

A FUNÇÃO DA AXIOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA AUTORREFERENCIAL DO DIREITO

RODRIGO MARTINS DA SILVA³⁰

Resumo: Este trabalho analisa *se e como* os valores (dados axiológicos) influenciam a construção da norma jurídica. A pesquisa avalia a Teoria dos Sistemas, a Teoria do Direito como Sistema Normativo Aberto de Regras e Princípios e, principalmente, a Teoria do Direito como um Sistema Normativo Autopoiético. As conclusões alcançadas são analisadas à luz da construção da norma jurídico-tributária e confrontadas com decisões proferidas por Tribunais Superiores, com vistas a infirmar ou confirmar as conclusões alcançadas.

Palavras-chave: Direito. *Autopoiesis*. Teoria dos Valores. Construção da norma jurídica.

Sumário: Introdução; 1. A Axiologia no Direito; 1.1. Definição de valor; 1.2. As características dos valores; 1.3. A relação da Axiologia com o Direito positivo; 1.4. A influência da Axiologia na construção da norma jurídica; 1.5. Da enunciação à norma: a constante presença do dado axiológico; 2. A autorreferenciabilidade do Direito; 2.1. O sistema do Direito; 2.1.1. A Teoria do Direito como um Sistema Normativo Aberto de Regras e Princípios; 2.1.2. A Teoria do Direito como um Sistema Normativo Autopoiético; 3. Os princípios jurídicos: breves anotações; 3.1. Princípios jurídicos e valores; 3.2. Valores e limites objetivos nos princípios jurídicos da tributação; 4. Teoria e aplicação do princípio do não-confisco; 4.1. O princípio do não-confisco tributário à luz da Teoria dos Valores; 4.2. A jurisprudência acerca do princípio do não confisco tributário; Conclusão; Referências.

³⁰ Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP), professor e advogado.

INTRODUÇÃO

O estudo da composição, estruturação e funcionamento do Sistema do Direito sempre foi causa de enorme inquietação nos meios acadêmicos e, por consequência, motivo de elevadíssimos debates teóricos.

Uma das questões inquietantes diz respeito à secular tensão entre a Teoria do Conhecimento e a Teoria dos Valores no âmbito do Direito.

Diversos pensadores separam a Axiologia e a Ciência do Direito, o que causa profunda irresignação à significativa parcela de jusfilósofos que sustentam que o Direito não pode ser dissociado dos valores, sob pena de impossibilitar-lhe alcançar os seus próprios fins, quais sejam, tutelar os valores prestigiados pela sociedade.

Objetiva-se, assim, com o presente estudo, enfrentar a questão da influência da Axiologia no Direito.

Para tanto buscaremos a definição de *valor*, suas características e como se dá sua influência na construção do Direito, seja em seu âmbito positivo ou normativo.

Procuraremos analisar, ato seguinte, as premissas levantadas à luz da Teoria do Direito como Sistema Normativo Aberto de Regras e Princípios e à luz da Teoria do Direito como um Sistema Normativo Autopoiético, perpassando, inclusive, pela própria noção de Sistema do Direito.

A depender de nossas conclusões verificaremos, após tratar brevemente sobre que é um princípio jurídico, qual é sua relação com a Axiologia, e se todos os princípios são valores, aproximando nossas conclusões dos princípios jurídicos que regem a tributação.

Com base nas informações levantadas analisaremos o princípio do não-confisco tributário, com vistas a verificar se a Teoria dos Valores exerce alguma influência na delimitação de sua extensão, e principalmente *como e por que meios* o Direito permite esta influência.

Por fim, testaremos nossas conclusões analisando decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e que têm por objeto o princípio eleito.

Objetivamos, assim, com este estudo, compreender *se há e qual é* o papel dos valores na delimitação da extensão dos princípios jurídicos da tributação, para compreender, por consequência, *se e como* os valores participam da estruturação do Sistema do Direito.

Nossa pesquisa será guiada pelo raciocínio de Niklas Luhmann acerca da autonomia e evolução dos subsistemas sociais, dos quais o Direito é parte.

1 A AXIOLOGIA NO DIREITO

Entendemos ser importante dar início ao presente estudo destacando a observação feita por Renato Lopes Becho (2009, p. 25), de que há séculos a história da filosofia convive com a tensão entre a Teoria do Conhecimento e a Teoria dos Valores, e que diversos pensadores excluem a Axiologia da filosofia, justificando tal exclusão pela impossibilidade de submeter os valores ao crivo do binômio verdade/falsidade.

Partindo do fato de que a pretensão de negar como filosófico o pensamento axiológico não é unânime, queremos registrar que nos posicionamos ao lado daqueles que defendem a importância da Teoria dos Valores no pensamento jusfilosófico atual. A pragmática inegavelmente nos demonstra, todos os dias, com especial destaque às decisões exaradas pelo Poder Judiciário, que as questões jurídicas parecem ser, sim, impregnadas de valores.

Devidamente destacada a importância que empregamos ao dado axiológico no Direito, passemos a analisar *que é valor, suas características, e como ele influencia o Direito positivo e a construção da norma jurídica*.

1.1 Definição de valor

O objeto de nosso estudo impõe que delimitemos, em primeiro lugar, que é *valor*, para somente após investigar sua influência na construção da norma jurídica, bem como ocorre essa influência.

De acordo com filósofo alemão Johannes Hessen (2001, p. 47), valor “... é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado com uma certa consciência capaz de a registrar.”

Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 175), inspirado pelos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, conforme ele próprio afirma, ensina que os “... valores são preferências por núcleos de significação, ou melhor, são centros significativos que expressam preferibilidade por certos conteúdos de expectativa.”

Assim, de acordo com os referenciados teóricos, podemos sustentar que *valor* é a não-indiferença de um sujeito perante um objeto ou – de outra perspectiva – a consciência de um sujeito relativamente a um objeto. É, pois, um vínculo que se institui entre um sujeito e um objeto, de tal modo que aquele não se comporta com indiferença perante este, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas.

Renato Lopes Becho (2009, p. 43) explica que para Johannes Hessen “... o valor, no qual situamos os juízos morais, é uma atribuição feita por uma pessoa com relação a outra pessoa ou a uma coisa.” Com razão, pois, conforme afirma Hessen (2001, p. 47), citado por Becho: “... a determinação do valor de um objecto se acha numa relação muito mais íntima e subjetiva com o sujeito do que a determinação objectiva de um ser.”

Disso é possível concluir que *o valor não é inerente ao objeto*; é sempre a este atribuído por alguém.

Indo ao encontro da afirmativa feita pelo referido filósofo alemão, Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 176) ensina que:

(...) os valores não têm expressão ôntica, isto é, eles não são, não consistem em algo, mas valem, e só se pode predicar sua existência como algo aderente ao ser e não como alguma coisa que tenha um ser. Haveria uma dependência ontológica dos valores com relação ao ser.

Assim, o que nos dá acesso ao universo dos valores é a *intuição emocional*, e não a *intelectual* (CARVALHO, 2008, p. 176). Dessa impossibilidade de acesso por meio da intuição intelectual, isto é, racional, pensamos decorrer aquela afirmação de que não é possível submeter os valores ao crivo do binômio verdade/falsidade.

Sobre a atividade emocional de valorar, Johannes Hessen (2001, p. 40) nos ensina o seguinte:

Todos nós valoramos e não podemos deixar de valorar. Não é possível a vida sem proferir constantemente juízos de valor. É da essência do ser humano conhecer e querer, tanto como valorar. E até, se pretendermos ver a vontade o centro de gravidade da natureza humana – como já Santo Agostinho pretendia a crer – mais uma razão para afirmar que o valorar pertence à essência do homem. Todo o querer pressupõe um valor. Nada podemos querer senão aquilo que de qualquer maneira nos pareça valioso e como tal digno de ser desejado.

Essas lições nos levam a concluir que o *valor* não tem, efetivamente, *existência ôntica*, dado que seu *existir* consiste apenas no *ato psicológico de valorar*, ato esse pelo

qual atribuímos qualidades positivas ou negativas aos objetos captados pela nossa intuição sensível.

Visto que é *valor*, passemos a analisar, então, suas características, com vistas a prosseguir na investigação do nosso objeto de estudo.

1.2 As características dos valores

Não obstante sua inexistência ôntica, Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 177) ensina – embasado nas lições de Miguel Reale, que, ao desvincular os valores dos objetos, deu *status* autônomo à Axiologia³¹ – que há traços que assinalam a presença dos valores, permitindo-nos identificá-los, destacando as seguintes características: i) a bipolaridade; ii) a implicação recíproca; iii) a referibilidade; iv) a preferibilidade; v) a incomensurabilidade; vi) a hierarquização; vii) a objetividade; viii) a historicidade; ix) a inexauribilidade; e x) a atributividade. Sobre tais características, explica:

a) a bipolaridade, apenas possível entre os objetos metafísicos e culturais, que é a marca obrigatória dos valores. Onde houver valor, haverá, como contraponto, o desvalor, de tal modo que os valores positivos e negativos implicam-se mutuamente, daí b) a implicação recíproca. A terceira nota c) é a necessidade de sentido ou referibilidade, querendo significar que o valor importa sempre uma tomada de posição do ser humano perante alguma coisa, a que está referido; Além disso, as estimativas são d) entidades vetoriais, apontando para uma direção determinada, para um fim, e denunciando, com isso, preferibilidade. Por outro lado, e) não sendo passíveis de medição, os valores são incomensuráveis, mas f) apresentam forte tendência à graduação hierárquica, o que exprime a inclinação de se acomodarem em ordem escalonada, quando se encontram em relações mútuas, tomando como referência o mesmo sujeito axiológico. O fato de não poderem ser mensurados mostra a flagrante incompatibilidade entre o reconhecimento das estimativas e sua medição, seja qual for o padrão adotado. Entenda-se por incomensurabilidade, portanto, o sem-sentido semântico que representaria estabelecer proporções de medida aos valores. Além das características lembradas, g) os valores requerem sempre objetos da experiência para neles assumir objetividade. Não se revelam sem algo que os suporte e sem uma ou mais consciências às quais se refiram. A objetividade é consequência da particular condição ontológica dos valores. Se eles se configuram como qualidades aderentes, que os seres humanos predicam dos objetos (reais e ideais), hão de requerer, invariavelmente, a presença desses mesmo

³¹ Não obstante reconheçamos que a tese pertence a Miguel Reale, preferimos, por opção metodológica, trabalhar com a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, devido aproximar-se ao ramo didático objeto de nosso estudo, qual seja, o Direito Tributário.

objetos. Chamamos, aqui, de ‘objetividade’ a esse atributo intrínseco a todos os valores, a despeito de sua verificação cognoscitiva processar-se mais emocional do que racionalmente.” Em seguida referida autor aponta, ainda sobre as características dos valores, que “(...) h) eles vão sendo construídos na evolução do processo histórico e social, o que lhes dá o timbre de historicidade. Com efeito, os valores não caem do céu, mas vão sendo depositados, gradativamente, ao longo da trajetória existencial dos homens. O elemento da historicidade nos valores significa, portanto, que eles não aparecem do nada, de um momento para outro, tratando-se de uma particularidade importante que integra sua estrutura lógica. Outro, porém, é i) a inexauribilidade, exibindo, a cada passo, que os valores sempre excedem os bens em que se objetivam. Mesmo que o belo seja insistentemente atribuído a uma obra de arte, sobrar esse valor estético para muitos outros objetos do mundo. Tal transcendência é própria às estimativas, de modo que o bem em que o valor se manifesta não consegue contê-lo, aprisioná-lo, evitando sua expansão para os múltiplos setores da vida social.” Por derradeiro, menciona a “(...) j) atributividade, aspecto relevantíssimo que enaltece o ato de valoração, deixando acesa a lembrança de que os valores são preferências por núcleos de significação ou centros significativos que expressam uma preferibilidade por certos conteúdos de expectativa, como já ficou dito linhas acima. Ao mesmo tempo, acentua o caráter de não indiferença de um sujeito ou de uma consciência motivada, em face de algo que esteja à sua frente. É uma relação entre o agente do conhecimento e o objeto, tal que o sujeito, movido por uma necessidade, não se comporta com indiferença, atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas.

Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 257-258) destaca as mesmas características, conforme será melhor analisado adiante, ao tratarmos da identificação dessas características no Direito, somando, ainda, a esse rol, a *indefinibilidade*, segundo a qual não há um conteúdo normativo próprio para cada texto, pois são várias as interpretações possíveis.

Assim, não obstante a inexistência ôntica do *valor*, é possível identificar seu peculiar *existir* – consistente apenas no *ato psicológico de valorar* – a partir da identificação de tais características.

Vejamos, então, qual a relação existente entre a Axiologia e o Direito positivo.

1.3 A relação da Axiologia com o Direito positivo

Hans Kelsen (2009, p. 1) inicia sua consagrada obra afirmando que “A teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo...”, explicando, logo em seguida, com base nessa afirmação, que “... isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas

dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.”

Embasados nesta teoria, diversos autores sustentam que o Direito encontra-se totalmente dissociado dos valores, o que colaborou, inclusive, para a ascensão e consolidação da escola dogmática denominada *positivismo jurídico*.

Renato Lopes Becho (2009, p. 181) explica que depois de Marsílio de Pádua e Thomas Hobbes, provavelmente o maior teórico do positivismo jurídico seja Hans Kelsen, que, com a obra em questão, explicou o direito de forma estrita, como mera técnica de organização social, avalorativa e sancionatória, exteriorizada pela lei, e somente pela lei, sem qualquer interferência da psicologia, sociologia, ética, teoria política ou qualquer outra área do conhecimento humano.

Assim, de acordo com a obra do mestre de Viena, o Direito é aquele estipulado pelos legisladores, não lhe interessando – ao Direito – qualquer dado que seja alheio a esta referência.

A consolidação do *juspositivismo*, caracterizada por um *Direito avalorativo*, em contraposição às escolas que sustentavam a *existência de valores no Direito*, como o *jusnaturalismo*, ocasionou aquela secular tensão entre a Teoria do Conhecimento e a Teoria dos Valores apontada por Renato Lopes Becho (2009, p. 25).

Mas, será que o Direito positivo é isento de valores? Será que a axiologia não exerce qualquer influência sobre o Direito positivo?

Sobre essa questão, ensina Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 174) que:

Ao escolher, na multiplicidade intensiva e extensiva do real-social, quais os acontecimentos que serão postos na condição de antecedente de normas tributárias, o legislador exerce uma preferência: recolhe um, deixando todos os demais. Nesse instante, sem dúvida, emite um juízo de valor, de tal sorte que a mera presença de um enunciado sobre condutas humanas em interferência subjetiva, figurando na hipótese da regra jurídica, já significa o exercício da função axiológica de quem legisla.

De acordo com o citado autor, o ato de *valorar* antecede, portanto, à *positivação*, dado que o legislador escolhe qual acontecimento *prefere* colocar – e este ato de *preferir* já denota, *per si*, a presença daquelas características dos valores – no antecedente de determinada regra de Direito positivo.

Essa preferência se manifesta da seguinte forma (CARVALHO, 2008, p. 174-175):

As possibilidades são três, e somente três: obrigatória, permitida ou proibida. Os modais “obrigatório” e “permitido” trazem a marca de um valor positivo, porque revelam que a sociedade aprova o comportamento prescrito, ou mesmo o tem por necessário para o convívio social. Caso o functor escolhido seja o ‘proibido’, fica nítida a desaprovação social da conduta, manifestando-se inequívoco valor negativo. Vê-se que o valor está na raiz mesma do dever-ser, isto é, na sua configuração lógico-formal.

Partindo, assim, do pressuposto de que *as coisas não têm valor em si, mas nós é que temos valor para as coisas*, e de que a regra geral e abstrata positivada consubstancia um juízo de valor exercido por quem legisla, estando o *valor na raiz do dever-ser*, somos levados à conclusão de que *o valor está na atividade de enunciação (processo), e não no texto enunciado (produto)*.

1.4 A influência da Axiologia na construção da norma jurídica

Se, de um lado, o valor não está no texto de Direito positivo, sendo um elemento e ele precedente, isto é, pré-positivado (sendo este, inclusive, segundo nosso entendimento, o fundamento daquela afirmação feita por Hans Kelsen, de que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo), o mesmo não podemos sustentar em relação à construção da norma jurídica.

Ao interpretarmos um texto de Direito positivo construímos um discurso, um plano de conteúdo, isto é, *por meio da interpretação construímos a própria norma jurídica*, numa daqueles três possibilidades: o comando dirigido à conduta humana disciplinada pela norma será obrigatório, permitido ou proibido.

O vocábulo interpretação, contudo, como a maioria das palavras, é polissêmico, possuindo, portanto, várias acepções. Pode significar, assim, nos limites deste estudo, ora processo, ora produto da atividade de interpretação.

Como *processo*, o vocábulo *interpretação* assume a condição de atividade humana geradora de sentido. O homem, partindo da leitura dos textos de Direito positivo, alcança, por meio da interpretação, a sua compreensão.

Ensinando que interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos, ensina Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 66-77) que:

(...) o ser humano que, em contacto com as manifestações expressas do Direito positivo, vai produzindo as respectivas significações. Daí a asserção peremptória segundo a qual a interpretação que faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto, mas sempre impulsionada pelas fórmulas literais do Direito documentalmente objetivado.

Empreendendo esforço analítico, Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 88-104) segrega, para fins didáticos, o percurso gerador de sentido *enquanto processo* em quatro diferentes planos de linguagem. O primeiro, considerado pelo referido autor como o plano da literalidade textual ou do suporte físico das significações (S1), é o plano dos enunciados, do texto em sentido estrito, organizado sintaticamente e que servirá de ponto de partida ao intérprete. No momento seguinte, explica, o intérprete ingressará no plano das significações dos enunciados prescritivos (S2), iniciando sua busca pela construção dos conteúdos, procurando por significações aos enunciados, que por tal motivo, assumem a posição de proposições. Para cumprir sua missão neste plano de linguagem semântica, explica que o exegeta procurará significações aos enunciados por todo o sistema, comparando e estruturando sua construção, até alcançar o plano da norma jurídica (S3). Neste plano, explica, haverá uma relação lógica constituída de hipótese, que descreve fato de possível ocorrência, implicando um conseqüente que prescreve condutas intersubjetivas, enfim, uma norma jurídica, o elemento mais simples do conjunto, o mínimo irreduzível, voltado para a orientação jurídica dos comportamentos. Por derradeiro, no plano seguinte de linguagem (S4) o intérprete deverá arranjar a norma produzida dentro do conjunto do sistema de Direito positivo, verificando os vínculos de coordenação e subordinação da norma criada com as demais regras do sistema. Explica que após concluído esse itinerário de construção de sentido, surgirá a compreensão, encerrando o ciclo comunicacional do Direito, visto que a norma objetivada no plano das significações, fruto da interpretação anterior, foi agora compreendida por outro intérprete, que alimentará o sistema com o enunciado produzido por sua compreensão. Como *produto* da interpretação, o autor refere-se à compreensão alcançada pelo exegeta após o transcurso do caminho de geração de sentido, ocasião em que o texto, explica, assumirá sua plena amplitude, tendo em vista a atribuição de valores, enquanto núcleos de preferências, aos signos que compõem o texto bruto.

É possível sustentar, assim, com base nessa construção conceitual, que as teorias tradicionais de interpretação, com seus métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, são insuficientes para explicar a interpretação do Direito positivo, pois não é

possível vislumbrar a extração de sentido da mera literalidade textual, “desvendando o espírito da lei”, ou, ainda, “penetrando na mente do legislador” para “sintonizar o seu querer”.

Interpretar, portanto, não é “extrair o sentido”, mas sim *construí-lo*, a partir das prescrições de Direito positivo (no caso da área do conhecimento humano em estudo).

A construção de sentido se dá a partir de nosso aparato sensorial, que, ao travar contato com a mensagem do Direito positivo, adjudica significações ao texto, a um ou a vários, em processo intelectual.

Concordamos, assim, com base nestes pressupostos, com a definição de norma jurídica formulada por Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 8), para quem a “... norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do Direito positivo.”

Visualizamos na sua doutrina um posicionamento relevantíssimo para o desenvolvimento deste nosso estudo: de que a construção de sentido da norma jurídica pelo sujeito cognoscente se dá “... em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu ‘mundo’, vale dizer, do seu universo de linguagem” (2008, p. 194), sendo limitada somente pelos horizontes de sua cultura, respeitando-se, ainda, as diretrizes do próprio sistema, com tendência à inesgotabilidade, conforme já vimos em outra obra do mesmo autor (2009, p. 88).

Nos parece que essa teoria colide com a tese exposta por Renato Lopes Becho (2011, p. 355), de que os valores que movem o intérprete devem ser buscados dentro e somente dentro do sistema jurídico, não sendo permitido que seus valores pessoais influam em seu labor.

Discordando do mestre, também entendemos que a ideologia do intérprete, enquanto valor pessoal, influirá na construção de sentido, isto é, na interpretação do Direito positivo.

Assim, se o plano do conteúdo normativo é formado pelas significações construídas a partir da interpretação de determinado suporte físico (no caso do objeto em estudo, do Direito positivo), e se esta interpretação constitui-se num processo de atribuição de valores aos símbolos positivados, o que é feito considerando, dentre outros elementos, a ideologia do intérprete, isto é, seus valores pessoais, é possível concluir que o plano dos conteúdos normativos é, efetivamente, *valorativo*, e que seu estudo, portanto, pressupõe o ingresso na Teoria dos Valores ou Axiologia.

Ao estabelecer uma relação entre o Direito (tomado em seu plano de conteúdo, ou seja, no plano do conjunto de normas jurídicas) e as características dos valores, Aurora

Tomazini de Carvalho (2009, p. 257-258) destaca que é possível encontrar todos aqueles traços característicos no processo de construção de sentido:

(i) *bipolaridade*: para cada sentido, construído a partir dos enunciados prescritivos, há um sentido contraposto, que permite o contraditório entre as partes; (ii) *implicação recíproca*: a tomada de posição sobre um conteúdo de significação implica reciprocamente a eleição de outros sentidos que dele derivam (ex.: o Direito a vida implica a sanção pelo homicídio); (iii) *referibilidade*: o sentido é algo atribuído a um símbolo, de modo que os conteúdos normativos fazem sempre referência a enunciados prescritivos; (iv) *preferibilidade*: as significações construídas no processo interpretativo são aquelas preferidas dentre todas as outras possíveis; (v) *incomensurabilidade*: os conteúdos normativos não são mensuráveis, não se pode, por exemplo, estabelecer uma média para o Direito de liberdade; (vi) *graduação hierárquica*: construímos o plano de conteúdo do Direito estabelecendo uma escala hierárquica entre suas significações (ex.: a norma legal tem fundamento na norma constitucional); (vii) *objetividade*: os conteúdos normativos se objetivam no dado físico do Direito positivo: os enunciados prescritivos. As significações construídas pressupõem invariavelmente a presença destes; (viii) *historicidade*: os conteúdos normativos são construídos nos moldes dos horizontes culturais do intérprete, fruto de um processo histórico-cultural, que neles se manifesta presente; (ix) *inexauribilidade*: os conteúdos normativos não se esgotam, pois a trajetória hermenêutica é infinita, há sempre a possibilidade de uma nova atribuição de sentido; (x) *atributividade*: o conteúdo normativo não se encontra atrelado aos enunciados prescritivos que lhe servem de objeto, é atribuído pelo homem; pressupõem um processo de interpretação; (xi) *indefinibilidade*: não há um conteúdo normativo próprio a cada texto, pois são várias as interpretações possíveis.

Não há valor, assim, muito embora possa parecer, nos enunciados prescritivos (textos de Direito positivo), mas há valor, contrariamente, na atividade de construção de sentido, pois o valor – de acordo com a perspectiva em destaque, reiteramos – está no intérprete e não no objeto interpretado.

Portanto, partindo da premissa de que o sentido atribuído aos textos de Direito positivo são construções do intérprete, que age movido, dentre outros fatores, pela sua ideologia, isto é, seus valores, dentro de um ambiente cultural específico, concluímos que não há norma jurídica “neutra”, sendo inafastável, pois, a dimensão Axiológica no processo de sua construção.

1.5 Da enunciação à norma: a constante presença do dado axiológico

Do exposto é possível sustentar que não há atividade de enunciação de texto de Direito positivo e tampouco construção de norma jurídica sem a presença de valor, sendo este um dado fundamental no *processo de construção* do Direito.

Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 259) explica em que momento a Axiologia se impõe nos referidos processos:

O legislador produz os enunciados prescritivos atribuindo valores a certos símbolos e faz isto visando a implementação de outros valores. O intérprete se depara com todo aquele conjunto de enunciados prescritivos, desprovidos de qualquer valor, mas indicativos da existência de uma valoração por parte do legislador, passa a interpretá-los, adjudicando valores ao símbolos positivados e, com isso, vai construindo seu sentido para concretizar certos valores, que segundo sua construção, o legislador quis implementar. Há valoração de todos os lados, para produzir o Direito, para compreendê-lo e para aplicá-lo.

Portanto, inegável a presença do dado axiológico nos referidos processos, importando ressaltar, ainda, que estas construções acontecem num mesmo contexto histórico-social, o que torna possível a compreensão, pelo intérprete, da mensagem legislada, com algumas pequenas – mas notáveis e fundamentais – diferenças individuais.

Entendemos extremamente valiosa a teoria exposta por Renato Lopes Becho (2011, p. 147) no que se refere à construção da norma jurídica pelo intérprete, pois, em atitude crítica e reflexiva que lhe é peculiar, o mestre ressalta que a compreensão de que a norma jurídica é identificada apenas a partir da leitura de textos legais é uma das visões doutrinárias, havendo outras, como a que entende que as decisões judiciais precisam ser consideradas na construção da norma jurídica:

(...) após a atividade laborativa sobre os textos legais, é necessário ainda verificar o entendimento dado pelos tribunais para a situação pesquisada. A jurisprudência é tão fonte do direito quanto à legislação, ainda que em campos e graus diferentes, como será visto no próximo capítulo.

No contexto em que estamos trabalhando, somente após uma consolidação do entendimento por parte dos tribunais é que teremos o reconhecimento de uma norma jurídica (...).

De acordo com os ensinamentos do mestre (BECHO, 2011, p. 148), só teremos uma *verdadeira jurisprudência* quando o tribunal de maior hierarquia decidir de forma reiterada, sem discrepância de votação, em um específico sentido, quando teremos,

explica, não só sua *jurisprudência*, “... mas também a possibilidade de identificarmos a norma jurídica, aquele comando que apresente uma autorização, uma proibição ou uma ordem para as pessoas envolvidas.”

De acordo com Becho (2011, p. 148), somente após esse quadro termos condições de expor uma norma jurídica, uma relação ordenatória, proibitiva ou facultativa de conduta, isto é, o verdadeiro comando normativo.

Objetiva o autor em referência demonstrar, assim, que a depender da corrente dogmática adotada, a formação do Direito passa pelo esforço do legislador e do julgador (como, e.g., para os realistas moderados, ambos realizando, pois, atividade jurídica criativa).

Com base nesse pressuposto afirma (BECHO, 2011, p. 148) que nesse contexto “... é importante ressaltar os dois tipos de normas: gerais e abstratas de um lado, individuais e concretas de outro. Pensamos que ambas estão presentes na equação *norma = lei + jurisprudência + interpretação*.”

Independentemente da corrente dogmática adotada, podemos concluir, do exposto, que há valoração na atividade de enunciação, bem como há valoração na atividade de interpretação do texto de Direito positivo, não havendo como sustentar, por consequência, a existência de norma jurídica e de ordenamento jurídico sem a presença de valor, mostrando-se fundamental, ainda, adjudicar as construções já realizadas pela Jurisprudência.

Visto que é valor e qual é a sua influência nas atividades de enunciação do texto de Direito positivo e de construção de sentido da norma jurídica, passemos a analisar como e por meio de qual componente o sistema do Direito permite que o dado Axiológico passe a permeá-lo. Buscaremos fundamento na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos.

2 A AUTORREFERENCIABILIDADE DO DIREITO

Vimos no item 1 acima que a atribuição de sentido aos textos de Direito positivo são construções do intérprete, que age movido, dentre outros fatores, pela sua ideologia, sendo limitado pelos horizontes de sua cultura, devendo respeito, ainda, às *diretrizes do próprio sistema*, e que, em função disso, não há *sistema* de Direito sem valor.

Dando continuidade ao nosso estudo, entendemos necessário, assim, a partir deste ponto, analisar o significado do vocábulo *sistema*, com vistas a compreender *que é Sistema Jurídico*, e como é possível seja impregnado de valor.

2.1 O sistema do Direito

Roque Antonio Carrazza (2012, p. 45-46) define *sistema* como “... a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam as primeiras.”

Igualmente partindo de seu significado de base, Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 137-138) explica que:

(...) o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.

Partindo dessa definição, explica que a locução *Sistema Jurídico* é um termo utilizado de forma ambígua, sendo empregado para designar duas construções linguísticas diferentes: tanto o Sistema da Ciência do Direito quanto o Sistema do Direito Positivo, o que – afirma – causa instabilidade semântica que prejudica a fluência do discurso. Após promover sucessivos cortes metodológicos, o conclui que o objeto cultural *Direito* forma um sistema que se enquadra na categoria de proposicional nomoempírico, já que constituído por linguagem, e que tal categoria admite, ainda, outro corte, por meio do qual é possível dividi-lo em *dois sistemas* do Direito: (i) o sistema proposicional nomoempírico descritivo, relativo à Ciência do Direito, e (ii) o sistema proposicional nomoempírico prescritivo, relativo ao Direito positivo³². Feitos esses cortes, arremata explicando que o Direito positivo é um sistema nomoempírico prescritivo, onde a racionalidade do homem é empregada com objetivos diretivos e vazada em linguagem técnica, e que a ciência que o descreve também mostra-se um sistema nomoempírico, mas

³² Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 135-137) explica, com o rigor científico que lhe é peculiar, que os sistemas podem ser classificados em reais ou proposicionais; aqueles caracterizam-se por serem integrados por objetos do mundo físico e social (nos quais ocorrem relações de causalidade), e esses por serem integrados pelo fenômeno da linguagem (constituídos, portanto, por proposições). Explica, ainda, que os proposicionais são subdivididos, por sua vez, em sistemas nomológicos (meramente formais, constituídos por entidades ideais em operações lógico-dedutivas) e nomoempíricos (formados por proposições com referência empírica). Dessa decomposição analítica conduz à compreensão de que o conjunto de proposições que compõem o objeto cultural *Direito* forma um sistema que se enquadra na categoria de proposicional nomoempírico, já que constituído por linguagem.

teorético ou declarativo, vertido em linguagem que se propõe ser científica (CARVALHO, 2007, p. 136-137).

É importante ressaltar que o autor em questão destaca, de forma acentuada, a importância da linguagem, que, por seu caráter autorreferencial, como ente autossustentável, dispensa elementos exteriores ao discurso para legitimar-se. A linguagem surge, dessa forma, como instrumento constitutivo da realidade.

Assim, com base nesse entendimento, podemos sustentar que a locução *Sistema Jurídico* refere-se a um sistema proposicional (já que pressupõe linguagem) nomoempírico (formado por proposições com referência empírica), e que a aparente ambiguidade decorre do fato de que esse sistema ainda admite outro corte metodológico, já que é possível cindi-lo em descritivo (sistema de enunciados científicos – linguagem científica) e prescritivo (sistemas que se dirigem à conduta social pra alterá-las – linguagem técnica).

A partir desses cortes metodológicos é possível concluir, assim, que existe um Sistema de Direito positivo e também um Sistema da Ciência do Direito.

Ensina Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 10-11), sobre o primeiro sistema, com grande precisão, que “... se pudermos reunir todos os textos do Direito positivo em vigor no Brasil, desde a Constituição Federal até os mais singelos atos infralegais, teremos diante de nós um conjunto integrado por elementos que se inter-relacionam, formando um sistema”, e que “... sobre esse discurso prescritivo desenvolve o cientista outras camadas linguísticas, feitas de proposições descritivas, associadas organicamente debaixo de um princípio unitário”, sendo esse, pois, “... o sistema da Ciência do Direito.”

Portanto, o Sistema de Direito positivo é aquele que se apresenta no plano da linguagem prescritiva, ou seja, que trata da prescrição de normas de comportamento humano nas suas relações intersubjetivas. Suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, *regulando, ele próprio, sua forma de criação e como devem ocorrer suas transformações*.

O Sistema da Ciência do Direito, diferentemente, estuda o sistema nomoempírico do Direito positivo, vendo-o como uma pirâmide que tem no ápice uma norma fundante, imaginária (norma hipotética fundamental), cuja função consiste em legitimar a Lei Constitucional, outorgando-lhe validade. É formado, portanto, no plano da sobrelinguagem, assumindo caráter descritivo.

Ressalta Renato Lopes Becho (2009, p. 344), contudo, que esses dois planos de linguagem em não são absolutamente independentes, pois os magistrados usam os dois corpos de linguagem na fundamentação de suas decisões, transformando-as em norma na parte dispositiva de uma sentença ou de um acórdão, *e que nesse procedimento de formação da decisão jurisprudencial não bastará somente o direito positivo, intervindo, inexoravelmente, a Axiologia*, seja de forma velada ou seja de forma explícita.

Diversas são as *teorias descritivas*, ou seja, *científicas*, que se propõem a explicar o Sistema do Direito positivo. Vejamos duas delas, que, pelas suas características, parecem contrastantes, mostrando-se, assim, extremamente relevantes para este estudo.

2.1.1 A Teoria do Direito como um Sistema Normativo Aberto de Regras e Princípios

Queremos abordar, em primeiro lugar, a teoria que explica o Direito como um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Trata-se de uma teoria que descreve um Sistema Jurídico carecedor de plenitude operacional, já que admite, para esse fim, a utilização de elementos externos ao próprio Sistema do Direito, ou seja, não jurídicos, que, conforme explica Teresa Negreiros (1998, p. 162), “... provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de ‘auto-referência absoluta’.”

O lusitano José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1.123) explica esta teoria aplicando-a no sistema constitucional português, da seguinte forma:

(1) é um “sistema jurídico” porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um “sistema aberto” porque tem uma “estrutura dialógica” (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um “sistema normativo”, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um “sistema de regras e de princípios”, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de “princípios” como sob a sua forma de “regras”.

Trazendo a Axiologia para esta teoria, podemos concluir que ela admite a utilização, pelo Sistema do Direito, de valores externos ao próprio sistema, isto é, não jurídicos ou não juridicizados, mas sem nos explicar, contudo, como isso é possível.

2.1.2 A Teoria do Direito como um Sistema Normativo Autopoietico

Encontra-se em evidência nos meios acadêmicos a teoria que descreve o Sistema do Direito como um *sistema autopoietico*, ou seja, que cria a si próprio, que se autorreproduz. A locução *autopoiese* resulta da fusão de dois termos: *auto*, que refere-se ao próprio objeto (a si), e *poiese*, que diz respeito à reprodução (criação).

A Teoria dos Sistemas Autopoieticos foi originalmente pensada no plano das ciências biológicas e chegou às ciências sociais por meio do sociólogo alemão Niklas Luhmann.

De acordo com a concepção de Luhmann (1983, p. 225-238), a sociedade é um sistema geral composto por vários subsistemas, como o do Direito, o da Política, o da Economia, o da Religião, dentre outros, cada qual operando por meio de um *código próprio*, sendo esse o responsável pela identificação e descolamento (autonomia) de cada um desses subsistemas.

Esta teoria foi trazida ao Direito pelo jusfilósofo alemão Gunther Teubner, sendo traduzida para o idioma português pelo lusitano José Engrácia Antunes (1989, p. 2), que assim a explica:

(...) a Sociedade aparece concebida como um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular de actos de comunicação. Ora LUHMANN sustenta que a partir desse circuito comunicativo geral e no seio do sistema social, novos e específicos circuitos comunicativos se vão gerando e desenvolvendo: logo que estes circuitos emergentes atinjam um determinado grau de complexidade e perficiência na sua própria organização auto-reprodutiva - o que pressupõe a emergência de um código binário específico que guie as operações auto-reprodutivas sistêmicas -, eles autonomizam-se do sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. Assim, por exemplo, o sistema jurídico tornou-se num subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio ('legal/ilegal'): é esse código que, operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária auto-reprodução recursiva de seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais (...).

Assim, de acordo com esta inovadora teoria, o Direito enquadra-se como um subsistema de segundo grau, dotado de autonomia em relação aos outros subsistemas sociais e em relação ao próprio sistema autopoiético geral, que é a sociedade. Esta teoria sobre o Sistema do Direito (ou Subsistema do Direito, de acordo com a concepção de Gunther Teubner) amplia a autonomia do correspondente objeto de estudo – o Direito – em relação aos outros subsistemas igualmente de segundo grau (a Economia, Religião etc.) e, paralelamente, lhe impõe uma *importante limitação operacional*.

Ao construir sua própria realidade, demarcando os limites do seu domínio, o subsistema autopoiético do Direito vai operar por processos próprios que lhe são exclusivos, que são caracterizados pelo código binário *Direito/não-Direito*, mas sem deixar de trocar informações, porém, com os demais subsistemas, como o subsistema moral, o subsistema religioso, o subsistema econômico etc., mediante a emissão de normas (atos comunicativos) e a recepção, paralelamente, de informações produzidas por esses outros subsistemas.

Este intercâmbio de informações é explicado pela existência de *acoplamentos estruturais* entre os subsistemas, que têm a função de permitir que o Direito processe tão somente as informações que lhe são pertinentes, mediante a submissão destes dados aos critérios metodológicos de formação de normas informados pelo próprio Direito.

Disso decorre a tese de que o Sistema do Direito (ou Subsistema do Direito) caracteriza-se por ser fechado no plano operacional (clausura operacional), mas aberto em termos cognitivos (posto que permite conhecer, desde que em conformidade com seus próprios critérios metodológicos, elementos de outros subsistemas sociais), o que lhe emprega *autorreferenciabilidade*.

Quer dizer que o subsistema social do Direito, e suas diversas ramificações, como o do Direito Tributário, a partir do momento histórico em que alcançou autonomia (mediante a criação de seu próprio código binário *Direito/não-Direito, Tributário/não-Tributário*) em relação ao sistema geral representado pela sociedade, somente pode ser produzido e reproduzido (criação de normas, gerais ou concretas) de forma cíclica, e em conformidade com os critérios metodológicos de formação de normas informados pelo próprio subsistema (dado seu caráter autônomo), que funcionam como um dispositivo que lhe impede processar informações de outros subsistemas que não lhe sejam pertinentes, ou seja, não admitidas pelo próprio subsistema do Direito.

Talvez a afirmação do mestre Renato Lopes Becho (2009, p. 282), de que “É um erro pensar que a tributação seja tema exclusivamente jurídico”, que e “A tributação é um tema econômico, político, sociológico, psicológico, ético”, possa ser explicada à luz da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, que parece nos esclarecer *como* isso é possível.

Nos parece que a teoria do Direito como subsistema autopoiético, por afirmar a autorreferenciabilidade circular (clausura operacional) de seu objeto, suplanta a Teoria do Sistema Normativo Aberto de Regras e Princípios, que tem admitido, como corolário, operacionalidade aberta por meio da complementação de seus institutos com elementos extrajurídicos, ou seja, caracterizados pelo dado *não-Direito* referido no código binário *Direito/não-Direito* identificado na teoria autopoiética, sem explicar, ainda, como isso é possível.

Da mesma maneira que fizemos com a Teoria do Sistema aberto de Regras e Princípios, ao trazermos a axiologia para a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, podemos concluir que este admite a utilização, pelo Sistema do Direito, de valores, contudo, desde que devidamente juridicizados, de acordo com as regras do próprio sistema, o que só é possível porque ele se permite receber informações produzidas em outros subsistemas (como o econômico, o ético etc.), devido à existência de *acoplamentos estruturais*, que têm a função de permitir que o Direito processe somente as informações que lhe são pertinentes, mediante a submissão desses dados aos critérios metodológicos de formação de normas informados pelo próprio Direito.

Entendemos que muitas destas informações produzidas em outros subsistemas são *valores* presentes nas mais diversas searas da cultura humana (na ética, na economia, na religião etc.), que o Sistema do Direito permite a si mesmo processar-lhes quando pertinentes (a critério da fonte), o que só é possível em razão de *acoplamentos estruturais que possibilitam este ingresso*.

Nos parece que Renato Lopes Becho (2009, p. 282) vai ao encontro desta teoria ao explicar que um dado pertencente aos domínios do não-Direito “... só interessa ao direito na medida em que for regulado pelo ordenamento jurídico”, pois, “Enquanto dado exclusivamente interno do agente, não será do interesse do jurista, sendo próprio do psicólogo, do sociólogo, do político ou do filósofo.”

Mas, que acoplamentos estruturais são estes, presentes no sistema do Direito, que permitem o intercâmbio de informações entre os subsistemas sociais? Vemos, nos princípios jurídicos, esta função.

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: BREVES ANOTAÇÕES

Antes de investigar como os princípios jurídicos permitem o intercâmbio de informações entre os subsistemas sociais do Direito e os outros subsistemas da cultura humana, entendemos importante compreender que é um princípio jurídico, já que vemos, neles, aqueles acoplamentos estruturais.

Após expor que os filósofos sempre buscaram explicar que é *princípio*, Roque Antonio Carrazza (2012, p. 45) explica que em qualquer ciência ele é o começo, alicerce, o ponto de partida, afirmando, em seguida, que *princípio* “Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a *pedra angular* de qualquer sistema.”

Afirmando que os princípios são decorrências lógicas, Renato Lopes Becho (2011, p. 343) destaca que os princípios são pontos cardeais, iniciais, referenciais, imprescindíveis à compreensão de uma ordem, de uma sistematização.

Trazendo o tema para o universo jurídico, o citado mestre Carrazza (2012, p. 44-45) ensina que as normas constitucionais não possuem todas a mesma relevância, já que algumas veiculam simples *regras*, ao passo que outras, verdadeiros *princípios*, e que:

Os princípios são as *diretrizes*, isto é, os *nortes*, do ordenamento jurídico. Não é sem razão que Prosper Weil afirma que ‘algumas normas constitucionais são mais diretrizes; outras menos’. A Constituição é, pois, um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes. Os princípios possuem acentuado grau de abstração, traçando, destarte, as diretrizes do ordenamento jurídico. Enunciam uma razão para decidir em determinado sentido.

Sobre os princípios jurídicos, ensina Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 163-164), com o rigor terminológico que lhe é de rigor, que eles:

(...) aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles um reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.

Considerado, assim, como a pedra angular de qualquer sistema, podemos sustentar que os princípios jurídicos são as pedras angulares do sistema jurídico, que iluminam e dirigem a compreensão da ordem normativa, sendo, para isso, imprescindíveis.

3.1 Princípios jurídicos e valores

Encontramos nos ensinamentos de Roque Antonio Carrazza (2012, p. 48) a exata conexão entre princípios jurídicos e valores, em afirmação fundamental para o desenvolvimento deste estudo:

(...) os princípios constitucionais consagram *valores*, muitos dos quais inscritos já no 'Preâmbulo' da Carta Magna (igualdade, liberdade, segurança, justiça etc.), motivo pelo qual – como adiante se verá – interferem na interpretação e boa aplicação de todos os atos normativos.

Ao afirmar, no trecho acima transcrito, que os princípios jurídicos plasman valores, é possível identificar, claramente, que o mestre compartilha do entendimento de que há valor na atividade de enunciação do Direito positivo, bem como na atividade de construção da norma jurídica.

Conclui, assim, que os princípios jurídicos funcionam como *vetores interpretativos*, e que nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional (CARRAZZA, p. 50-51), que é, como vimos, produto de um processo valorativo.

Mostram-se interessante, também, os critérios apresentados por Renato Lopes Becho (2011, p. 349) para diferenciar princípio e regras, consistente no grau de abstração, aplicabilidade e valor, pois, de acordo com o mestre: “Manejando os critérios indicados, o estudioso poderá se posicionar diante de textos que firmam *regras* usando como rótulos princípios, de importância estrutural, pois, reduzida.”

Depreendemos das lições do mestre que diante do texto em sentido estrito (texto de Direito positivo) o intérprete identificará um princípio a partir da constatação de tais critérios: o elevado grau de abstração, a presença de um valor e a aplicabilidade da regra.

Colaborou para o nosso entendimento, ainda, outra afirmação do mestre, que ao indagar onde estão os valores no ordenamento jurídico, responde que “A dogmática é firme em reconhecê-los nos princípios” (BECHO, 2009, p. 251).

Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 158-159) também nos deixa claro a conexão existente entre valores e princípios jurídicos, pois, após afirmar que as normas jurídicas, como objeto emergido do universo da cultura, estão sempre carregadas de valor, explica que:

(...) esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos seguimentos.

Ao desenvolver seu raciocínio, realça que, dentre as várias significações possíveis para termo *princípio*, incluindo aquela atribuída por Roque Antonio Carrazza, acima vista, no universo do Direito esta palavra pode ser empregada (de qualquer forma carregada, com maior ou menor intensidade, de certo grau de *valor*) para designar normas que fixam importantes critérios objetivos, bem como para significar um determinado *valor*, independentemente da estrutura a que se vincula e, do mesmo modo, um limite objetivo sem a consideração da norma. A partir disso distingue quatro possíveis usos para a palavra *princípio*: (i) como norma jurídica de posição privilegiada e *portadora de valor expressivo*; (ii) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; (iii) *como os valores* insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente da estrutura normativa; e (iv) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma (CARVALHO, 2007, p. 159).

Nos dois primeiros usos é possível identificar *princípio* como *norma*, enquanto nos dois últimos é possível identificar *princípio* como *valor* ou como *critério objetivo*, sendo inegável, portanto, a despeito da distinção, a conexão existente entre princípios jurídicos e valores, inclusive que no que se refere aos princípios jurídicos da tributação.

3.2 Valores e limites objetivos nos princípios jurídicos da tributação

Os princípios jurídicos podem ser entendidos, portanto, como diretrizes norteadoras da compreensão de todo o sistema. Por meio deles são veiculados *valores* e *limites* (com as ressalvas de que todo o Direito – mesmo nos limites – é impregnado de

valor, haja vista ser um fenômeno cultural) que possuem nítida função agregadora e sistematizadora.

Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 159-160), embasado – afirma – na doutrina de Miguel Reale, que em suas lições claramente desvinculou os *valores* dos *limites objetivos*, ensina que aqueles levam o intérprete, fundamentalmente, ao universo das subjetividades, onde todos os elementos se entrelaçam, tornando difícil a identificação da hierarquia entre tais elementos, bem como tornando sua análise e seu significado um debate de ideologias, ao passo que os limites objetivos, ao contrário e como expressa a sua própria denominação, não trazem em si a referida característica de levar em conta os valores do intérprete, ou seja, os fundamentos da subjetividade, mas sim elementos objetivamente aferíveis.

A partir disso é possível compreender a importância da distinção entre *valor* e *limite objetivo* em termos práticos, pois, se reconhecermos num enunciado de Direito positivo a presença de um valor, teremos que ingressar, forçosamente, no campo da Axiologia.

Mostra-se fácil, assim, delimitar o alcance dos *limites objetivos* no ordenamento jurídico, mas, de outro lado, não é tão fácil assim fazer o mesmo com os *valores*.

De fato, não demanda maiores esforços – posto ser um limite objetivo – identificar o alcance da norma construída a partir da alínea “b” do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal (princípio da anterioridade de exercício), segundo o qual é vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que publicada a lei que os instituiu ou aumentou (desprezadas, aqui, as exceções, posto serem irrelevantes para os fins didáticos propostos). Tendo conhecimento de que o exercício financeiro no Brasil coincide com o ano civil, de acordo com o disposto no artigo 34 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, sem qualquer necessidade de ingressar nos domínios da Axiologia o intérprete construirá facilmente a norma de que um tributo instituído em determinado exercício financeiro somente poderá ser cobrado – em regra – no exercício seguinte.

De outro lado, ao construir o sentido da regra veiculada no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, segundo o qual é vedado utilizar tributo com efeito de confisco (princípio do não-confisco), considerando a inexistência, em todo o ordenamento jurídico, de qualquer parâmetro objetivo do que seja um tributo confiscatório, até mesmo porque não é essa a função do Direito positivo, conforme bem ressalta Renato Lopes Becho (2009, p. 416), o intérprete terá que ingressar, inevitavelmente, no universo dos valores.

Considerando a possibilidade de formação de uma “zona cinzenta” na distinção entre valores e limites objetivos nos princípios jurídicos, Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 163) faz questão de explicar que os limites objetivos são postos para atingir certas metas, certos fins, e que esses, sim, são valores.

Os limites objetivos, portanto, não são valores, se os considerarmos em si mesmos, mas voltam-se para realizar valores, de forma indireta, mediata.

Quanto aos valores objetivados pelo Constituinte originário por meio da edição dos princípios jurídicos constitucionais, que são, conforme a doutrina de Paulo de Barros Carvalho acima vista, fins, metas a serem alcançadas, ensina Roque Antonio Carrazza (2012, p. 52-53), em lição fundamental, que tais metas são realizadas no momento da aplicação do princípio, isto é, da edição da regra individual e concreta:

Portanto, os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídas as *individuais*, com *efeitos concretos*, como é o caso das decisões judiciais. A aplicação destes mandamentos deve dar-se de modo consentâneo com as diretrizes fixadas nos princípios.

Para testar esta afirmação, vamos analisar algumas normas individuais e concretas expedidas pelo Poder Judiciário.

Elegemos, discricionariamente, decisões que tratam do já citado princípio do não-confisco, que possui – entendemos – aquelas características que o afasta de um claro limite objetivo.

Analisaremos a aplicação do princípio eleito à luz da Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.

4 TEORIA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO

Antecedendo nossa análise acerca da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do princípio do não-confisco, entendemos necessário expor alguns pontos fundamentais sobre tal princípio, aproximando-o da Axiologia.

4.1 O princípio do não confisco tributário à luz da Teoria dos Valores

A proibição de tributo com efeito de confisco está prevista no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal e é considerada uma das limitações ao poder de tributar.

Ensina Renato Lopes Becho (2009, p. 411) que tal proibição “Configura uma proteção ao contribuinte, sendo um Direito e uma garantia individual e, ao mesmo tempo, coletiva.”

Reconhecendo a importância de toda doutrina que, ao longo do tempo, tentou e ainda tentam conceituar o princípio em questão, adotaremos, para os fins deste estudo, a síntese formulada pelo acima referido mestre, de que “Confisco, em termos tributários, pode ser visto como *a transferência total ou de parcela exagerada e insuportável do bem objeto da tributação, da propriedade do contribuinte para a do Estado*” (BECHO, 2009, p. 412).

Entendemos que a síntese em questão, elaborada após minuciosa análise da dogmática nacional e estrangeira, é suficiente para embasar, para fins didáticos, as nossas ideias.

Assim, em termos gerais, podemos sustentar que a Constituição Federal veda que a tributação seja tão elevada a ponto de caracterizar, como efeito, a transferência de toda ou quase toda a propriedade do particular para o Estado, a título de tributo.

Contudo, apesar da síntese apresentada, Renato Lopes Becho (2009, p. 413) adverte que o vedado *efeito confiscatório é um conceito indeterminado*, sendo justamente esta indeterminação que qualifica o respectivo princípio do não-confisco – segundo entendemos – como um valor.

Encontramos na doutrina do referido mestre (BECHO, 2009, p. 416) a mesma indagação – decorrente da assinalada indeterminação – que nos motivou a produzir o presente estudo: já que a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional não definiram – e já vimos que nem deveriam fazê-lo – qual é o limite entre a tributação com efeito confiscatório ou não, isto é, qual a medida para saber se uma lei tributária tem efeito confiscatório?

Trabalhando com fundamentos gnosiológicos, Renato Lopes Becho (2009, p. 417) distingue os juízos analíticos (caracterizados por prescindirem da experiência de quem analisa para verificar a verdade contida no juízo) dos juízos sintéticos (caracterizados pela necessidade do uso da experiência de quem analisa para verificar a verdade contida no juízo) , concluindo que a análise acerca dos efeitos confiscatórios ou não de uma lei tributária é um juízo sintético, isto é, aferível somente *a posteriori*, parecendo coincidir com o mesmo entendimento de Roque Antonio Carrazza, de que a extensão do referido

princípio só é verificável no ato de sua aplicação, isto é, no momento – ou após – a edição da regra individual e concreta (2012, p. 52-53), conforme já observamos ao longo deste estudo.

Com base nestes pressupostos afirma Becho (2009, p. 419) que:

O juízo há pouco elaborado, *as leis tributárias são confiscatórias*, não pode ser *a priori*, pois tais leis podem ser confiscatórias assim como podem ser não confiscatórias. Com isso, verificamos que as leis só podem veicular tributos confiscatórios, ou não, conhecendo-as com a experiência. Disso decorre que o juízo formulado é sintético e só pode ser verificado *a posteriori*. Por isso podemos concluir que a afirmação *as leis tributárias são confiscatórias ou são não confiscatórias* é um juízo que compõe o quaro do conhecimento empírico. (...).

Como conhecimento empírico, a dialética será um instrumento poderoso para permitir dimensionar a aplicação do princípio da proibição de tributação confiscatória. E, não sendo um juízo analítico, a lógica formal será de pouca utilidade neste momento do trabalho.

Entendemos, concordando com o autor em questão, que a Axiologia pode nos auxiliar na compreensão deste juízo *a posteriori* quanto ao princípio do não confisco.

Laborando sobre este eixo, isto é, analisando o princípio constitucional em questão à luz da Teoria do Valores, concluiu Renato Lopes Becho (2009, p. 423) que:

No caso do princípio do não confisco tributário, o fenômeno axiológico afirma que o intérprete *valora e não tem como deixar de valorar* a tributação. Todos os operadores do Direito acabam por identificar, na complexidade exacional, a existência de um confisco ou a negativa de um confisco.

Assim, de acordo com o autor em destaque, há um ato valorativo por parte do intérprete na construção da norma referente ao princípio da vedação de tributo com efeito confiscatório.

A presença do dado Axiológico é tão evidente que Renato Lopes Becho (2009, p. 474-477) destaca que todas aquelas características dos valores mostram-se presentes na construção da norma que veda a instituição de tributos – e também de multas tributárias, segundo as decisões do Supremo Tribunal Federal – com efeito de confisco. Confirma-se suas conclusões:

11.1. Bipolaridade: ao valor *proteção à tributação confiscatória* temos um desvalor: o uso da tributação para realizar o confisco de bens. Diante das duas possibilidades, o

constituinte originário fez sua escolha, afirmando que, no Brasil, o tributo não poderá ser confiscatório.

11.2. Implicação: a proibição de tributação confiscatória implica uma *boa* tomada de decisão por parte do constituinte originário, pois é uma medida de *justiça*, que garante a *liberdade* na detenção de propriedade, no desenvolvimento de atividades lícitas e na busca pela subsistência e pela existência economicamente *dignas*. A vedação ao confisco tributário implica a realização do princípio da legalidade, da igualdade fiscal, da capacidade contributiva, dentre outros.

11.3. Referibilidade: a vedação ao uso da tributação para realizar um confisco de bens é uma referência ao legislador, ao administrador e ao julgador. A existência desse princípio, como referência, impõe o exercício da competência tributária estatal com limites. A tributação, diante desse princípio, não é mais um mero exercício de poder, ilimitado, que pode ser exercido sem referências. O estado tem uma referência negativa > não pode extrapolar na tributação e invadir o campo de liberdade do cidadão em agir economicamente, quando há proibição (Direito civil). A referência do valor *não confiscar por meio da tributação* concede um mínimo de equilíbrio entre Estado e contribuinte.

11.4. Preferibilidade: a proibição de tributo confiscatório é uma preferência constitucional, cuja finalidade é sustentar o Estado sem impedir a propriedade privada, a liberdade de atuação econômica e a busca da própria manutenção do contribuinte.

11.5. Incomensurabilidade: talvez a característica dos valores mais importante para a compreensão do princípio da vedação ao confisco tributário. Essa registra a impossibilidade de mensurar, de numerar ou de quantificar os valores. Assim como não podemos quantificar o justo, não podemos *a priori* mensurar o confisco. A impossibilidade de numerar o que seja confisco advém de ele ser um valor e, portanto, incomensurável.

Entretanto, a incomensurabilidade *a priori* da proibição da tributação confiscatória não pode ser confundida com a negação do princípio. Diante de uma legislação específica, os operadores do Direito poderão firmar posição pela sua confiscatoriedade ou não.

11.6. Hierarquização: situamos a vedação à tributação confiscatória como um princípio por natureza, o que a eleva acima dos princípios por decisão. A vedação ao confisco fiscal está abaixo do princípio da liberdade, posicionando-se junto aos princípios da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva e do devido processo legal, por exemplo. O princípio da vedação ao confisco tributário está em outro patamar que os princípios republicano e federativo aplicados aos sistema tributário, ou aos princípios da progressividade da tributação, da seletividade, da não cumulatividade.

11.7. Objetividade: a proibição à tributação com efeito de confisco é objetiva. Não é razoável supor que ele seja um valor subjetivo, notadamente diante do art. 150, IV, da Constituição da República. A objetividade, contudo, não é suficiente para uma definição absoluta para o que seja uma tributação confiscatória, pois a incomensurabilidade impossibilita a identificação segura e inquestionável da ocorrência de confisco em cada tributação concretamente verificada.

11.8. Historicidade: é possível apontar tanto os registros históricos que indicam a existência do confisco, como é possível apontar o respeito à dita proibição. É importante anotar que o valor protegido atualmente é direcionado para uma maneira de confisco mais sutil, que possa envolver o fim (confisco) utilizando a tributação como meio. A Carta Máxima brasileira não impede, apenas, o confisco direto, puro e simples, como os exemplificados em período de força (e não de direito). Impede que se atinja o mesmo objetivo dos déspotas, o confisco, utilizando uma ferramenta necessária para o Estado Democrático de Direito: o tributo.

11.9. Inexauribilidade: a eventualidade de o sistema tributário atual não ser confiscatório não é a garantia de que ele jamais venha a sê-lo. Por isso o princípio é inexaurível. Por outro ponto de vista, sempre teremos algum contribuinte que se sinta confiscado diante da tributação. Quer por uma real particularidade de suas finanças, quer por não aceitar as escolhas públicas para os gastos governamentais, haverá, constantemente, alguém que lance mão do princípio e procure fazer com que seu argumento prevaleça e a carga tributária seja reduzida.

Provavelmente nunca alcançaremos a situação ideal de não considerar um dado tributo como, em alguma medida, confiscatório. Ao menos hipoteticamente, a incidência de um tributo poderá aproximar-se de um confisco, pela dificuldade de se construírem regras totalmente justas.

11.10. Realizabilidade: temos provas recentes de legislações tributárias que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. A existência de negativa à tributação confiscatória, por parte de nossa mais alta Corte, nos parece suficiente para comprovar a realizabilidade da não confiscatoriedade tributária.

11.11. Atributividade: os constituintes, ao elaborarem a Constituição Federal de 1988, atribuíram valor negativo à possibilidade de a tributação ser confiscatória. Como a vontade dos membros da Assembleia Nacional Constituinte foi de rechaçar essa possibilidade, foi determinado o princípio que veda a tributação confiscatória. Essa determinação expressa no Texto Constitucional é uma prova da atributividade do princípio.

Interessa-nos, por força deste estudo, o conteúdo valorativo empregado pela Suprema Corte na construção da regra individual e concreta referente ao princípio do não-confisco, que será analisada a partir da Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.

4.2 A jurisprudência acerca do princípio do não confisco tributário

Renato Lopes Becho (2009, p. 464) cita um julgado do Supremo Tribunal Federal (ADIn 551/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24-10-2002) para demonstrar as enormes dificuldades de identificação do que seja um tributo confiscatório, destacando um trecho

do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que pedimos licença para transcrever, por ser útil ao desenvolvimento no nosso trabalho:

Sr. Presidente, esse problema da vedação de tributos confiscatórios que a jurisprudência do Tribunal estende às multas gera, às vezes, uma certa dificuldade de identificação do ponto a partir de quando passa a ser confiscatório.

Recorda-me, no caso, o célebre acórdão do Ministro Aliomar Baleeiro, o primeiro no qual o tribunal declarou a inconstitucionalidade de um decreto-lei, por não se compreender no âmbito da segurança nacional. Dizia o notável Juiz desta Corte que ele não sabia o que era segurança nacional; certamente sabia o que não era: assim, batom de mulher ou, o que era o caso, locação comercial.

Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.

Após ressaltar a enorme dificuldade em delimitar a exata extensão do princípio do não confisco tributário, o que abre amplas possibilidades para a atividade valorativa do intérprete, o mestre (BECHO, 2009, p. 425) prossegue explicando que a análise isolada deste princípio só pode nos conduzir até a conclusão de que o princípio é bom, positivo, mas que pouco nos guia quanto à sua aplicação.

Notamos, assim, a partir das lições do mestre, que quanto maior a vaguidão do princípio, maior será a valoração do intérprete no ato de sua aplicação.

Becho (2009, p. 425) ressalta, no mesmo sentido que Carrazza (2012, p. 52-53), conforme já expusemos, que os eventuais conflitos sobre a extensão do princípio do não-confisco surgirão no ato de sua aplicação:

O conflito de entendimento surgirá quando formos aplicar o dispositivo constitucional que veicula o não-confisco com a lei que o institua, aprovada pelo órgão competente, que verse sobre matéria tributária. É nesse momento em que alguns dirão que é confisco a tributação como está na lei e outros dirão que não é confiscatório. Não negar que *o princípio é positivo* é suficiente para dizer que esse valor é *objetivo*, mesmo que sua dimensão não o seja – e não há como ser mesmo – de unânime aceitação.

Partindo da premissa de que cabe ao Poder Judiciário aplicar o princípio do não-confisco em matéria tributária, declarando, assim, qual o seu alcance, partimos em busca de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na matéria, com vistas a submetê-las à nossa investigação.

Apesar da vaguidão com a qual o tema é tratado pela Suprema Corte, selecionamos algumas decisões que servirão para demonstrar a presença de vários valores na construção da norma jurídica referente ao princípio da vedação de tributo com efeito de confisco, e tentar identificar como foi possível que tais valores ingressassem numa regra individual e concreta emanada pelo Poder Judiciário.

Verificamos que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio do não confisco tributário aplicado às multas moratórias de natureza tributária (RE 582.461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18-5-2011), laborou, claramente, sobre valores. Deste julgado, extraímos o seguinte trecho de sua Ementa:

A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos.

Nos parece que a *intenção de prestigiar quem paga em dia seus tributos* e a *intenção de garantir a viabilidade de recolhimentos futuros* são argumentos fortemente valorativos, que podem ser extraídos, *e.g.*, dos subsistemas da moral, da ética e da economia. No caso, foram trazidos ao subsistema do direito por meio de um acoplamento estrutural denominado – entendemos – princípio do não confisco.

Em outro julgado (ADInMC 1.075/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 17-6-1998) a Suprema Corte nos dá nova demonstração de que a aplicação do princípio do não confisco tributário pressupõe o ingresso no domínio dos valores. Com vistas a demonstrar nossa afirmação, selecionamos o seguinte trecho da Ementa do julgado:

É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos

rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do ‘quantum’ pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Neste caso, nos parece que a *intenção de afastar uma injusta expropriação estatal* por meio de multa tributária, garantindo, com isto, uma *existência digna* para o infrator, diante de suas *necessidades vitais básicas*, também são argumentos evidentemente valorativos, que forçam o intérprete a ingressar, *e.g.*, nos subsistemas da ética, da economia, da sociologia etc., sendo permitido ao intérprete tal ingresso, em razão da existência, no Direito, daquele acoplamento estrutural denominado princípio do não confisco.

De outro lado, sem sopesar os valores anteriormente destacados, o Supremo Tribunal Federal (RE 241.074/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12-11-2002) enfatizou somente a necessidade de punir ilícitos tributários:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. PARCELAMENTO. JUROS. MULTA DE 80%. ALEGAÇÕES DE EFEITO CONFISCATÓRIO, USURA, E DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA. Alegações improcedentes, em face da legislação que rege a matéria, visto que as cominações impostas à contribuinte, por meio de lançamento de ofício, decorrem do fato de haver-se ela omitido na declaração e recolhimento tempestivos da contribuição, assentando o Supremo Tribunal Federal, por outro lado, que a norma do art. 192, § 3.º, da Carta Magna, não é auto-aplicável. Recurso não conhecido.

Nos parece que neste caso os Ministros da Suprema Corte, em estreito relacionamento com o subsistema ético, desprezaram qualquer outro valor senão a necessidade de punir o infrator, valendo-se do princípio do não-confisco tributário para trazer para dentro do ordenamento jurídico, por meio da regra individual e concreta produzida, aquela valor ético.

Em esforço analítico, identificamos a presença daquelas características dos valores nas decisões analisadas neste estudo quanto ao princípio do não-confisco tributário. Visualizamos i) a bipolaridade, pois entre o valor (proteção à tributação

confiscatória) e o desvalor (permissão de tributação confiscatória), a Suprema Corte afirmou a escolha do Constituinte originário, decidindo que no Brasil o tributo não poderá ser confiscatório, agregando novos valores, como o prestígio de quem paga em dia seus tributos, a intenção de garantir a viabilidade de recolhimentos futuros, o afastamento de uma injusta expropriação estatal por meio de multa tributária, a garantia de uma existência digna etc.; ii) a implicação, pois, segundo decidido pela Suprema Corte, a proibição de tributação confiscatória implica no prestígio a quem paga em dia seus tributos, na intenção de garantir a viabilidade de recolhimentos futuros etc.; iii) a referibilidade, pois a vedação ao uso da tributação (ou de multa de natureza tributária) com efeito de confisco foi afirmada como uma referência ao legislador, ao administrador e ao julgador, nos limites traçados nas decisões analisadas (bem como em outras); iv) a preferibilidade, que foi afirmada na medida em que os Ministros da Suprema Corte preferiram, ao mesmo tempo em que sancionaram o contribuinte pela prática de ilícitos tributários, garantir a viabilidade de recolhimentos futuros, sua liberdade de atuação econômica e a própria manutenção de uma vida digna; v) a incomensurabilidade, já que, de acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, não é possível saber a exata medida em que um tributo ou uma multa se tornam confiscatórios, mas que uma multa duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente é confiscatória; vi) a hierarquização, pois nas decisões analisadas restaram hierarquizados diversos valores, como a necessidade de aplicar sanção ao contribuinte infrator, o caráter pedagógico da sanção, a necessidade de garantir a liberdade de sua atuação, a capacidade contributiva, a preservação do mínimo para uma existência digna, a necessidade de garantir recolhimentos futuros etc.; vii) a objetividade, já que a devida extensão do princípio em questão ganhou objetivação em cada uma das decisões destacadas, apesar de não serem suficientes, *per si*, para uma definição absoluta do que é uma tributação confiscatória, já que a característica da incomensurabilidade impossibilita a identificação segura e inquestionável da ocorrência de confisco em cada tributação ou sanção tributária concretamente verificada; viii) a historicidade, já que o próprio registro das decisões em questão, nas quais se decidiu pela aplicação do princípio do não confisco no contexto e de acordo com os valores que apontam, demarcam sua existência histórica; ix) a inexauribilidade, pois a eventualidade de o sistema tributário atual não ser confiscatório não é a garantia de que ele jamais venha sê-lo, e a qualquer momento as decisões construídas pela Suprema Corte podem sofrer alteração. Ademais, independentemente da extensão do princípio do não confisco fixada em tais decisões,

sempre haverá quem se sinta confiscado diante da tributação, na mesma ou em outra extensão; x) a realizabilidade, demonstrada nas próprias decisões proferidas, prova maior de que a vedação ao tributo com efeito de confisco vem sendo realizada, permitindo, inclusive, sejam agregados diversos valores pertencentes a outras searas da cultura humana; e, por fim, xi) a atributividade, pois a Suprema Corte atribuiu valor negativo à possibilidade de a tributação (ou sanção tributária) ser confiscatória e ponto de inviabilizar recolhimentos futuros, a manutenção de uma vida digna etc.

As decisões analisadas têm em comum – segundo nosso entendimento – a função de delimitar a devida extensão do princípio do não-confisco tributário, já que isso só é possível no ato de sua aplicação – já vimos. Contudo, ao mesmo em que lhe delimita os contornos, traz para o subsistema do Direito diversos elementos – valores – presentes em outros subsistemas sociais, que participaram da própria delimitação do princípio, sendo esta, pensamos, a raiz daquela indeterminação por ele sofrida. Não obstante seja indeterminado, é historicamente determinável, na medida em que ganha determinação em cada decisão judicial que o tem por objeto, contemplando e realizando, assim, os valores mais caros à sociedade.

CONCLUSÃO

Não obstante sua inexistência ôntica, o peculiar *existir* dos valores pode ser verificado a partir de determinadas características, que permitem identificar a presença de valores.

Partindo do pressuposto de que as coisas não têm valor em si, pois é o homem que tem valor para as coisas, podemos sustentar que o Direito não tem valor em si, e que é o intérprete que lhe atribui valores. Não há valor, assim, muito embora possa parecer, nos enunciados prescritivos, isto é, produtos, mas sim na atividade de enunciação ou de construção de sentido, ou seja, nos processos, pois o valor está na fonte e no intérprete, e não no Direito positivo.

Assim, partindo da leitura dos textos de Direito positivo (avalorativos, portanto, enquanto produto), o intérprete construirá a norma jurídica (enquanto processo) que poderá resultar numa regra individual e concreta (igualmente produto), em atividade que não lhe custa pouco esforço.

No processo, a fonte ou intérprete será influenciado, inevitavelmente, pelos valores presentes em sua ideologia e em outros diversos campos da cultura humana.

A partir da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, podemos sustentar que isso só é possível porque o subsistema do Direito, ao construir sua própria realidade, operando por processos próprios, exclusivos, caracterizados pelo código binário Direito/não-Direito, se permite trocar informações com os demais subsistemas sociais (*e.g.*, como o subsistema moral, religioso, ético, econômico etc.), mediante a emissão de normas e a recepção, ao mesmo tempo, de informações produzidas pelos outros subsistemas. O intercâmbio dessas informações ocorre devido à existência de *acoplamentos estruturais* entre os subsistemas, que permitem que o subsistema do Direito processe somente as informações que lhe são pertinentes, submetendo estes dados aos critérios metodológicos de formação de normas, segundo as regras do próprio subsistema do Direito.

A análise da doutrina nos permitiu concluir que os princípios jurídicos consubstanciam aqueles acoplamentos estruturais presentes no subsistema do Direito, que permitem o intercâmbio de informações com os demais subsistemas sociais.

Ao submetermos o princípio do não-confisco à nossa conclusão, e escolhemos este, principalmente, por seu reconhecido alto grau de indeterminabilidade, pudemos constatar que os Ministros da Suprema Corte agregaram outros elementos, pertencentes às mais diversas searas sociais, na construção de seu sentido.

Delimitando a devida extensão do princípio do não-confisco tributário, todas as decisões analisadas têm em comum – além disso – trazerem para o subsistema do Direito diversos valores presentes em outros subsistemas sociais, como a manutenção da capacidade econômica futura, o valor ético contido no ato de pagar as dívidas na data acordada etc.

Estes elementos “estranhos” ao Direito foram devidamente juridicizados por meio do princípio do não-confisco tributário, que mostrou-se um verdadeiro acoplamento estrutural em relação a outros subsistemas sociais, como o econômico e o ético.

Assim, a partir da edição da regra individual e concreta, tais elementos “até então estranhos” ao Direito passaram a dele fazer parte, participando, inclusive, da própria delimitação do princípio.

Parece que a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos pode contribuir com o operador do Direito na realização dos valores mais caros à sociedade – não só jurídicos – num dado momento histórico, sem necessidade que qualquer alteração no Direito positivo, pois, a

partir dos princípios já insculpidos na Carta Magna, pode o aplicador do Direito construir sua interpretação, prestigiando aqueles valores.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 5 tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970; 11 ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Lições de direito tributário. Teoria Geral e Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Lisboa: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito. O constructivismo lógico semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito tributário. Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 1 ed., 4 tir. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FIORIN, José Luiz. *Introdução ao Pensamento de Bakhtin*. São Paulo: Ática, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. de L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8 ed. (Br). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.