

**A PESQUISA E O ENSINO EM DIREITO PENAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO  
PARA ALÉM DO ESTRITO DOGMATISMO: POSSIBILIDADES DE  
CONSTRUÇÃO SUSTENTÁVEL DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS**

**RESEARCH AND EDUCATION IN CRIMINAL LAW AND TAX LAW BEYOND  
THE STRICT DOGMATISM: POSSIBILITIES FOR SUSTAINABLE ACHIEVING  
CONSTITUTIONAL GOALS**

**André Mendes Moreira** – Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Tributário na  
Universidade Federal de Minas Gerais.

**Jamir Calili Ribeiro** – Doutorando em Direito Público pela PUC/Minas. Mestre em  
Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.

**Resumo:** O trabalho busca compreender a metodologia de pesquisa, de ensino e de aplicação do Direito Penal e Tributário. Através da distinção entre os modos de pensar por tipos e por conceitos, estabeleceram-se as possibilidades de uso desses modos de pensar, inserindo-os em um contexto hermenêutico contemporâneo marcado pelo giro linguístico. Demonstrou-se a importância do modo de pensar por conceitos, ainda que o reinterpretando em razão dos ganhos hermenêuticos da concepção contemporânea. Embora cientes da fluidez dos conteúdos dos signos linguísticos em uma sociedade cada vez mais plural e dinâmica, destacou-se que, na concretização sustentável da Constituição Cidadã, não pode haver retrocessos em relação às limitações impostas ao Estado no seu direito/dever de punir e de tributar. Questões de política criminal e de salvação dos cofres públicos não podem superar os direitos e as garantias individuais fundamentais.

**Palavras-chaves:** metodologia jurídica, direito penal, direito tributário, tipo, conceitos.

**Abstract:** This paper seeks to understand research and teaching methodology in criminal and tax law, including his application to cases. Through the distinction between modes of thinking by types or by concepts/facts – *Tatbestand* -, the paper settled the possibilities of using these modes of thinking, placing them in a linguistic contemporary hermeneutical circle. It demonstrated the importance of the mode of thinking by concepts/facts, reinterpreting it through the hermeneutical contemporary gains. It was highlighted that, in achieving sustainable Constitution goals, there can be setbacks in relation to the limitations imposed on the state in their right/duty to punish and to tax, although the fluidity of the contents of linguistic signs in an increasingly plural and dynamic society are evident. Criminal policy and reasons of increasing public treasure cannot overcome the fundamental individual rights and guarantees.

**Keywords:** legal methodology, criminal law, tax law, legal types, legal concepts/facts.

## 1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico do Direito Tributário e do Direito Penal tem se esforçado em torno de se buscar limites precisos sobre a estrutura lógica da norma e para uma melhor compreensão dos fatos típicos e dos conceitos ali estabelecidos para aplicação da consequência jurídica estabelecida quando se verificada a concretização do fato no plano da vida.

Não são necessárias muitas explicações para os estudantes de Direito, estejam eles na graduação ou na pós, para que percebam que a forma de pensar em ambas as matérias destoa das restantes.

A tentativa de estabelecer um estudo baseado na subsunção dos fatos à norma, em busca de uma segurança jurídica exigida pela concepção liberal de Estado e do Direito, pretende fixar limites precisos para a atuação do Estado e da sociedade sobre a vida, a liberdade e à propriedade.

O interprete passa a ter uma atividade ultralimitada pelo conceito determinado e descrito na lei, cabendo-lhe somente o papel de verificador das condições fáticas que estando previstas restritivamente na lei levará a aplicação da consequência jurídica taxativamente fixada.

Segundo Menelick Carvalho Neto:

“O Direito, enquanto ordenamento, ao estabelecer limites universais preponderantemente negativos (não furtar, não matar, etc., como traduzido, por exemplo, por Fichte) é, então, visto como o conjunto de regras que delimitam os espaços de liberdade de um indivíduo – as linhas demarcatórias da fronteira em que termina a liberdade de um indivíduo e em que se inicia a liberdade de outro. Assim, o paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da “melhor sociedade” autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras anteriormente referidas e, assim, garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, uma ordem jurídica liberal clássica. É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *‘bouche de la loi’*”. (CARVALHO NETO, 2004, p.33).

A hermenêutica se esforçava somente para os limites sintáticos e semânticos dos textos jurídicos, seguindo proposta de Savigny em relação aos métodos de dedução e subsunção. Karl Larenz, comentando a proposta hermenêutica de Savigny irá dizer:

“Em contraposição com o primado do costume que defenderá ulteriormente, Savigny equipara ainda no seu curso o Direito positivo ao Direito Legislado. Todavia, a legislação acontece no tempo e isto conduz “à concepção de uma história do Direito que estreitamente se conjuga com a história do Estado e a história dos povos, visto que a legislação é uma actividade do Estado” (p. 17). Além disso, SAVIGNY distingue uma elaboração interpretativa (sistemática) do Direito. Como objecto da interpretação aponta ele “a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida de “se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames”. Para esse fim a interpretação precisa de três elementos: “um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico”. (LARENZ, 1997, p. 09).

Havia, nesse paradigma, uma concepção iluminista de um Direito racional, harmonioso, em contraponto com a pluralidade normativa do antigo regime. O intérprete estaria seguro, pois o Direito cobriria todas as relações humanas, sem nada ter escapado do “gênio do legislador”.

Embora essa concepção jurídica domine a didática estabelecida na doutrina, especialmente a penalista e tributária, não é difícil que achemos nos doutrinadores reconhecimento de que o Direito nas sociedades democráticas modernas e contemporâneas está longe da simplicidade e descomplicação que o método científico positivista possa parecer propor.

A exemplo, podemos citar o penalista Carlos Vico Nanãs que comentando o princípio da insignificância penal reconhece a dificuldade do legislador em prever as hipóteses de incidência de forma exauriente:

“(…) ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves”. (NANÁS, 1994, p.56).

Carnelluti afirmou, ainda em 1943, que as leis são muitas e, “no emaranhado de sua multidão, os homens se perdem como num labirinto” (1943, p.81), assertiva que se aplica aos dias atuais, especialmente na seara tributária brasileira, em que a insegurança jurídica, decorrente do número excessivo de normas, de resto antinômicas, obscuras e contraditórias, “atingiu grau intolerável”, como relata Heleno Tôrres (2011, p.26).

De fato, ao mesmo tempo em que nas sociedades pós-modernas o direito se assenta na praticidade e fluidez para acompanhar as complexas demandas sociais, faz-se também imperioso preservar os direitos individuais, especialmente no caso da tributação e penalização que, apesar dos influxos do Estado Democrático de Direito, continua sendo forma coativa ou de transferência do patrimônio privado para o público, ou de privação de liberdade.

Por essas razões o estudo da Metodologia do Direito Penal e do Direito Tributário se faz relevante, especialmente no que pertine à utilização de tipos e conceitos para o exercício do poder impositivo, do que decorrerá uma maior ou menor segurança para o cidadão ou para o contribuinte.

Conforme Larenz (1997, p. LXV), a metodologia é a compreensão do objeto de estudo e dos limites de sua cognição. Assim, a depender dos pressupostos metodológicos adotados, a definição do objeto será distinta, o que justifica a análise ora proposta.

Assim, a questão que guiará esse trabalho refere-se àquela relativa ao modo pelo qual Direito Penal e Direito Tributário tem sido ensinado, pesquisado e aplicado dentro de um paradigma hermenêutico que vai além do estrito dogmatismo e positivismo. É possível abrir mão do modo de pensar por conceitos a fim de construir sustentavelmente os objetivos constitucionais? Como aderir aos pressupostos da hermenêutica contemporânea sem abrir mão de direitos e garantias individuais?

Como será explicitado, embora se possa admitir subsidiariamente o modo de pensar por tipos, o modo de pensar por conceitos ainda permanece indispensável para a concretização do Direito Tributário e do Direito Penal garantidor da dignidade humana, sendo necessário, porém, fazer sua releitura e estabelecer seus contornos metodológicos.

Para desenvolver o raciocínio que foi proposto desenvolveu-se o trabalho através de quatro partes: (a) uma breve descrição da Metodologia da Ciência do Direito; (b) a distinção e as ponderações acerca do modo de pensar por tipos e conceitos; (c) a questão do modo de pensar por conceitos através da Hermenêutica Contemporânea; e (d) a exemplificação de como esses modos de pensar influenciam na solução dos conflitos.

## **2 METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO.**

### **2.1 O Direito como Ciência e a sua segregação de outras áreas do conhecimento como pressuposto metodológico.**

O estudo do Direito somente passou a ser considerado Ciência a partir da modernidade, que trouxe em si o positivismo jurídico.

Como relata Heleno Torres (2011, p. 97), na Idade Média “a ciência jurídica (...) se identificava com o próprio direito, o ‘direito comum’, pela interpretatio”. O papel da doutrina era o mesmo do direito posto, ou seja, tinham, ambos, funções prescritivas.

Percebendo a inexistência de um método de investigação adequado para as ciências sociais, Descartes busca, já no século XVI, impingir-lhes a racionalidade e certeza que, até então, eram restritas às ciências exatas, afastando as influências religiosas e morais para fins de análise do fenômeno social à luz estritamente da racionalidade, perseguindo com isso a “neutralidade do conhecimento científico” (OLIVEIRA, 2010, p.17).

Entretanto, a ideia de Ciência do Direito como concebida hoje, com função construtivo-descritiva de seu objeto, floresceu especialmente após as contribuições ofertadas pelo Normativismo Lógico de Kelsen (1984), que parte da escola positivista e da crítica do conhecimento jurídico formulada por Kant<sup>1</sup> para desenvolver sua teoria do Direito, voltada especialmente contra o sincretismo dos métodos sociológico e jurídico, sendo marcada pela busca de uma Ciência do Direito autônoma e depurada<sup>2</sup>.

Também Max Weber (1968, pp.309-70) se posicionou contra a fusão dos métodos sociológico e jurídico, formulando dois conceitos distintos de Direito: um como fato social, próprio da sociologia, e outro como fato normativo, objeto de estudo da Ciência do Direito<sup>3</sup>.

Mais recentemente, Niklas Luhmann (1996) concebe o direito como um sistema autopoietico, operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, que se desenvolve por seus próprios instrumentos e a partir de contatos com outros sistemas, como a política e a economia, mas preservando a sua unidade, orientando-se pelo código binário direito/não-direito.

Assim, no que tange às relações entre o saber jurídico e o saber político, econômico e sociológico, ou seja, entre o sistema jurídico e outros sistemas existentes no ambiente, podemos alinhar, de um lado, Hans Kelsen, Max Weber e Niklas Luhmann, que, apesar de suas distintas premissas<sup>4</sup>, propõem uma solução “separatista” (FEBRAJO, 1978, p. 8). para o

---

<sup>1</sup>Kant “revolucionou a filosofia então vigente para colocar a racionalidade individual humana como o ponto central da filosofia, separando, ainda, o Direito da Moral”. (OLIVEIRA, 2010, p. 16).

<sup>2</sup> Nesse sentido Kelsen afirma que a “dogmática jurídica é restrita ao mundo do dever ser e o seu fim é a compreensão das normas” (KELSEN, 1974, p. 40).

<sup>3</sup> Nessa perspectiva os objetos de ambas as ciências são heterogêneos, estão em planos diversos e, assim, não pode haver contato imediato entre eles. Quando se fala de Direito, de ordenamento jurídico, de princípio jurídico, alerta Weber, é necessário diferenciar o ponto de vista jurídico do ponto de vista sociológico.

<sup>4</sup>Hans Kelsen e Max Weber definem-se por um sistema jurídico fechado em relação aos demais sistemas da sociedade por uma questão metodológica; já Niklas Luhmann o faz por motivos funcionais.

estudo do Direito, em contraste com posturas como a de Theodor Geiger (1972), que preconiza a investigação do *output* do sistema como condição para a compreensão deste<sup>5</sup>.

Assim, com esforço em Kelsen, Weber e Luhmann pode-se concluir que é possível estabelecer um modo de pensar próprio do Direito em comparação a outros ramos do conhecimento, como a economia, a sociologia, *et cetera*.

Paulo de Barros Carvalho (2011) adota essa premissa metodológica, arrimando-se em Lourival Vilanova (1977) para referir-se a dois sistemas relativos ao Direito: um prescritivo, próprio do direito positivo, regido pela lógica deôntica, e outro cognoscitivo, relativo à Ciência do Direito, regido pela lógica apofântica.

Assim, é a Metodologia que guiará o jurista para a compreensão tanto das normas, ou seja, dos elementos do sistema jurídico, como da forma como esses elementos se organizam, é dizer, da sua estrutura<sup>6</sup>.

## **2.2 A crise da modernidade jurídica e seus reflexos na metodologia do Direito.**

Nos tempos atuais, o direito passa por uma fase de mutação, que se convencionou nominar “crise da modernidade jurídica”.

De fato, vivencia-se hodiernamente o questionamento da legitimidade da regra positivada pelo legislador como instrumento de controle social, fato que é agravado por uma dogmática cada vez mais desestruturada pelo pluralismo jurídico.

A pirâmide kelseniana cedeu lugar a uma rede entrelaçada de normas, representando o novo modelo do Direito, policêntrico e horizontal. O legislador formal continua desempenhando um papel essencial, mas não exclusivo, na produção normativa.

Disso decorre que princípios jurídicos até então sólidos, como a segurança jurídica, a especificidade conceitual fechada (impropriamente nominada tipicidade, como alerta Misabel Derzi (2007) e até mesmo a legalidade sejam colocados em questão, o que levou Michel Bouvier (2001) a nominar o fenômeno como “retorno à Idade Média”.

Em razão da nova e complexa realidade, surgem alternativas metodológicas ao positivismo kelseniano, como a que propugna a aplicação do Direito conforme as suas

---

<sup>5</sup>*Outputs* do sistema são aqueles fatores e códigos que não pertencem à dualidade lícito/ilícito, própria do Direito. Em outras palavras, Theodor Geiger propõe que questões como lucro, prejuízo, moral, imoral, sejam analisadas para se chegar à resposta correta (sincretismo de códigos binários). Nesses casos há uma **desdiferenciação sistêmica**, onde o Direito não mais seria um sistema autônomo, baseado no código direito/não direito. O grande problema é que o Direito torna-se altamente complexo nesses casos, dando margem a oportunismos econômicos, políticos, religiosos etc.

<sup>6</sup> Ver, também, sobre conceito e as funções do saber dogmático: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, 1998.

consequências<sup>7</sup>, que tem ganhado forma pela chamada análise econômica do Direito<sup>8</sup> e atribuído aos magistrados verdadeiros poderes legislativos para tomar a decisão judicial somente após “*all things considered*”, como sugere Richard Posner (2003, p.65).

Dentro desse quadro, Hassemer e Kaufmann (DERZI, 2007) afirmam que os tipos são a nova metodologia contemporânea, em substituição aos conceitos classificatórios, herméticos. Os tipos são fluidos, situam-se em etapa intermediária entre o individual e o abstrato e rejeitam a objetividade da subsunção conceitual, relativizando regras postas com espeque nos princípios, que assumem cada vez mais papel de relevo no método científico-jurídico.

Esse é um breve retrato da “crise da modernidade jurídica”, que somente poderá ser debelada com a adoção de uma metodologia que possa, ao mesmo tempo, garantir os valores positivados pelos textos jurídicos e com eles fazer justiça, sem, todavia, desconstruir o direito positivo, solução que é proposta por Heleno Torres (2011, p.15-120), com seu positivismo metódico-axiológico.

Situando-se dentro da corrente do positivismo jurídico exclusivo (infenso às influências da moral externa ao direito, como ocorre com o positivismo jurídico inclusivo), o positivismo metódico-axiológico não deixa de reconhecer a importância dos valores na construção do pensamento jurídico, desde que estes tenham sido positivados pelo texto constitucional, expressão máxima da soberania popular que o legitima.

### **2.3 Conclusões sobre a metodologia da ciência do Direito**

Em breve síntese, pode-se afirmar que a metodologia não é uma mera linguagem sobre a ciência, mas sim uma escolha sobre o tipo de raciocínio que determinada ciência comporta. Tanto é que Misabel Derzi (2007) afirma que a metodologia está no interior da ciência, pois o método depende do modo de ser de seu próprio objeto.

Em razão disso e já adentrando no tópico central deste estudo, tanto o método tipológico como o método conceitual somente poderão ser aplicados ao Direito na medida e

---

<sup>7</sup> O consequencialismo é essencialmente uma teoria segundo a qual a decisão jurídica deve se pautar em função daquilo que ela acarretará em termos fáticos.

<sup>8</sup> A análise econômica do direito é a aplicação de métodos econômicos a questões legais. No Direito Tributário trata-se de uma mudança de foco interpretativo para fins da cobrança de tributos. Toma-se como secundária a forma ou “roupagem” jurídica que os atos dos particulares assumem, buscando-se as consequências econômicas advindas do negócio jurídico, o que acaba por conferir uma conotação positiva a princípios como a capacidade contributiva e outros, antes utilizados somente como limitações constitucionais ao poder de tributar.

extensão que o respectivo ramo jurídico comportar, inobstante já se tenha dito que o tipo tem, cada vez mais, se firmado como método aplicável à Ciência do Direito.

Afinal, conforme leciona Misabel Derzi (2007, p. 75), “onde o Direito tende a conceitos classificatórios, fechados, a aplicabilidade do método tipológico fica bastante reduzida, assim como se dilarga nos setores onde prosperarem os tipos propriamente ditos”.

### **3 O MODO DE RACIOCIONAR POR TIPO E POR CONCEITO**

Nessa seção busca-se, então, apreender a distinção entre o modo de pensar por conceitos e o modo de pensar por tipos, bem como sua função, finalidade e a prevalência de um ou outro no Direito Tributário e Direito Penal.

#### **3.1. O raciocínio conceitual classificatório.**

Na concepção realista, desenvolvida por Platão e Aristóteles, o conceito se identifica com a essência das coisas, tendo como função exatamente revelar essa essência.

Já na concepção nominalista (estóica), o conceito é identificado com o signo do objeto, prestando-se a organizar os dados da experiência de modo que entre eles se estabeleçam conexões lógicas.

Desde esse desenvolvimento inicial pelos antigos, a abstração conceitual, fenômeno que ocorre pela percepção sensível de um objeto concreto e a determinação genérica das suas características, tornou-se fortemente presente no pensamento jurídico ocidental.

O raciocínio conceitual é sempre operacionalmente fechado, tendendo à classificação e à axiomatização. Estabelecidas em abstrato as notas do conceito, poderá haver ou não a subsunção do objeto analisado à teorização formulada, o que leva à classificação em espécies.

O conceito, dessarte, se presta a organizar os dados por meio de conexões lógicas que levarão à inclusão ou exclusão dos objetos analisados à definição posta em abstrato, dada a sua rigidez característica.

#### **3.2 O raciocínio tipológico**

A palavra latina *typus* deriva do grego *τύπος*, que significava molde determinante de uma série de objetos que dele derivam, exemplo ou modelo.

Já no século XVIII, os dicionários franceses empregavam a palavra *type* como modelo, totalidade da forma básica.

No século XIX o termo é transposto para as ciências naturais, especialmente a zoologia e botânica. Até então fortemente marcadas pelo pensamento conceitual-classificatório aristotélico, que operava com divisões rígidas entre gêneros e espécies animais e vegetais, as ciências naturais passam a lidar com o pensamento tipológico para ordenar os diferentes tipos zoológicos e botânicos, em uma escala gradual, que admite transições fluidas.

Foi apenas no século XX, contudo, que as ciências sociais passam a se valer do pensamento tipológico, em grande parte devido à crítica a ele feita por John Stuart Mill (DERZI, 2007) que, ao mesmo tempo, propiciou a disseminação do seu conhecimento e aplicação à Lógica, Economia, Psicologia e História.

Por meio do pensamento tipológico selecionam-se traços que compõem o tipo, que, todavia, não são essenciais para sua caracterização. Os traços componentes do tipo são renunciáveis, de modo que o objeto analisado passa a estar mais ou menos próximo do tipo, em uma escala de intensidade, e não dentro ou fora dele, como ocorre na classificação conceitual.

Conforme leciona Misabel Derzi (2007, p.76), “o método tipológico, através da comparação entre uma e outra nota de tipos diversos, descobre as formas mistas, aquelas que se aproximam mais de um do que de outro”. Assim, as notas características do tipo são: a abertura, a gradação, o sentido, a inteireza e a aproximação da realidade (DERZI, 2007, p.75).

O próprio Weber (1968) se utilizou do raciocínio tipológico para formar sua teoria do tipo ideal, segundo a qual a sociologia deve captar a “tipicidade” ou a “homogeneidade” dos fenômenos históricos, tendo como finalidade conferir-lhes tratamento científico. O tipo ideal seria a síntese entre o objetivo e o subjetivo, o particular e o geral, concepção que foi inclusive utilizada pela psicologia, área na qual Carl Jung (2008) se valeu dos tipos psicológicos ideais para seus estudos.

A maleabilidade do tipo disseminou sua utilização nas ciências sociais, produzindo vasta literatura sobre o tema. Sistematizando os diversos significados conferidos ao vocábulo, Erich Heyde (1941, p.223) conclui que, na metodologia atual, “tipo” é utilizado no sentido de “forma básica” (*grundform*) ou essência.

### 3.3 O tipo na ciência jurídica

Como se pode deussumir, do ponto de vista etimológico os tipos não são fechados como pressupõe a doutrina jurídica latina. Pelo contrário, sua forma de construção lhes acarreta uma abertura, que se revela na inesgotabilidade de suas notas (DERZI, 2007, p.63), posição compartilhada por José de Oliveira Ascensão (1968).

Dessarte, seria impróprio falar-se em tipos fechados, porquanto esses seriam, na verdade, os conceitos classificatórios. Ocorre que a palavra “tipo” foi impropriamente traduzida para as línguas latinas como sinônimo de *Tatbestand*, que remete a conceitos fechados – exatamente o oposto do tipo, que é ontologicamente aberto.

No presente trabalho, adotar-se-á a terminologia tecnicamente correta, tal como proposta por Misabel Derzi (2007), para se referir a tipos (abertos) e conceitos (fechados).

#### 3.3.1 Tipo, Conceito e Direito

Karl Larenz (1997) foi um dos pioneiros a utilizar o raciocínio tipológico na Ciência do Direito, distinguindo os tipos entre abertos e fechados, ideia que todavia abandonou já na 3ª edição de sua “*Metodologia da Ciência do Direito*”, a partir da qual passou a reconhecer que os tipos são sempre abertos<sup>9</sup>. Os nominados tipos fechados, em verdade, são os conceitos classificatórios.

Além desse autor, Arthur Kaufmann (1976), Klaus Tipke (1983), Paul Kirchhof (1983), Alberto Xavier (1978) e Misabel Derzi (2007) também se debruçaram sobre o fenômeno tipológico na seara jurídica, que será aqui analisada sob duas perspectivas:

- a. a da hermenêutica jurídica, que mais recentemente vem adotando os tipos em contraposição aos conceitos classificatórios;
- b. a do legislador, que, a depender da seara do direito, deve se valer ora de tipos, ora de conceitos classificatórios.

Confira-se.

---

<sup>9</sup> Larenz faz ainda referência aos tipos empíricos, médios ou frequentes, assim como ao tipo jurídico total e estrutural. Os tipos médios e frequentes se evidenciam nas remissões feitas pela norma jurídica aos bons costumes ou à prática do comércio, tornando-se medidas móveis do comportamento social típico. Já o reconhecimento do tipo jurídico total depende do tipo empírico e da imagem total do fenômeno e não de notas isoladas do conjunto, tais como a figura do empregado-dirigente (*leitende Angestellte*), ou do representante comercial (*Handelsvertreter*). São, como se vê, tipos totais (reais normativos) e não conceitos gerais e abstratos. Já o tipo estrutural jurídico é colhido diretamente da vida social pelo legislador, tal como o contrato.

### 3.3.1.1 O tipo na hermenêutica jurídica

A Teoria Geral e a Ciência do Direito foram fortemente influenciadas pelo conceito geral abstrato, classificatório, cujo momento de ápice se deu com a escola da exegese que, criticada por Recaséns Siches (DERZI, 2007), visualizava o magistrado como uma máquina com três ranhuras e um botão: na primeira ranhura inseriam-se os fatos, na segunda a norma, na sequência apertava-se o botão e, da terceira ranhura, saía a sentença, pela aplicação do método de subsunção dos fatos aos conceitos positivados na legislação.

O tipo surge, então, como uma reação ao pensamento limitador do conceito classificatório, como uma proposta que visava captar as fluidas transições da vida, ligando-se ao movimento de distensão do positivismo exegético que se seguiu ao julgamento de Nuremberg.

A concepção tipológica, no sentido hermenêutico, é uma abordagem de ordem dos fatos a serem alcançados pela norma, distinguindo-se da abordagem de classe, própria dos conceitos.

Em uma abordagem de ordem, as propriedades são graduáveis, estando em diferentes graus de intensidade, maior ou menor, conforme a análise do caso isolado. É o caso, por exemplo, do contrato de *leasing*, que envolve várias características, um pouco de serviço, um pouco de financiamento, *et cetera*.

Segundo esclarece Misabel Derzi (2007, p.56), “*em uma série assim ordenada, por comparação, escolhem-se certos fenômenos, especialmente pronunciados, que sejam formas representativas ou médias para servir de medida a outros fenômenos*”. Portanto, “*ao contrário dos conceitos de classe, os tipos se interpenetram em ordenação gradativa, sem limites rigorosos*”.

Já em uma abordagem de classe, própria dos conceitos, opera-se um mecanismo de exclusão, “*ou ... ou*”. Ou se trata de renda, ou se trata de serviço, ou se trata de operação financeira. Não há a possibilidade de graduação das notas características. A classe é definida segundo um número limitado e necessário de características.

Ao delimitar espécies, atribuindo-lhes consequências jurídicas, não há a possibilidade de o intérprete graduar ou admitir transições fluidas e contínuas de uma espécie a outra. Exemplificativamente, ou se está diante de um furto ou se está diante de um roubo, não havendo que se falar em um fato que, embora seja apropriação indébita, está mais para roubo do que para furto. Gustav Radbruch (1936, p.166-75) percebeu essa dinâmica a

propósito do Direito Penal e afirmou que o relacional não poderia ser mais ou menos, mas sim uma excludente *ou*: ou há a espécie X ou a espécie Y.

Apesar de haver uma tendência tipológica nas correntes metodológicas mais recentes, especialmente as pós-positivistas, naquelas searas em que impera a segurança jurídica, como o Direito Penal, o Direito Tributário e os Direitos Reais, no âmbito do Direito Civil, a metodologia conceitual classificatória é a mais adequada para o estudo do objeto.

Afinal, não se poderia conceber um método dogmático-jurídico que se ocupasse de descrever, *v.g.*, as principais características do direito ao usufruto do bem imóvel, que, mesmo estando parcialmente ausentes em um ou outro caso, poderiam mesmo assim levar à caracterização do “tipo”.

Isso levaria à conclusão, incompatível com o direito positivo vigente, de que se pode ser “mais ou menos” usufrutuário de um bem imóvel, assim como “mais ou menos” proprietário dele, teses que não se compatibilizam com a certeza e objetividade que o ordenamento jurídico positivo quis imprimir a essa espécie de direitos.

No Direito Tributário, Alfredo Augusto Becker (1972, pp. 332-3) é claro adepto do método conceitual-classificatório. Segundo ele, “*uma vez criado o tributo, os intérpretes da lei devem investigar sua verdadeira natureza jurídica*” e “*encontrar o critério objetivo que independa das flutuações subjetivas de cada intérprete*”, o que nos parece adequado em uma seara cuja finalidade precípua é a transferência coativa do patrimônio privado para o público, ainda que dentro das atuais premissas de solidariedade social típicas do Estado Democrático de Direito. O mesmo raciocínio valerá para o Direito Penal, onde a finalidade precípua de garantir a ordem pública dá-lhe poderes para privar indivíduos de sua liberdade, e a depender de permissão em alguns contextos jurídicos, até da sua vida.

### **3.3.1.2. O uso do tipo pelo legislador.**

O segundo modo de utilização do tipo é pelo próprio legislador, que poderá positivizar condutas mais ou menos rígidas, conferindo certa margem de liberdade ao aplicador da lei.

Tanto em Direito Penal como no Tributário, a utilização pelo legislador dos conceitos classificatórios é imposta para fins de segurança jurídica, haja vista a invasão à liberdade e ao patrimônio individual que essas duas searas do direito viabilizam.

Consoante alerta Sacha Calmon Navarro Coelho (1982, p. 221), a positivação conceitual da norma jurídico-tributária deve ocorrer por completo, abarcando não apenas os elementos do seu antecedente, mas também do seu consequente.

O conceito normativo (“tipo fechado”), portanto, deve corresponder a uma estrutura total de sentido, que se forma pelos dados descritivos da hipótese, bem como pela prescrição dos efeitos dela advindos<sup>10</sup>.

Outros ramos do Direito, contudo, também se valem eventualmente dos conceitos classificatórios, como é o caso dos Direitos Reais, conforme lembra Oliveira Ascensão (1968), que são enumerados em rol *numerus clausus* pelo legislador, não sendo possível, por meio de contrato, criar direito real não positivado.

Conforme alerta Heleno Torres (2003, pp. 60-1), “*a definição legal dos tipos pode ser feita mais conceitualmente ou mais tipologicamente, conforme sejam dominantes as exigências de certeza e de segurança, ou adequação ao caso e plasticidade, respectivamente*”.

Não obstante, mesmo em seara na qual impera a atividade legislativa por conceitos, como a tributária e a penalista, é possível identificar uma tipologia, destinada especialmente a conferir exequibilidade à norma.

Esse raciocínio por tipos está usualmente ligado à necessidade de aplicação da lei tributária em massa, adotando-se o tipo médio e ignorando-se eventuais diferenças individuais.

No Direito Tributário, exemplo disso é a substituição tributária progressiva, na qual o preço do produto final é considerado pela média do seu valor no mercado, obtido mediante tabelas dos próprios fabricantes ou médias de preços fixadas pelo Poder Executivo ou, então, conforme aplicação de margens de lucro sobre o preço de aquisição, pelo comerciante, dos bens a serem revendidos.

Outro exemplo é o das deduções legais com educação no Imposto de Renda, em que se atribui um valor padrão para todos os indivíduos, desconsiderando-se o grau de escolaridade, a necessidade de educação especial, dentre outros fatores.

Ao identificar a dificuldade que se terá na aplicação prática da lei, o legislador prescreve padrões de conduta, conforme os tipos observados na prática, viabilizando a atuação do Poder Executivo.

Trata-se de medida em prol do princípio da eficiência administrativa, que, consoante lembra Onofre Batista Junior (2012, pp. 109-63), está expressamente positivado na Constituição desde a EC n° 19/98.

---

<sup>10</sup> Não existe aqui uma ontologização dos fatos tipos (ou geradores), mas a sua essência é definida a partir dos efeitos que gera. No mesmo sentido de Sacha Calmon (1982); Hensel (1956, p.74); Pinto, (1950, p. 357).

Nesses casos, todavia, é importante fazer um alerta: a utilização dos tipos se dá no momento pré-legislativo, com vistas a enformar a lei de modo que sua aplicação seja viável.

Dessarte, uma vez ocorrido o processo de positivação, a preponderância será do conceito e não do tipo. Afinal, para que a norma de tributação seja válida, é preciso determinar previamente todos os seus elementos, como visto no item antecedente.

No Direito Penal, o raciocínio por tipos está usualmente ligado aos crimes das modalidades culposas, os omissivos impróprios, ou delitos cuja descrição apresenta elementos normativos que depende da adequação legal ou social do comportamento a ser investigada pelo julgador diante das normas de conduta que se encontram fora da definição da figura penal, tal como os elementos normativos “sem justa causa”, “indevidamente”, “astuciosamente”, “decoro”, “dignidade”, “documento” etc. Nesses casos a finalidade é deixar ao julgador o fechamento operacional do conceito, diante da impossibilidade de se descrever todas as condutas taxativamente.

### **3.4. Conclusões sobre o modo de raciocinar por tipos e por conceitos.**

Conforme ensina Leenen (1971, pp. 53-4) está-se mais próximo de um conceito se este possuir características necessárias e irrenunciáveis; em havendo características renunciáveis e graduáveis, está-se mais próximo do tipo.

Assim, a diferenciação entre o tipo e o conceito classificatório é uma questão de grau, podendo existir no direito várias combinações que marcam a transição entre uma ou outra forma de pensar.

Na prática, o modo de pensar por *tipos* e o modo de pensar por *conceitos* se complementam, ainda que haja preponderância de um ou outro conforme as especificidades do ramo do Direito.

## **4 INTERPRETAÇÃO TRIBUTÁRIA E PENALISTA FRENTE À HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA**

Detlev Leenen (1971) afirma que a própria distinção entre tipo e conceito é gradual e tipológica. Sendo assim, entre os dois pólos identificáveis nitidamente – de um lado, o tipo puro e, de outro, o conceito classificatório fechado - podem surgir várias transições fluidas, sendo conceitos mais ou menos determinados, conceitos que pedem valoração ou preenchimento de significação.

Essa observação é relevante para que se possa deixar bem claro que se está ciente das críticas realizadas à ideia do conceito próprias das teorias clássicas da verdade, tais como conceito como essência, como certeza ou como coerência lógica, todas elas que servem para justificar uma perspectiva de obtenção de total segurança jurídica através dos chamados conceitos fechados de Direito Tributário ou Penal.

Genaro Carrió (1994, p.89) já afirmava que os elementos da Ciência do Direito, mesmo no Direito Tributário, se formam por proposições com diferentes graus de objetividade.

Não se desconhece a impossibilidade de atrelar de forma definitiva quaisquer conteúdos a termos lingüísticos antes de sua aplicação pragmática, tal como percebido por Wittgenstein (2002). Mas mesmo esse filósofo reconhece que a existência de algum âmbito de indeterminação não permite afirmar a ausência de limites na atuação do sujeito.

Em sentido muito aproximado, entende-se que essa posição, também, é a de Gadamer (1997). Se o giro hermenêutico gadameriano *balançou* as premissas cartesianas por demonstrar a impossibilidade de se ter a repetição de um mesmo resultado interpretativo de forma atemporal, indiferente às influências, subjetividades e pré-compreensões do intérprete, por outro lado refutou o risco de se ter uma imposição de opiniões pessoais em detrimento do objeto a ser investigado, rechaçando qualquer determinismo ou imposições desarrazoadas da situação hermenêutica do sujeito.

Caso contrário, não teríamos nunca a interpretação de um texto, mas sim, a produção de conteúdos novos, incoerentes com o objeto analisado:

“Aquele que quer compreender não pode se entrar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder se ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar receptiva a alteridade do texto. Mas essa neutralidade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa, nem tampouco, um anulamento de si mesma; implica antes de uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais”. (GADAMER, 1997, p. 358).

Ou seja, se não se pode falar em conceitos neutros, por outro lado, não se permite um vale tudo lingüístico.

Mesmo em Niklas Luhmann, conforme leciona Clarissa Baeta Neves (1977), o fechamento operacional essencial para a própria existência do direito não inviabiliza uma abertura semântica e cognitiva aos fatores externos do ambiente, os quais serão selecionados e

convertidos em dados próprios ao funcionamento do sistema. Nesses casos, quando a prioridade for a limitação do Estado e os direitos individuais, abertura cognitiva e semântica será muito menor, e a conversão dos dados será mais rigorosa.

Thereza Calvet, citando Searle, alerta que há uma realidade externa à linguagem, a qual ela – a linguagem – deve se referir, ainda que de maneira imperfeita e mutável:

“Searle defendia, assim, que “existe uma realidade que é totalmente independente de nossas representações” ou que “o mundo existe independentemente não apenas da linguagem, mas também do pensamento, da percepção da crença etc.” – o realismo externo – e, ao mesmo tempo, que todas as representações da realidade são feitas relativamente a algum conjunto de conceitos, mais ou menos arbitrariamente selecionado – o relativismo conceitual” (CALVET, 2011, pp. 238-39).

Como se nota, foge-se da concepção ontológica, mas reconhece-se um grau de significação relativa dos conceitos em relação ao que pretendem denotar.

Em premissas diversas, mas em sentido similar, defende Misabel Derzi ao afirmar que embora a ciência jurídica almeje a coerência e a unidade, o seu objeto “inegavelmente, não é um dado pronto, ser já feito, ao contrário, como a própria vida humana, o direito é tarefa, que se faz contínua e historicamente” (DERZI, 2007, p 369).

É nesse mesmo sentido que Humberto Ávila (2006, p. 32) se posiciona, afirmando que “não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.” Para ele o significado não é dado pelo conteúdo das palavras, mas depende de seu uso e interpretação, o que pode ser verificado pelo conteúdo que se dá aos termos em tempo e espaços diferentes e as inúmeras controvérsias que a doutrina estabelece em relação aos sentidos adequados que ao texto legal deve ser atribuído.

Heleno Tôrres parece, também, se posicionar no mesmo sentido de que é impossível um conceito determinado totalmente fechado *a priori*, pois os casos novos, e a própria inconsistência da realidade, levará a um resultado insuficiente, o qual não poderá ser atingido pela “simples descrição do “objeto” (ontologicamente considerado) (TÔRRES, 2011, p.78; e 2006. p. 227-249).

Seja encarando a questão da linguagem através da metáfora dos jogos, como Wittgenstein, seja encarando-a na perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann, no viés comunicativo de Habermas, ou até mesmo conforme a Teoria dos Atos de Linguagem, como

em Searle, é preciso ter em foco o contexto jurídico pelo qual os enunciados ou os desempenhos lingüísticos tomam forma.

Por isso, o modo de pensar por *Tipos* e o modo de pensar por *Conceito* devem ser visto como complementares. Enquanto Tipo é pensamento que admite mais fluidez, e renunciabilidade de suas notas características, os conceitos exigem um maior rigor e determinabilidade.

Mesmo no modo de pensar por conceitos não se defende uma isomorfia, ou seja, um engessamento conceitual, dos termos legislativos e seus correspondentes na realidade. Mesmo o modo de pensar por tipo não defende uma dimensão infinita de indeterminabilidade. A questão é que em determinados contextos jurídicos permite-se regras de jogo lingüístico que admitem a unidade do tipo, com uma maior renunciabilidade de notas e características, ou uso mais flexível e com maior graduação, enquanto em determinados jogos, a elasticidade é menor, sendo menor a dimensão de alteração pragmática de conteúdo.

Confira a discussão sobre as funções, as finalidades e as preponderâncias de cada modo de pensar, para se compreender melhor essas distinções.

#### **4.1 Funções. Finalidade. Preponderância**

Importante reforçar as diferenças terminológicas entre os modos de pensar por tipos e o modo de pensar por conceitos. A diferença terminológica faz sentido se levarmos em conta as características estabelecidas, embora seja comum na doutrina o uso do termo tipo para várias funções e finalidades, inclusive autores que adotam a expressão tipos fechados quando estão se referindo ao modo de pensar por conceitos.

Leenem (1971, pp. 53-4) distinguiu o pensamento conceitual do tipológico indagando se as características usadas na determinação são necessárias e suficientes para delimitar o conteúdo do pensamento de outros conteúdos: dessa forma, estar-se-ia mais próximo de um conceito, se há características necessárias e irrenunciáveis; estar-se-ia próximo do tipo, se há características renunciáveis e graduáveis.

Ao delimitar espécies, atribuindo-se conseqüências jurídicas para a ocorrência delas na vida real, não há a possibilidade do interprete graduar, ou admitir transições fluidas e contínuas de uma espécie a outra. Ou estamos diante de um furto ou estamos diante de um roubo, não há que se falar em um fato que embora seja apropriação indébita, está mais para roubo do que para furto.

Gustav Radbruch (1936, pp.166-75) percebeu essa dinâmica a propósito do Direito Penal e afirmou que o relacional não poderia ser mais ou menos, mas sim uma excludente *ou*: ou há a espécie X ou a espécie Y.

Conforme já se demonstrou, a diferenciação entre o tipo e o conceito classificatório é uma questão de grau, podendo encontrar no direito várias combinações que marcam a transição entre uma ou outra forma de pensar.

Embora não se possa falar em exclusivismo de um ou de outro, podemos falar em preponderância, conforme a função e a finalidade na utilização dos termos.

#### **4.1.1 Possibilidade do modo de raciocinar por tipos na metodologia jurídica**

Na metodologia jurídica a utilização do tipo ou da tipicidade é um novo instrumento de ordenação científica do conhecimento, ou ainda como meio de formação do próprio objeto de conhecimento que é o direito vigente, o qual, como se sabe, se atualiza, dia a dia, na dinâmica de suas aplicações concretas. A concepção do direito como um sistema aberto semanticamente – nem acabado, nem rígido – admite as séries tipológicas, fluidas e transitivas.

Nesses casos, a função do tipo – modo de raciocinar preponderante - é sujeitar o conhecido aos critérios de verificabilidade falso/verdadeiro, pois a **ciência do direito** não tem função prescritiva, mas tão-só descritiva.

Já o direito positivo, onde a regra é validade/não validade, imperando a função prescritiva, é possível aplicar os modos de raciocinar por tipo e por conceito, dependendo do valor jurídico a ser protegido.

O legislador, por exemplo, na questão contratual, utiliza-se de contratos típicos, valorizando a autonomia da vontade permitindo que os próprios indivíduos criem outros modelos, desde que observados os princípios e cláusulas gerais do direito privado.

Mesmo a distinção dogmática entre Direito Público e Direito Privado, ou seus subramos é tipológica, pois serve somente como modelo comparativo, não sendo definidor global da realidade (TÔRRES, 2003, p 48).

O Direito em si, admite tanto o método tipológico quanto o método conceitual, dependendo do modo como o geral e o abstrato sejam ordenados. Se há valorização excessiva de propriedades pertinentes à fixação de determinadas condutas, aproximamo-nos da descrição normativa do pensamento conceitual. Se há uma maior gradação de características de modos de combinação, a infixidez do seu número, sua permutabilidade nos aproxima mais

do pensamento tipológico. Para Heleno Tôrres (2003, pp. 60-1), “a definição legal dos tipos pode ser feita mais conceitualmente ou mais tipologicamente, conforme sejam dominantes exigências de certeza e de segurança, ou adequação ao caso e plasticidade, respectivamente”.

O tipo, na acepção técnica da metodologia moderna, sendo considerada uma ordem fluida que aceita transições graduais atende melhor aos princípios jurídicos de funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais, obtendo melhores resultados quando se pensa na justiça e na igualdade material. Porém, se o enfoque é a segurança jurídica, a uniformidade e a praticidade, é por meio dos conceitos determinados, cujas notas irrenunciáveis fecham-no rigidamente, que se encontra a estabilidade das relações jurídicas.

#### **4.1.2 A preponderância do modo de pensar por conceitos no Direito**

O que se tem chamado de *tipo* dentro do direito penal e dentro do direito tributário, melhor traduzido por fato gerador, possui um sentido oposto do que o utilizado na metodologia, adequando-se melhor a idéia de conceito determinado. Dado os limites do texto, a errônea introdução do termo *tipo* para designar o fato gerador da sanção ou do dever de arrecadar não será aprofundada. O legislador nacional, desde a Lei 7.209, de 11.07.1984 e, posteriormente, a Constituição de 1988 referem-se ao tipo penal, no sentido de *Tatbestand*. O princípio da tipicidade continua sendo invocado como sinônimo de *Tatbestand*, ou identificado ao modo de pensar por classes e espécies, exatamente seu oposto, ou seja, o conceito determinado e fechado.

O mesmo se dá no uso inadequado da palavra no modo de raciocinar que o poder administrativo emprega para simplificar a execução das leis tributárias, onde os conceitos são rígidos com padrões numericamente definidos, facilitando a aplicação das leis em massa.

Nesses casos a prevalência da tendência conceitual classificatória valoriza a segurança e estabilidade das relações jurídicas em prejuízo da permeabilidade e às mutações sociais, que só podem ser absorvidas através de um processo legislativo definido.

Não se admite a flexibilidade, a gradação e a renunciabilidade das notas inerentes ao tipo, pois essas características chocam-se com os princípios em vigor, no direito tributário e no direito penal; quer aqueles que norteiam a rígida discriminação constitucional da competência tributária no federalismo brasileiro e aqueles inerentes a delimitação das penas e dos delitos, seja aqueles inerentes à república e às garantias e direitos individuais.

O direito penal e tributário conhecem os tipos somente de uma maneira residual, nem tampouco as cláusulas gerais, que atuem em prejuízo do cidadão, exatamente em razão da segurança jurídica.

Muito embora, como já foi afirmado, mesmo nessa tentativa de determinar o conceito, é possível se deparar com uma zona de indeterminabilidade, tal como poder de graduar alíquotas, ou zonas de penumbra que geram dúvidas na aplicação da norma. Isso não pode levar a negativa da prevalência do modo de pensar por conceito sobre o pensamento tipológico, pois mesmo nesses casos de imprecisão a ciência deverá operar com as alternativas ou/ou e nunca pelas alternativas mais ou menos.

Por exemplo, o Tribunal, não poderá falar se houve mais ou menos um crime, ou se incide mais ou menos uma espécie tributária. Assim, uma vez determinado essa zona de penumbra, seja pelo legislador seja pelo judiciário, fixa-se o conceito, ou a interpretação própria daquele termo jurídico.

Mesmo quando se prepondera o princípio da praticidade, empregando-se meios ou técnicas de tornar simples e viável a execução das leis, tais como as pautas de valores, ou a substituição tributária, entre outros, a tipificação através do caso médio, padrão, freqüente, não é exatamente um tipo, mas um conceito determinado. Derzi (2007, pp. 366-7) explica de forma clara que “se o direito quer reforçar a segurança ou a praticidade [ele] fecha o tipo, através de conceitualização abstrata e determinada (*iuris et de iure*), ou o quantifica em número fixo”.

Sem se adentrar às críticas a esse modo de aplicação da lei<sup>11</sup> é preciso afirmar que a preponderância aqui é do conceito e não do tipo – especialmente quando se pensa em desfavor do acusado ou do contribuinte –, pois, para que se aplique de maneira prática e geral é preciso determinar valores, tempo, espaço etc, não se admitindo transações nessas características.

#### **4.2 A preponderância do pensamento conceitual classificatório no Direito Tributário e no Direito Penal.**

Embora não se possa falar em exclusivismo, pode-se identificar uma prevalência do pensamento conceitual classificatório no Direito Tributário e no Direito Penal, especialmente

---

<sup>11</sup> Ver as críticas realizadas por COIMBRA (1999, p. 51-63), e outros posicionamentos do mesmo autor em relação à formação dos preços na Substituição Tributária. Ver, também, as observações de DERZI (2007, p. 377).

em se tratando das normas ensejadoras do dever de pagar tributo ou das normas que sancionam a conduta.

De fato, não se admite no âmbito tributário e penalista a flexibilidade, a gradação e a renunciabilidade das notas inerentes ao tipo, pois essas características se chocam com os princípios que norteiam o princípio da legalidade; no âmbito tributário, admitir a prevalência do tipo, feriria a rígida discriminação constitucional de competências tributárias no federalismo brasileiro; no âmbito penalista, admitir a prevalência do tipo, feriria a imposição do princípio *nullum crimen sine lege*, de forma que somente aquele fato descrito na norma pode ser punido. Tudo isso para proteger àqueles princípios inerentes às garantias e aos direitos individuais.

Nesse caso, a prevalência da tendência conceitual classificatória valoriza a segurança e a estabilidade das relações jurídicas em prejuízo da permeabilidade e das mutações sociais, que só podem ser absorvidas através de um processo legislativo definido.

Obviamente haverá hipóteses em que a conceituação cederá lugar à tipologia, como ocorre, por exemplo, com o poder atribuído ao Poder Executivo de graduar alíquotas de certos tributos (II, IE, IPI, IOF, CIDE-combustíveis), o que se justifica por finalidades extrafiscais e não arrecadatórias; ou no caso da maioria dos crimes culposos que podem ocorrer a depender das variações das condições ou das circunstâncias de sua realização; ou, até mesmo, no caso das excludentes da ilicitude que favorecem o réu, e por isso pode-se falar em uma tipologia, e não em uma classificação esgotante.

Poderá o Executivo graduar a intensidade da tributação para mais ou para menos, conforme as contingências econômicas vivenciadas, o que tem sido inclusive observado no cotidiano brasileiro nos últimos tempos, especialmente desde a crise de 2008.

Poderá o julgador, diante do caso concreto, sopesar as condições e as circunstâncias e verificar se é caso de imprudência, imperícia, negligência, ou nenhuma das hipóteses<sup>12</sup>.

#### **4.3 A relação entre o princípio da legalidade e os conceitos classificatórios.**

Conforme leciona Flávio Bernardes (2007, p. 95), “*o Estado de Direito confunde-se com o princípio da legalidade*”.

---

<sup>12</sup> Mas tudo isso, com os requisitos previamente estabelecidos em lei, ou, em determinados casos, conforme os requisitos estabelecidos pela jurisprudência dominante, que se alterada para prejudicar o réu só poderá surtir efeito prospectivamente. Sobre esse tema, ver Derzi, 2009.

De fato, sendo a legalidade a base da tributação e da possibilidade de se punir, prevalecendo na seara tributária e penalista o pensamento conceitual classificatório, pode-se afirmar que a lei formal deve especificar todos os elementos essenciais da obrigação tributária ou do corpo delito, tanto do seu antecedente como do seu conseqüente, do que decorre o princípio da especificidade conceitual fechada, impropriamente chamado princípio da tipicidade nos países de língua latina.

A mesma linha é seguida por Casalta Nabais (1998, p.368), para quem os elementos essenciais da norma de incidência do tributo devem estar previstos na lei, em homenagem ao princípio da “determinabilidade”, que exige reserva formal e material de lei para instituição das obrigações tributárias.

Aprofundando o tema, Alberto Xavier (2001, p.17) leciona que o legislador não pode criar conceitos tributários amplos, abrangendo de forma geral o quadro das situações tributáveis, ou seja, as reveladoras de capacidade contributiva.

Argumentos que valem, *mutatis mutantis*, para o Direito Penal.

Inobstante, corre-se o risco:

a. no direito penal, diante de políticas públicas criminais baseadas em clamor popular motivado pela crescente onda de violência ou em razão da complexificação das ações humanas que levam a atividades que dificultam a determinação da autoria, tal como o direito econômico e o direito ambiental, o alargamento das hipóteses de incidência da norma incriminadora através dos tipos;

b. no direito tributário, diante da necessidade de arrecadação do Estado para promoção de suas cada vez mais crescentes atividades, aliada a ineficiência da gestão pública, corrupção e emergência de complexas atividades econômicas, a criação de hipóteses tributárias pouco precisas, deixando a cargo do fisco a sua aplicação.

## **5 RACIOCÍNIOS TIPOLÓGICO E CONCEITUAL: O POLUIDOR PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO E PARA O DIREITO PENAL**

O exemplo que se coloca aqui em análise é utilizado para fins de ilustrar como a questão se aplica na prática e nos estudos em Direito Tributário e Direito Penal. Trata-se, portanto, de um exercício exemplificativo para compreensão do leitor da metodologia jurídica no ensino, na pesquisa e na aplicação desses Direitos. Quem é e quem pode ser o Poluidor-Pagador para fins de incidência do tributo e para fins de responsabilização penal? Confira:

## 5.1 Poluidor-pagador no Direito Tributário

O STF não permitiu a aplicação do modo tipológico de raciocinar para fins de tributação e levou o legislador a fechar operacionalmente o conceito através da criação de uma lista taxativa de atividades no caso do Poluidor-pagador.

O art. 8º da Lei nº 9.960/00, modificando o art. 17 da Lei nº 6.938/81, estabeleceu como sujeitos passivos da taxa do IBAMA “*as pessoas físicas e jurídicas obrigadas ao registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais*”. Porém, como a lei não enumerava as atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais (que ensejariam o cadastro administrativo dos contribuintes da taxa), e entendendo que “poluidor” não seria um conceito, mas sim um tipo, aberto a diversas interpretações, o STF declarou inconstitucional a referida lei. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.178, de 2000, a Suprema Corte entendeu que a Lei n. 9.960/00 teria inobservado o princípio da especificidade conceitual fechada, que exige, como visto linhas atrás, a positivação legal de todos os aspectos do antecedente e do consequente da norma de tributação (legalidade no sentido material).

No voto, o Relator, Ministro Ilmar Galvão deixa claro que a conceituação do sujeito passivo vale por conceituação nenhuma, visto não trazer a lei a necessária enumeração das referidas atividades.

Prossegue afirmando que sequer fixou as alíquotas ou o critério a ser utilizado para cálculo do valor devido. O legislador, então, criou a Lei n. 10.165/00, que instituiu a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), determinando como fato gerador da taxa o poder de polícia exercido pelo IBAMA e o sujeito passivo como “*todo aquele que exerça atividades constantes no anexo VIII*”. Tal legislação foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 416.601, em 2005.

Nesse caso, entende-se que o princípio da determinação conceitual foi atendido já que os conceitos foram fechados pela técnica da enumeração taxativa. É de se reconhecer a grande dificuldade em determinar a figura do poluidor, já que nas sociedades de riscos contemporânea, todos poluem.

Mas observa-se que embora a lei tenha trazido um conceito tipológico, o seu fechamento operacional foi realizado através de um anexo, que poderá ser facilmente alterado para incluir novas atividades que surgirem na sociedade.

## 5.2. Poluidor-pagador no Direito Penal

O caso do Direito Penal difere-se em relação ao caso do Direito Tributário. No caso do Direito Tributário, basta identificar a atividade, e a responsabilidade tributária surge para a empresa ou a pessoa física que dela é responsável ou que se aproveita.

No caso do Direito Penal, duas complicações se colocam:

- a. como identificar a culpa ou o dolo na ação do poluidor?
- b. como fechar operacionalmente as atividades que serão consideradas poluentes?

Para o primeiro problema, a Lei n. 9.605/98, que estipulou os Crimes Ambientais, aderiu à polêmica doutrina da realidade ou organicista, reconhecendo a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Com previsão Constitucional, tem recebido garrida pelos Tribunais brasileiros.

Para a questão relacionada ao fechamento operacional do conceito das atividades que serão consideradas poluentes, e por conta disso típicas para fins criminais, o STJ tem adotado uma postura cautelosa para evitar uma intervenção do direito penal a qualquer custo.

No Habeas Corpus n. 86.913-PR, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, o STJ assim se posicionou:

“A moderna doutrina (Teoria Constitucionalista do Delito) desmembra a tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, em três aspectos: o formal ou objetivo, o subjetivo e o material ou normativo.

A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo (abstrato) previsto na lei penal, possuindo como elementos: a conduta humana voluntária, o resultado jurídico, o nexos de causalidade e a adequação formal.

O aspecto subjetivo do fato típico expressa o caráter psicológico do agente, consistente no dolo.

A tipicidade material, por sua vez, implica a verificação se a conduta – subjetiva e formalmente típica – possui relevância penal, em face da significância da lesão provocada no bem jurídico tutelado, observando-se o desvalor da conduta, o nexos de imputação e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real, transcendental, intolerável e grave (significante)”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 86.913-PR, 2007, p. 5 do relatório).

Assim, admite que a conduta do poluidor deve ser significativa do ponto de vista da reprovação social, e significativa do ponto de vista do resultado, que deve ser uma lesão relevante.

Dessa forma, embora a idéia de poluidor e de poluição possa incorrer no modo de pensar por tipos, o STF mitiga essa questão, exigindo que o resultado da conduta seja pelo menos relevante do ponto de vista social e de seu resultado.

Como se pode perceber, se trata somente de uma exemplificação, de como os Tribunais utilizam esse modo de pensar, sendo que inclusive na própria discussão sobre o conceito de poluidor-pagador há outras decisões e outras ponderações a serem realizadas, as quais não se podem realizar diante dos limites do trabalho proposto.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tanto o modo de pensar por tipos como o modo de pensar por conceitos têm sido utilizados a favor de uma ideologia ou até técnicas próprias a determinados ramos do direito, a depender das fontes do direito, do papel da vontade individual e da necessidade de proteção à pessoa e a confiança estabelecida entre as partes com a sociedade.

As três grandes divisões paradigmáticas do Direito - Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito - influenciam fortemente a predominância de uma ou outra técnica. Se no Estado Liberal o forte apego ao positivismo não foi capaz de resolver o problema da igualdade, no Estado Social a preponderância do executivo trouxe fortes desajustes democráticos e econômicos para a sociedade.

Georges Burdeau (1939, p.48) afirma que dois elementos são tradicionais em toda ordem jurídica: a segurança e o progresso. Dependendo da corrente hermenêutica adotada, haverá sempre o privilégio de um em detrimento do outro, em maior ou menor grau, pois enquanto a segurança se liga à estabilidade e imutabilidade, o progresso se relaciona com mudanças contínuas e velozes.

No Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica demanda o raciocínio conceitual em matéria tributária e penal: ou o fato está contido na norma ou não está.

O fato de a contemporaneidade ser complexa não confere à vontade individual do governante o poder de criar, ampliar ou extinguir tributos ou penalidades. Na seara tributária e na seara penal, a nosso ver, se determinado fato não encontra previsão expressa na hipótese de incidência legal, verifica-se a “norma geral exclusiva”, no sentido apontado por Bobbio (1999), ou seja, não se dará o nascimento do tributo ou a “tipificação” da conduta criminosa.

Maurice Hauriou (2003, p.130) afirma que *“en matière juridique es preciso busca siempre garantías y seguridades. No basta un derecho sea reconocido y declarado; es necesario garantizarlo, porque llegarán ocasiones en que será discutido y violado”*. A segurança não é um requisito exclusivo do Direito Tributário e do Direito Penal, mas nele a fluidez e a abertura semântica deverão ser muito menor.

Uma vez que o legislador fixou o sentido do conceito, ou uma vez que o Poder Judiciário deu a ele um determinado sentido dentre vários possíveis, qualquer alteração deve vir de uma lei no sentido formal, não podendo o cidadão ou o contribuinte ficar a mercê dos mecanismos hermenêuticos da administração tributária ou da persecução penal.

Ademais, cabe tanto ao legislativo, quanto ao judiciário expor ao máximo as características irrenunciáveis que devem ser constatadas no fato descrito a fim de se aplicar a consequência jurídica.

## **7 CONCLUSÃO**

Seja no paradigma do positivismo clássico, onde há forte pretensão da veracidade, seja no paradigma que engloba o pós-positivismo, onde a abertura semântica predomina na compreensão dos jogos de linguagem, Direito Tributário e Direito Penal devem ter carga mais forte de ostensividade e as mudanças não podem ter por base comportamentos sociais, mas apenas e tão-somente a lei.

Não é o momento de retrocedermos a antes da Magna Carta com espreque em teorias fundadas na solidariedade ou na capacidade contributiva, ou na maximização da intervenção penal.

É de se reconhecer que qualquer estudo referente ao Direito Penal e ao Direito Tributário deve dialogar com a complexidade fático-normativa, porém, não se pode autorizar mitigações no princípio da legalidade, especialmente em relação aos princípios da anterioridade da norma e da sua determinação conceitual, tudo isso em favor da preservação da confiança no Estado Democrático de Direito.

Afinal, como já dizia Edgar Bodenheimer (1966), o Direito é sempre a síntese entre a ordem e o justo; quanto mais ordem, menos justiça; quanto mais justiça, menos ordem. Se há uma seara jurídica na qual a ordem deve prevalecer em qualquer hipótese, esta seara é o Direito Tributário e o Direito Penal. Que assim seja e permaneça!

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BERNARDES, Flávio Couto. **Direito Tributário Moçambicano**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.
- BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito, filosofia e metodologia jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BOUVIER, Michel. **Introduction au Droit Fiscal General et à la Théorie de l'Impot**. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2001.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus n. 6.913-PR**. Brasília, 2007.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.178**. Brasília, 2000.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 416.001**. Brasília, 2005.
- BURDEAU, Georges. **Essai sur l'évolution de La Notion de Loi em Droit Français**. Arch. Phil. Dr. et Social Jur., 1939.
- CALVET, Thereza. **Filosofia Analítica e Filosofia Política: A dimensão pública da linguagem**. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **La Certeza Del Diritto**. OÑATE, Flávio Lopes de (coord.). *La CertezzadelDiritto*. Milano: Giuffrè, 1943.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO NETTO. Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.
- CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina, 1998.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COIMBRA, Paulo. **O Regime da Substituição Tributária Progressiva à Luz dos Princípios da Isonomia e da Capacidade Contributiva**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo/SP, v. 41, n.fev/99, p. 51-63, 1999.

- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo.** Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário.** São Paulo: Ed. Noeses, 2009.
- FEBRAJO, Alberto. **Prefácio.** In: LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica.* Bologna: Il Mulino, 1978.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Atlas, 1998.
- GADAMER, Hans-George. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol. 1. 5ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GEIGER, Theodor. **Ideología y verdad.** Tradução de Margarita Jung. Buenos Aires: Amorrortu, 1972.
- HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional.** Tradução de Carlos Ruiz Del Castilho. Granada: Comares, 2003.
- JUNG, Carl. **Tipos Psicológicos.** Petrópolis: Vozes, 2008.
- KAUFMANN, Arthur. **Analogia y naturaleza de las cosas.** Santiago: Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. Coimbra: Armênio Amada, 1984.
- KIRCHHOF, Paul. **Steuerungehung und Auslegungsmethoden.** StuW, 1983.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito,** 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEENEN, Detlev. **Typus und Rechtsfindung.** Berlin: Duncker e Humblot. 1971.
- LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas.** Mexico D.F.: Anthropos, 1996.
- NAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.
- NEVES, Clarissa Baeta e outra (coords.). **A nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: Ed. UFRGS, Goethe Institut, 1977.
- OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário e Direitos Fundamentais – uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Arraes, 2010.
- PINTO, Bilac. **Isenção Fiscal.** RDA 21, São Paulo. Jul-Set. 1950.
- POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. **Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken.** Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, n. XII, 1936.
- TIPKE, Klaus. **Steuerrecht.** Einsystematischer Grundriss. Köln: Otto Schmidt KG, 1983.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica – Metodologia da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado: autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- TORRES, Heleno Taveira. **Tipicidade e hermenêutica dos conceitos e formas na construção das normas jurídicas: o fim da analogia no direito.** In: Democracia, Direito e Política: estudos em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** V.1. Milano: P. Rossi, 1968.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.** São Paulo: RT, 1978.
- XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva.** São Paulo: Dialética, 2001.