tempo relativa a certa prática em uma comunidade jurídica (*costume-enunciação*) cria um veículo introdutor de normas que denominaremos *veículo introdutor de costume*.

O *veículo introdutor de costume*, comumente confundido com a norma consuetudinária propriamente dita, é, como todos os veículos introdutores, uma norma jurídica concreta e geral, que tem no seu antecedente um *fato jurídico* que relata a existência de um uso reiterado (procedimento) em uma dada comunidade jurídica (agente competente) em dadas circunstâncias (anomia ou remissão legal expressa) e no seu conseqüente a institucionalização da convicção de que todos estão obrigados a respeitar a norma por ela veiculada.

Assim, o veículo introdutor contém no seu antecedente um fato jurídico que denominaremos *costume-enunciação-enunciada*

Algo totalmente diferente do *costume-enunciação-enunciada* é o *costume-enunciado-enunciado*.

O *costume enunciado-enunciado* é a norma inserida pelo veículo introdutor que contém em sua hipótese critérios para identificação de um fato de possível ocorrência e na sua tese uma relação jurídica entre sujeitos-de-direito modalizada pelos funtores obrigatório, proibido ou permitido.

Portanto, entendemos como fonte do direito o *costume-enunciação*, só acessível pelo *costume-enunciação-enunciado* (fatos enunciativos do procedimento consuetudinário).³⁴

A partir da norma costumeira posta em cotejo com a teoria das provas em direito é que averiguaremos se sua confecção se deu de acordo com a *norma estrutural de costume* (fundamento de validade).

³⁴ Ao *costume-enunciação* os autores italianos denominam *fonte-fato* em contraposição a expressão *fonte-ato* que designa a atividade legislativa, jurisdicional e administrativa (VEZIO CRISAFULLI).

Daí ser concludente a lição de LOURIVAL VILANOVA quanto ao costume ser fonte produtora de normas:

Se é fonte de normas [veículo introdutor], é *no interior* do ordenamento, não *antes* dele. Bobbio observa, com acerto, que inexistente norma jurídica isolada, e, acrescentemos, fonte normativa [veículo introdutor] sem vinculação interna: tudo está dentro do ordenamento, e só é explicável em função do todo que é o ordenamento.³⁵

14.3 - O costume no direito tributário e o art. 100, inciso III, do Código Tributário Nacional

A Constituição Federal, ao eleger a lei ordinária (artigo 150, inciso II) como exclusivo veículo introdutor de enunciados-enunciados, cujas significações venham compor a regra-matriz de incidência tributária, reduziu em muito a amplitude dos demais instrumentos introdutores sobre matéria tributária.

Ressalvem-se os casos expressos na Constituição Federal em que é atribuída a outros veículos introdutores a inserção de enunciados-enunciados componentes da regra-matriz de incidência, como é o caso, por exemplo, do art. 153, § 1º que permite ao Poder Executivo alterar a alíquota do Impostos de Importação (II), de Exportação (IE), sobre Produtos Industrializados (IPI) e sobre Operações de Créditos, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Imobiliários (IOF).³⁶

Dada a rígida disposição constitucional dos veículos introdutores em matéria tributária, a função do costume (como veículo introdutor) é bastante tímida no direito tributário.

³⁵ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 63.

³⁶ O art. 154, I da Constituição Federal reserva ao veículo lei complementar a instituição de impostos não previstos no seu art. 153, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios do discriminados na própria Constituição.

Exceção é feita para o artigo 100, inciso III, do Código Tributário Nacional que preceitua:

Art. 100 – São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

Observe-se que o direito tributário faz expressa remissão ao costume.

Mas EROS ROBERTO GRAU alerta que a palavra “costume” deve ser aqui entendida como “os critérios costumeiramente adotados pela administração tributária, relativa à forma de aplicação do Direito Tributário, e não com o sentido amplo que se integra no conceito de usos e costumes ...”³⁷

Assim é que o art. 100, III, do Código Tributário Nacional funciona como regra estrutural de costume, que confere às práticas reiteradas da administração (enunciação), a qualidade de criar o veículo introdutor de costume (enunciação-enunciada) responsável por inserir as denominadas “normas complementares” (enunciado-enunciado).

Assim, o costume-enunciação é fonte do direito tributário porque a Administração fica jungida aos critérios reiteradamente eleitos para as soluções de casos iguais.

Se determinado sujeito passivo conduz os seus atos de acordo com a praxe administrativa, “tem o direito de ser julgado, pela administração, de acordo com os critérios que a mesma expressa a respeito daquela praxe”³⁸.

³⁷ *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo : Resenha Tributária/IBET, 1975, p. 56.

³⁸ *Fontes do direito tributário*, p. 168. In: *Interpretação no direito tributário*. São Paulo : EDUC, 1975.

Em razão do princípio da segurança jurídica, a Administração não pode exigir que o contribuinte se comporte de forma diferente daquela por ela consentida de forma repetida.

No que se relaciona ao costume *praeter legem*, não nos parece possível reconhecê-lo como veículo introdutor de enunciados-enunciados de direito tributário. Isso porque, segundo GIAN ANTONIO MICHELI:

Trata-se, com efeito, em tais casos, de normas que disciplinam os diferentes procedimentos de imposição e que portanto, regulam de modo preciso as atividades do particular ou da entidade e que não se prestam a ser disciplinadas pelo uso.³⁹

15 - A doutrina

Na esteira do pensamento de PAULO DE BARROS CARVALHO: “Chama-se *doutrina* ao domínio das lições, ensinamentos e descrições explicativas do direito posto, elaboradas pelos mestres e pelos juristas especializados.”⁴⁰

A doutrina que não for animada pelos pressupostos do conhecimento científico (precisão lingüística, método, corte metodológico) será desprovida do adjetivo “científica”, assentando-se no campo do conhecimento gnosiológico.

Em que pese à diferença entre conhecimento vulgar e conhecimento científico, o que importa é descortinar que em ambos os casos não avistamos fatos produtores de normas jurídicas.

A doutrina utiliza-se da linguagem em sua função descritiva, enquanto o direito positivo emprega-a na função prescritiva. Este é objeto de estudo daquela.

³⁹ *Curso de direito tributário*. São Paulo : RT, 1978, p. 30.

⁴⁰ *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 40.

Isso nos leva a afirmar com LOURIVAL VILANOVA: “A ciência não emite proposição modal deôntica, porque não lhe cabe permitir, ou obrigar, ou proibir. Isto cabe ao sistema do direito positivo, constituído não de proposições científicas, mas de proposições modalmente normativas.”⁴¹

Frise-se: a doutrina não possui o condão de criar enunciados prescritivos.

Por conseguinte, podemos afirmar que a doutrina pertence ao mundo do “ser” enquanto o sistema do direito positivo relaciona-se ao mundo do “dever-ser”, realidades tão distintas quanto intocáveis reciprocamente.

Ao conformarem o mundo do “ser” os enunciados descritivos podem ser qualificados verdadeiros ou falsos, enquanto os enunciados prescritivos, ao se amoldarem ao mundo do “dever-ser”, compartilham das características de validade ou invalidade.

Os enunciados doutrinários, avivados pelos seus cunhos explicativos, são metalingüísticos em relação aos enunciados do direito positivo, o que os revelam incapazes para alterar a linguagem do direito positivo.

A metalinguagem (L_1) não modifica a linguagem-objeto (L_0), logo, a linguagem do sistema da Ciência do Direito (ou doutrina) não é apta a transformar a linguagem do sistema do direito positivo, o que reitera a inconsistência doutrinária para ser qualificada como “fonte do direito”.

Estamos diante de dois jogos de linguagem distintos: o jogo lingüístico do direito positivo e o jogo lingüístico da Ciência do Direito.

Como vimos, cada jogo de linguagem é dotado de regras próprias e por isso mesmo são inalteráveis reciprocamente o que nos força a concluir que a doutrina não é fonte criadora de enunciados pertencentes ao sistema do direito positivo.

⁴¹ *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 82.