

Tipo ou conceito no Direito Tributário?

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI

CONTEÚDO: 1. *Introdução*. 2. *Distinção entre tipo e conceito*. 2.1. Origem dos significados da palavra tipo. 2.2. Dos vários significados de tipo no Direito. 2.3. O núcleo de sentido comum aos diversos usos de tipo no Direito. 2.4. O tipo como nova metodologia jurídica. 2.4.1. Os conceitos classificatórios. 2.4.2. O tipo como conceito de ordem. 2.4.3. Características do tipo propriamente dito e Metodologia. 2.5. O caminho metodológico distintivo. 2.5.1. As formas mistas. 3. *Do tipo e dos princípios jurídicos*. 3.1. Legalidade no sentido formal. 3.2. Legalidade no sentido material. 3.3. Direitos e garantias individuais. Legalidade e tipicidade. 3.4. Tipo e igualdade. 3.5. O princípio federal, a rigidez da discriminação constitucional de competência tributária e o tipo. 3.6. Tipo e adaptabilidade às necessidades e mutações sociais. 3.7. Tipo e praticabilidade. 3.7.1. A praticabilidade e a lei. Presunções e ficções. 3.7.2. Praticabilidade e Poder Executivo. 4. *Movimentos de tipificação e conceituação*. 5. *Conclusões*.

1. INTRODUÇÃO

Quando Hans Kelsen distinguiu entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, reduzindo o conceito de igualdade, juridicamente, à primeira acepção, declarou que o princípio supõe tão somente uma aplicação correta da lei, a qual decorre

da própria estrutura lógica da norma. Portanto, "norma e igualdade são uma tautologia".¹

Já tivemos oportunidade de comentar que, a respeito, Norberto Bobbio está com melhor doutrina. Alerta esse autor para o fato de que os clássicos atributos da norma, chamados de generalidade e abstração, ou seja, a evidência de que uma norma se aplica, via de regra, a uma categoria de pessoas e que descreve abstratamente fatos (situações-tipos) como hipóteses de incidência, é mero imperativo ideológico e não lógico. É a lógica jurídica a serviço dos ideais de segurança e igualdade e não o inverso.²

Assim é que desde a Grécia antiga, a idéia de democracia pressupõe, necessariamente, a de igualdade (pelo menos entre os indivíduos de uma mesma classe ou grupo). Foi também a igualdade um dos baluartes da Revolução Francesa do séc. XVIII, coisa que estava a burguesia vitoriosa de extinguir quaisquer privilégios da nobreza ou do clero.

Ora, a generosidade e a abstração, inerentes ao tipo e ao conceito, estão a serviço, como já anotou N. Bobbio, de princípios e valores jurídicos. A igualdade, enquanto imperativo que exige tratamento jurídico uniforme para situações semelhantes, inibidor de exceções e privilégios odiosos, impõe o uso pelo legislador de generalizações e abstrações.

Sem dúvida, a lógica conceitual dedutiva utilizada pela dogmática tradicional pressupõe a idéia de que os indivíduos podem ser agrupados segundo suas notas comuns e separados por suas diferenças. Opondo-se ao nominalismo, que vê na desigualdade a característica básica do mundo real, o conceito, no sentido aristotélico de "essência" da coisa, une os objetos

1. Cf. KELSEN, Hans. *A Justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra. Arménio Amado Ed. 1983, pp. 66-82.

2. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino. Giappichelli, p. 57. V. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. 1ª. São Paulo. Saraiva, 1982, pp. 51-2.

em classe pela identidade e distingue-os segundo a diferença de espécie, mas sempre tem como pressuposto a idéia de que o conceito mais específico e menos geral estará contido naquele superior e mais amplo da mesma classe.

Igualmente o tipo ordena o conhecimento segundo as semelhanças e dissemelhanças encontráveis nos indivíduos, mas abole o rigor da identidade e admite as transições fluidas, a comparação e a gradação entre as diferentes ordens.

A república-democrática e a igualdade, da mesma forma, levam no seu bojo a idéia de que os homens são comparáveis, existindo entre eles pontos de semelhança (ou identidade) e outros, díspares.

Tanto o conceito abstrato classificatório como o tipo servem a princípios jurídicos. Quando se pergunta como alternativa excludente: conceito ou tipo?, a rigor, se está pretendendo uma opção entre determinados valores e princípios jurídicos.

Para Michel Foucault, "se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder."³

Ao analisar a formação de certos domínios do saber, especialmente jurídicos, Foucault demonstra que, em sua gênese, encravam-se as relações de força e as relações políticas da sociedade. Refere que "com Platão, se inicia um grande mito ocidental: o de que há antinomia entre saber e poder... Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que Nietzsche começou a demolir ao mostrar que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de

3. Cf. *A Verdade e as Formas Jurídicas* Caderno PUC nº 16. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e outro. 4ª ed. Rio de Janeiro. 1979, p. 17.

poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber".⁴

Se o conhecimento pode ou deve ser abordado sob o ângulo de sua politicidade como quer Foucault, deve-se confessar que a Ciência Jurídica foi tramada nas lutas e relações políticas. Como fruto dessa luta, de forma positiva, contribuiu para a construção de conceitos por via dos quais valores fundamentais puderam ser mantidos na luta do homem pela liberdade frente aos poderes públicos.

Sem dúvida alguma, o Direito Tributário é um desses ramos do Direito onde mais se pode surpreender, de forma contínua e presente, a tensão entre poder e liberdade, igualdade e segurança, estabilidade das relações e permeabilidade às mutações sócio-econômicas.

A decisão entre tipo e conceito depende, então, não só da distinção entre uma e outra forma de pensamento mas, em especial, dá compreensão em torno daqueles princípios a que servem, daqueles valores que, no Direito Tributário, por detrás deles subjazem.

2. DISTINÇÃO ENTRE TIPO E CONCEITO

2.1. *Origem dos significados da palavra tipo*

Coube a Erich Heyde⁵ elaborar a melhor contribuição ao conhecimento da história dos diversos significados da palavra tipo e, sobretudo, explicar o uso atual do termo na acepção que lhe vem emprestando a Metodologia moderna.

A forma latina *typus* adveio da palavra grega τύπος. Originariamente, τύπος tem o sentido de impressão de uma forma, forma oca, relevo, impressão, batida, cunhagem. Também

4. Cf. op. cit., p. 40.

5. V. HEYDE, Johs. Erich. Ein Beitrag zur Bedeutungsgeschichte des Wortes Typus — in *Forschungen und Fortschritte*. 19/20:220-223, jul. 1941.

passa a significar estátua, imagem, esboço, aparência, forma.⁶ τύπος tem, inicialmente, dois sentidos próprios e pacíficos:

— de cópia, contorno ou molde determinante da forma de uma série de objetos que dele derivam. A cunhagem de moedas ou o selo e sua impressão exprimem a idéia de um tipo em correlação com a idéia de seus exemplares ou empregos;⁷

— de exemplo ou modelo, em acepção mais valorativa, derivando para protótipo ou arquétipo.

O termo adquire outras conotações em Platão, Aristóteles ou Theophrast sem que atinja a riqueza de teor atual. Platão emprega a palavra τύπος no sentido de uma representação esquemática ou essência de uma coisa.⁸

Com sua recepção no vocabulário latino, Cícero e Plinius o utilizam como *figura* ou *imagem*.

Não obstante, alerta Heyde, quem quiser encontrar as origens do atual conceito de tipo das ciências humanas, sobretudo na Alemanha, como ordenação do conhecimento que guarda a possibilidade de transições fluidas e ininterruptas, não deve voltar à mesma raiz, mas buscá-las nas ciências naturais especialmente na Zoologia e Botânica. Nesse campo do conhecimento, passou-se da rígida distinção entre si das espécies ou gêneros animais ou vegetais (p. ex. em Cuvier), baseada no pensamento conceitual aristotélico, à questão cada vez mais debatida (p. ex. em Decandolle) sobre a relação das variedades, tipos ou espécies (*Abarten*), até que se buscou um "sistema natural", com transições graduais entre os tipos isolados.⁹

6. Cf. HEYDE, Johs. *Erich*, op. cit. loc. cit.

7. Cf. LALANDE, A. *Vocabulaire de la Philosophie*, P.U.F., Paris, ed. 1951, p. 1155.

8. Cf. HEYDE, Johs. *Erich*, op. cit., p. 220.

9. Cf. HEYDE, Johs. *Erich*, op. cit. loc. cit.

Resultou, então, que os tipos, em comparação com sua forma de transição mais ou menos próxima, mais imperfeita, surgiriam como formas plenas, nas quais a essência da espécie ou do gênero aparece como forma exemplar. No curso desse pensamento comparativo, certos representantes especiais foram considerados como formações plenas de uma tipo-padrão. P. ex. a tulipa, como representante das monocotiledôneas.¹⁰ A admissão de transições contínuas e ininterruptas entre as espécies e a relação com formas comparativas menos “marcantes” *penetravam* cada vez mais no significado da palavra tipo e, já na metade do séc. XIX, em Botânica, torna-se reconhecido esse sentido da palavra.

Não obstante, no campo das ciências humanas, não se utilizava o termo, à mesma época, nessa acepção. Foi graças aos estudos de Lógica que, posteriormente, foi empregada a palavra tipo como alternativa ao tradicional conceito de classe e espécie, ao qual se opõe.

Heyde atribui ao prestígio, que John Stuart Mill desfrutou nos meios intelectuais alemães, a disseminação do uso do termo tipo, nas ciências humanas, no sentido que a Lógica moderna lhe confere. É que, em 1893, em seu “Sistema de Lógica dedutiva e indutiva”, Mill criticou o novo conceito de tipo e, com isso, involuntariamente, impulsionou a discussão que, então, se instalou na Lógica. A partir daí Sigwart, Lotze, Wundt, B. Erdmann e outros tratam do tipo em seus escritos de Lógica; Menger, Jellineck e Max Weber abordam o tema em Economia; igualmente a Psicologia se apodera do conceito — de que são exemplo os tipos psicológicos de Jung — e, finalmente, a História passa a discuti-lo.

Em resumo, Heyde conclui que, hoje, a palavra tipo é usada no sentido geral de *forma básica* (*Grundform*) ou essência, tanto na acepção mais específica de “plano de cons-

10. Op. cit. loc. cit.

trução”, como, por outro lado, no significado mais lato de forma plena como padrão.¹¹

Percebe-se, pois, que o sentido originário da palavra τύπος, como forma básica, molde ou modelo, nunca se perdeu. Com a incorporação da palavra grega no léxico latino e a sedimentação de seu uso pelo latim eclesiástico, se lhe foram acrescentando novas conotações. As concepções teológicas da Idade Média e a importante teoria platônica das idéias como modelos (tipos) das coisas, como existiu no neo-platonismo, reforçaram o uso do termo como modelo ou padrão.

Entretanto o tipo, como forma de ordenação lógica do conhecimento que admitia, por comparação, as transições fluídas e contínuas, somente se firma no séc. XIX, no campo das ciências naturais e se instala, já no séc. XX, no domínio das ciências sociais.

2.2. *Dos vários significados de tipo no direito*

É enorme a literatura, no campo das ciências sociais, sobre tipo. Na Psicologia, na Filosofia, na História, na Metodologia, no Direito, a palavra tipo tornou-se moda. Já na primeira metade deste século, podendo-se dizer que pouquíssimos termos técnicos gozaram de tamanha popularidade. E, a partir de então, como todo modismo, cresceu e se expandiu, a ponto de causar incômodo em certos ramos do conhecimento humano. Ambigüidade, polissemia e sentidos contraditórios são fenômenos que Leenen denomina de “o mal estar na tipológica”.¹²

Enumerar todos os usos que da palavra são feitos ou os diversos matizes de sentido que lhe vem emprestando a lite-

11. V. HEYDE, Johs. *Erich*, op. cit., p. 223.

12. V. LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung*. Berlin. Duncker & Humblot. 1971, p. 17.

ratura, é tarefa para nós impossível.¹³ Tipo e seus derivados, típico, tipificador, tipificante, tipificar, tipológica e tipologia são empregados em campos distintos e, via de regra, com notável imprecisão de sentido.

Basta referir as modalidades básicas de *tipo empírico* e *ideal*, propostas por Jellineck; o *tipo médio* ou *frequente* de Rickert ou Weber; o *tipo representativo* de que trata Lotze; o tipo como *protótipo*, *essência*, um universal nem *ante* ou *post rem*, mas "*in re*", como altera Arthur Kaufmann; o *tipo total* tão importante para Leenen ou Larenz; o *tipo ideal weberiano*; o tipo como *ordem* fluída e transitiva; os *tipos históricos* e a polêmica que engendram na História, referidos por Zittel ou Schieder.¹⁴

Se, para o campo das ciências sociais em geral, a palavra tipo assume sentidos equívocos, parece que se acentuam, dentro do Direito, a ambigüidade e a polissemia do termo. Passa a ter, então, os mais confusos e mesmo contraditórios significados

13. De relevância, a leitura da revista «*Studium Generale*» que dedicou dois números ao conceito de tipo (V. Cadernos IV e V, anos 1951 e 1952), assim como a obra de Karl ENGISCH: *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona. Ed. Universidad de Navarra S.A. 1968, 542 pp.

14. Cf. JELLINEK, G. *Teoria General de Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires. Ed. Albatros. 1954, p. 22; WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Esbozo de Sociología Comprensiva I. Trad. José Medina Echavarría e outros. 2ª ed. México. Fondo de Cultura Económica, 1979; LOTZE. *Logik*. 1ª ed. Misch. 1928; KAUFMANN, Arthur. *Analogia y Naturaleza de la Cosa*. 1ª ed. Chile. Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 94; ZITTEL, Bernhard. *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*. *Studium Generale V* (6): 378-384, 1952; SCHIEDER, Theodor. *Der Typus in der Geschichtswissenschaft*. *Studium Generale V* (4): 231, mai 1952. V. além dos autores de Lógica já citados, ENGISCH que enumera: E. HUSSERL. *Logische Untersuchungen II*, 1. p. 87 e ss; HÖFLER. *Logik*. 2ª ed. 1922, p. 135, nº 2; a importante obra de Carl HEMPEL e Paul OPPENHEIM. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. 1936; E. SEITERRICH: *Die logische Struktur des Typusbegriffs bei W. Stern, E. Sprenger und M. Weber*. Tesis in la Universidad de Friburgo, 1930.

porque, além de comungar dos matizes e acepções variadas já apontados e válidos para as demais disciplinas sociais afins, assume outras conotações, decorrentes de seu uso, em setores jurídicos próprios.

Assim Engisch compara o tipo da vida real ao normativo, enquanto Larenz refere-se aos tipos empírico, médio ou freqüente, ao jurídico total e ao estrutural.¹⁵

Hans Wolff menciona quatro usos diferentes de tipo na Ciência do Direito, quais sejam: aqueles tipos da Teoria Geral do Estado, os históricos e os da Ciência do Direito comparada, com relação os quais destaca a obra fundamental e estruturadora de Georg Jellinek; os tipos jurídicos em sentido restrito, princípios jurídicos; os tipos penais e os fiscais.¹⁶

Não nos parece proveitoso continuar a perseguir essas inumeráveis colocações, variáveis de autor a autor, frente à natureza dos tipos jurídicos e suas modalidades.

O que não se pode perder são os significados básicos que o tipo adquire dentro do Direito em diferentes níveis e setores. Assim, pelo menos em três pontos fundamentais, no Direito, o tipo assume contornos especiais e questões próprias se levantam, a saber: na Metodologia Jurídica, na criação legislativa do *Tatbestand* ou fato gerador e na regulamentação administrativa para execução em massa das leis.

2.3. O núcleo de sentido comum aos diversos usos de tipo no direito

O tipo, como uma nova metodologia para o Direito, vem a ser uma ordem que se opõe ao conceito classificatório rígido e exato. Consiste em uma nova metodologia que vem proposta tanto para ordenar o conhecimento jurídico científico, como

15. Cf. op. cit. pp. 457/482; Cf. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4ª Berlin. Springer-Verlag. 1979, pp. 442-445.

16. Cf. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft. *Studium Generale*. 5-4: 195-204, mai 1952, p. 196.

para aplicar o Direito em cada caso concreto. Em face dessa concepção, o pensamento conceitual abstrato e fechado, como observa Leenen, é considerado arcaico, vale dizer, tanto antiquado, a merecer uma superação, como originário.¹⁷

No segundo deles, o tipo se usa, opostamente, na acepção de conceito rígido e delimitado, como os conceitos legais que formam os *Tatbestände* penais ou tributários. Embora, hoje, na Alemanha, a distinção entre *Tatbestand* e tipo segundo Hassemer, Arthur Kaufmann, Engisch, Heyde, H. Wolff e outros seja nítida, há confusão, que data da primeira década deste século, entre tipo, conceito e suposto legal. Essa confusão é certamente mais aguda nos países de língua espanhola ou portuguesa que se serviram da palavra tipo como tradução livre de *Tatbestand*.¹⁸

Finalmente, o uso de tipo de forma distinta se dá ainda no Direito Tributário. Refere-se a limites — máximo ou mínimo — parâmetros, criados pela Administração via de regra, com o objetivo de facilitar a aplicação da lei, embora lesivos ao princípio da legalidade estrita. É a chamada execução simplificadora da lei, que leva em consideração a média dos casos ou o usual, na fixação dos parâmetros, mas despreza as individualidades do caso isolado, cuja investigação não é dispensada pela lei.

Como é possível designar com a mesma palavra o que parece tão distinto? Enfim, qual o núcleo de sentido comum a esses usos de tipo no Direito?

17. Cf. LEENEN, Detlev. Op. cit., pp. 20-21.

18. Assim, ocorre que, na maioria das vezes, o autor alemão não se refere a tipo. . . Por exemplo, a obra *Die Lehre vom Tatbestand*, de Beling, foi traduzida como *A Doutrina do Delito-Tipo*; igualmente Class fala em *Grenzen des Tatbestandes*; Dahm em *Verbrechen und Tatbestand*. O título original da obra de Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* foi traduzido por *Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, na versão castelhana de E. Bacigalupo.

Tipificar tem o sentido amplo de abstrair as particularidades individuais, para colher o que é comum ou repetitivo. Tipo será, então, o que resultar desse processo de abstração generalizante, vale dizer, a forma média ou freqüente, ou aquela especialmente representativa, ou ainda, o padrão normativo ideal.

Como se sabe, o tipo nunca é o único ou o exclusivo, mas o que colhe as propriedades essenciais que se repetem de forma mais ou menos semelhante em diversos fenômenos.

Por isso tipificar é tanto generalizar e abstrair como padronizar. Lembremo-nos de que, nessa última acepção, está o sentido originário da palavra como forma, molde para cunhagem e impressão, ou padrão, acepção que se liga, por sua vez, à idéia de repetição.

É claro que as diferenças são notáveis. O tipo propriamente dito, como ordem, opõe-se a conceito classificatório, pois não contém notas rígidas, mas graduáveis; é um conjunto não delimitado, onde a idéia de totalidade é primacial. No sentido impróprio de suposto fático da norma (*Tatbestand*), é visto, embora equivocadamente, como conceito que delimita rigidamente a espécie, perdendo-se, então, a graduabilidade e a totalidade inerentes ao tipo. Enfim, também, o tipo, empregado no sentido impróprio de parâmetro criado para execução simplificadora da lei, é conceito rígido, fixo e não fluído, que reformula ou reduz o clássico princípio da legalidade.

Em todos esses lugares que o tipo tem ocupado no Direito, apesar das profundas distinções conotativas reconhecíveis entre eles, o núcleo de sentido comum é ser uma abstração generalizadora que abandona as diferenças individuais — um padrão. É sentido não técnico, portanto, mas extraído desses diferentes usos da palavra tipo.

2.4. *O tipo como nova metodologia jurídica*

Dos três usos mais significativos de tipo no Direito, já apontados, interessa-nos examinar um pouco mais de perto

o tipo como ordem de pensamento ou de investigação jurídica, com vistas a decidir se deve ser a tendência prevalente no Direito Tributário.

Ele tem sido sugerido como novo método jurídico em diversos níveis. Tanto como Lógica aplicada à Ciência Jurídica, propriamente dita, como também como método de interpretação para investigação em cada caso concreto. Ou seja, tanto como novo instrumento de ordenação científica do conhecimento, como ainda 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.

Aponta-se, então, a concepção por tipo como metodologia para a Ciência que, através da comparação, se presta à análise dos institutos jurídicos, organizando-os em série tipológica, adequada à característica compreensiva dessa Ciência. É indicada ainda como meio (ou mais um meio) de investigação jurídica que deverá servir à correta aplicação do Direito.

Como nova forma de pensar, o tipo opõe-se aos conceitos abstratos fechados, classificatórios.

2.4.1. *Os conceitos classificatórios*

Omnis definitio in iure civili periculosa est. A máxima dos juristas romanos foi também seguida pela cultura anglosaxônica, pouco afeita às generalizações abstratas.

No entanto, a Ciência Jurídica da Europa continental assim como a latino-americana, por ela influenciada, estiveram dominadas (e ainda não estão?) pela Metodologia escolástico-dedutiva. A definição, como afirma Rode, tornou-se a medida de todas as coisas.¹⁹

19. Cf. RODE, Karlheinz. Begriffliche und typologische Gesetzeinterpretation. *Juristische Rundschau*. Berlin. Hefto 11:401-407, nov. 1968, p. 402.

Sob a influência do racionalismo, tanto a jusnaturalistas como a positivistas continuou a preocupar sempre a idéia de sistema cerrado e perfeito, conhecimentos exatos e adequados. As grandes codificações dos sécs. XVIII e XIX levaram no seu bojo esta pretensão: a de conhecer o ser matematicamente, através do princípio cartesiano "*more geometrico, clare et distincte*", univocamente e mediante subsunção lógica.²⁰

A Teoria Geral e a Ciência do Direito foram fortemente influenciadas pelo conceito geral abstrato, classificatório. Segundo a Lógica tradicional, a abstração conceitual, desencadeada pela percepção sensível de um objeto concreto (cujas peculiaridades ou determinações múltiplas nele se "uniram", possibilitando o seu existir concreto), vem a ser o processo pelo qual se dá a separação, a percepção isolada e, ao mesmo tempo, a denominação e a determinação genérica das características do objeto. Será omitido aquilo que não for considerado essencial para a regulamentação jurídica.

Para Aristóteles, dois terços caracterizam toda espécie de ciência: a abstração e a dedução. A ciência procede por abstração, seccionando a realidade, despojando as coisas, que sejam objeto de estudo, dos caracteres que não lhe interessam. Da mesma forma, na ciência, os conhecimentos derivam uns dos outros, em rigorosa seqüência, obtida de maneira apodítica.²¹

O conceito secciona, seleciona. Quanto maior, então, for a abstração, tanto mais abrangente será o conceito, porque abrigará um maior número de objetos e, em contrapartida, tanto mais vazio será de conteúdo e significado.

Larenz explica que a ciência dos conceitos, como propõe Puchta, é exemplo da idéia de sistema formal e racional, herança da escola do direito natural e do idealismo alemão.

20. V. ARTHUR KAUFMANN. *Analogia y Naturaleza de la Cosa*. 1ª. Chile. op. cit. pp. 62-3.

21. Cf. LARROYO, F. Aristóteles. *Tratados de Lógica*. 5ª. México. Ed. Porrúa. 1979, p. XLIII.

O sistema, nesse modelo, assemelha-se a uma pirâmide, a cuja largura ou base corresponde a compreensão do conceito (conteúdo semântico) e a cuja altura equivale a extensão. À medida que se sobe da base para o vértice, perde o conceito, em abundância de matéria e riqueza de conteúdo, o que ganha, proporcionalmente, em altura, isto é, abrangência de indivíduos, de modo que o mais alto abarca os demais inferiores.²²

O conceito menos geral pertence ao gênero do mais abrangente. O menos abrangente denomina-se espécie e aquilo que diferencia uma espécie de outras, situadas sob um mesmo gênero, designa-se por "diferença de espécie". Definir será determinar um gênero a um conceito e acrescentar a diferença de espécie.²³

Só um conceito geral abstrato se deixa definir, pois, para isso é necessário fixá-lo através de determinadas características. Se o conceito A possui as notas "a, b, c", na investigação jurídica, somente se afirma o conceito A, se o conceito do fato contiver as mesmas características "a, b e c". Diz-se, então, que há subsunção. Para o conceito de classe vale a proposição lógica do terceiro excluído: "cada X é A ou não-A". *Tertium non datur*. Não tem cabida aqui o mais ou menos, mas a relação de exclusão "ou um... ou outro". Porque ou o conceito do objeto corresponde integralmente às características do conceito abstrato nele se subsumindo, ou não.

O conceito pode referir-se a todo tipo de objeto: abstrato, concreto, universal ou individual. Ele não se refere necessariamente a coisas reais, mas pode haver conceito de coisas inexistentes. Além disso, o conceito de classe é a soma de suas partes ou características.

22. Cf. LARENZ, Karl. Op. cit., pp. 13-14.

23. Cf. ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica (El Organon)*. 5ª. México. Ed. Porrúa S.A. 1979, pp. 6-18; RODE, Karlheinz. Op. cit., pp. 401-7.

Veremos que o tipo, na concepção atual, por encontrar-se mais próximo à realidade, não se refere a objetos inexistentes ou impossíveis; acresce ainda que, nele, suas partes integram-se em uma estrutura.

A teoria do conceito é complexa e sofreu longa evolução. Se, por um lado, na concepção platônico-aristotélica e escolástica, prevalecia a tese que o identificava à essência das coisas, outra importante interpretação de sua natureza, que se inicia com os estóicos, identifica-o como signo do objeto.

Na concepção conceito-essência, acentua-se a função de revelar a essência das coisas e, na de conceito-signo-símbolo, mais se destaca o papel de instrumentalidade.²⁴

Importa destacar somente que, em uma ou outra dessas vertentes, o conceito se presta a organizar os dados por meio de conexões lógicas, derivadas umas das outras dedutivamente, com rigor axiomatizante.

2.4.2. O tipo como conceito de ordem

A prevalência dos elementos lógico-sistemáticos sobre os orgânico-compreensivos no Direito suscitou a reação de Ihering, da escola livre do Direito, da jurisprudência de interesses, da natureza da coisa, da tópica de Vieweg,²⁵ provocando a busca de uma nova metodologia para a Ciência do Direito.

Contra o pensamento limitador do conceito classificatório, o tipo surgiu como nova proposta, uma ordem mais adequada para captar as fluídas transições da vida.

24. Cf. ABBAGNANO. *Dicionário de Filosofia*. Op. cit., pp. 153-155.

25. V. IHERING, Rudolf Von. *El fin en el Derecho*. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba. 1960. 280 pp.; ESSER, Joseh. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. 1ª. Barcelona. Bosch Ed. 1961, 498 pp.; GENY, François. *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. 2ª. Madrid. Ed. Reus S.A. 1925, 695 pp.; SICHES, Luis Recásens. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*. México,

Multiplicaram-se os estudos metódicos sobre o tipo²⁶ destacando-se, sobretudo, a obra de Carl Hempel e Paul Oppenheim que mereceu o tão lembrado artigo de Radbruch, em 1936.²⁷

À luz dessas concepções, um conceito de ordem distingue-se de um conceito de classe. Caracteriza-se em que as suas propriedades são graduáveis, estando em diferente intensidade, em maior ou menor grau, nos casos isolados. De suas características fala-se no comparativo: “o quartzo é mais duro que o calcário”.

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. São os *tipos*, os quais não dão, por si, o conhecimento da realidade, mas são instrumento para o reconhecimento dos fenômenos isolados e sua ordenação. Ao contrário dos conceitos de classe, os tipos se interpenetram em ordenação gradativa, sem limites rigorosos; “os conceitos de classe dividem, os de tipo unem”.²⁸

O conceito de classe é definido em um número limitado e necessário de características. Entretanto, o tipo não é definido, mas apenas descrito, suas características não são indispensáveis, sendo que algumas delas podem faltar. Ele está na imagem geral, na visão ou intuição do total. A comparação entre o tipo construído ou imaginado e o fato “típico” sucedido

Fondo de Cultura Económica. 1971, 578 pp.; VIEWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., 1ª. Brasília. Min. da Justiça e Ed. Universidade de Brasília. 1979. 153 pp.

26. V. LOTZE. *Logik*, op. cit., SIGWART. *Logik*, op. cit.

27. V. RADBRUCH, Gustav. *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*. *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. XII: 166-175, 1936.

28. «Klassenbegriffe sind durch scharfe grenzen voneinander geschieden, Typenbegriffe gehen durch verschwimmende Grenzen ineinander über wie die Farben im Farben im Farbenkreis: Klassenbegriffe trennen, Typenbegriffe verbinden». RADBRUCH, G. Op. cit., p. 168.

deve procurar compreender a “totalidade” da realidade. Com isto, o tipo é mais concreto e rico de conteúdo que o conceito e a investigação jurídica consoma-se por meio da ordenação (e não da subsunção), da comparação e da analogia.²⁹ Ou, como diz Larenz: “o tipo está igualmente no meio, entre o individual, intuitivo e concreto de um lado e o conceito abstrato, de outro; ele é mais concreto que o conceito”.³⁰

Essa abertura do tipo às flutuações da realidade propicia um evoluir mais contínuo do tipo do que do conceito classificatório. O chamado círculo hermenêutico, segundo o qual os fatos, aos quais se aplica o Direito, reagem sobre a própria norma, é mais intenso no tipo.

São, pois, notas próprias da concepção por tipo: certa temporariedade ou fluidez em seus contornos, a indefinibilidade, a totalidade da imagem decisiva para seu reconhecimento, a abertura real o que a faz mais concreta e próxima da realidade do que o conceito classificatório e a aptidão para ordenar os fenômenos através da comparação, sem rígidos cortes de secção.

Há quem fale em tipos abertos e tipos fechados. O tipo fechado não se distingue do conceito classificatório, pois seus limites são definidos e suas notas rigidamente assentadas.³¹

29. Cf. STRECK, Michael. *Gewerbebetrieb, Mitunternehmerschaft, Bilanzbündeltheorie. Finanz-Rundschau*. Köhn, nºs 13-14; 297-301, jul. 1973.

30. ... «der Typus stehe gleichsam in der Mitte zwischen dem Individuellem, Anschaulichen und Konkreten auf der einen und dem abstrakten Begriff auf der anderen Seite; er sei konkreter als der Begriff», op. cit., p. 445.

31. No Direito Penal, p. ex., são conhecidos os tipos fechados e abertos de Welzel. O próprio LARENZ, até a segunda edição de sua obra, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, da qual há tradução para o português, admitia os tipos fechados. A partir da terceira edição, refez o seu ponto de vista, aliás mantido na quarta, de 1979, afirmando que os tipos, por definição, são sempre abertos. Ver também, no último sentido, além dos demais autores citados, LEENEN, op. cit. e RADBRUCH, op. cit.

No entanto, como nova metodologia jurídica, em sentido próprio, os tipos são abertos, necessariamente abertos, com as características que apontamos. Quando o Direito “fecha” o tipo, o que se dá é a sua cristalização em um conceito de classe.

Neste contexto, a expressão “tipo fechado” será uma contradição e uma impropriedade.

2.4.3. *Características do tipo propriamente dito e metodologia*

São apontadas como notas próprias do tipo, em oposição ao conceito: a abertura, a gradação, o sentido, a inteireza e a aproximação da realidade.³²

Como *conjunto aberto*, o tipo é um sistema elástico de características, não limitadas, renunciáveis, vale dizer, características que podem até faltar em certos objetos, os quais, apesar disso, são dados como típicos.

A *gradação* decorre dos diferentes graus de intensidade, frequência e combinações em que se dão as características de um tipo. Essa graduabilidade leva à possibilidade de ordenação em série comparativa, com base no relacional “mais ou menos”. Enquanto no conceito classificatório tem cabida a identificação do gênero e a separação rigorosa entre as espécies, na tipológica isso não será possível, mas apenas se dá uma escala comparativa que vai do mais ao menos típico, até o limite do atípico.

Leenen faz uma importante observação: a gradação do tipo não é obscuridade ou falta de clareza, mas “qualquer possibilidade de caracterização”. E exemplifica, observando que homem, mulher e imóvel são conceitos. Não são tipos. Já a onerosidade nos negócios forma um tipo, pois entre os polos, doação de um lado e compra e venda a preço de mercado

32. Cf. LEENEN, Detlev. Op. cit., pp. 34-49.

de outro, há inúmeros degraus de onerosidade. O limite é o grau zero, onde, nitidamente, se vê o tipo doação em sua forma plena. A partir daí, dão-se transições fluídas até o tipo pleno oposto: compra e venda a preço de mercado.³³

A *totalidade ou inteireza* do tipo se manifesta através da interdependência de seus traços, os quais formam uma estrutura. O conhecimento do modo de vinculação entre as características de um tipo, sua combinação e interdependência é que levam à totalidade e clareza do tipo. Essa estrutura ou inteireza são o *sentido*, a identidade do *sentido do todo*, que é de fundamental importância para o reconhecimento do tipo.

O tipo, por isso, permite maior *aproximação com a realidade jurídica*, por se tratar de uma abstração rica de conteúdo, uma descrição plena de dados referenciais do objeto.

A aproximação do tipo com a realidade e sua riqueza de características descritivas colocam-no entre o individual e a abstração conceitual. Ao mesmo tempo, sua integridade de sentido e totalidade situam-no em posição intermediária, vale dizer, como abstração seletiva e valorativa.

O tipo é, pois, uma unidade dotada de sentido, ao mesmo tempo, uma abstração mais concreta do que o conceito abstrato classificatório, estruturada de forma flexível, aberta e graduável.

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, também, no interior de um mesmo tipo, pode estabelecer graduações entre o mais e o menos típico. Isso só é possível quando se supõe a flexibilidade, a graduabilidade e a renunciabilidade das características de um tipo, normativamente posto.

O pensamento tipológico é útil, então, à ordenação do pensamento em escala gradativa, tanto inter, como intra-tipos.

33. Cf. LEENEN, Detlev. Op. cit., p. 41.

Diante do fato jurídico, *Shopping Center*, será utilizado o método tipológico, se o jurista não tender a classificá-lo, segundo notas clássicas e rígidas que, conceitualmente, se atribuem a uma espécie jurídica, mas, ao contrário, concebê-lo como misto de locação e sociedade, p. ex., ou administração de condomínio, ou, ainda, dentro do tipo, locação, graduá-lo como menos típico ou representativo.³⁴

O método utilizado não será o tipológico, mas o classificatório conceitual se o analista não admitir as transições fluídas entre os tipos ou a graduabilidade das notas intratipo; nesse caso, ele tenderá a concentrar em uma ou duas notas fixas e rígidas, irrenunciáveis, as características de cada tipo, assim como a excluir a espécie que não se subsumir no conceito. E excluída, passará a formar uma nova espécie, dentro do gênero negócio jurídico.

2.5. *O caminho metodológico distintivo*

Leenen oferece o melhor caminho metodológico para o pensamento conceitual tradicional do tipológico. Trata-se de indagar se as características, usadas na determinação são necessárias e suficientes para delimitar o conteúdo do pensamento de outros conteúdos.³⁵

Assim, quanto mais irrenunciável e necessária se torna uma característica, mais perto estamos do conceito fechado. Se, ao contrário, as características são renunciáveis e graduáveis, falamos de tipo. Esse deve ser o critério distintivo.

Em certos ramos jurídicos, a norma delimita espécies, atribuindo conseqüências jurídicas distintas a cada uma delas. O intérprete não pode, indiferentemente, graduar ou admitir transições fluídas e contínuas de uma espécie a outra. Há, via

34. V. obra que discute a natureza jurídica do «Shopping Center». PEREIRA, Caio Mário da Silva e outros. «Shopping Center». Aspectos Jurídicos». São Paulo, Ed. RT. 1984. 196 pp.

35. Cf. LEENEN, Detlev. Op. cit., pp. 53-54.

de conseqüência, esforço na Ciência Jurídica, no sentido de conceituar, por meio de poucas notas fixas, rígidas e irrenunciáveis, cada uma dessas espécies. Foi o que percebeu Radbruch, a propósito do Direito Penal.³⁶ Aí, não é dado ao juiz, diante de uma situação vital, rica em detalhes e fluída em seus contornos, concluir que se trata mais de um furto do que de um roubo, embora seja em parte apropriação indébita... O relacional não pode ser mais ou menos, mas o excludente ou... Ou há delito ou não há delito especificamente regrado pela norma, ou há espécie X ou Y.

Algo similar passa-se no Direito Tributário, ou no campo do Direito Civil, concernente aos direitos reais. Nesses setores, prevalece a tendência conceitual classificatória, embora como veremos, se possa falar em resíduos tipológicos.

Têm razão aqueles que afirmam ser a distinção entre o tipo e o conceito classificatório uma questão de grau. Encontramos no Direito várias combinações, de difícil identificação, que marcam a transição entre uma e outra forma de pensar o Direito.

Por isso, falamos apenas em tendências do Direito e da Ciência Jurídica. Não há ramo do Direito que não permita a passagem de tipos, ainda que imperfeitos, mesmo quando a segurança jurídica exija a modelagem de conceitos fechados, classificatórios.

Por sua vez, mesmo quando a Ciência do Direito cria apenas conceitos abstratos, fechados, fracassa na prática e só obtém conceitos que brigam com a realidade jurídica.

Não se pode falar em exclusividade de um ou outro modo de pensar, mas de prevalência de um sobre o outro, especialmente dos conceitos fechados sobre os tipos.

A primazia de uma e outra forma de raciocínio, sempre em tensão, na realidade, é manifestação da prevalência de tendências e princípios que também se relacionam em constante

36. Cf. RADBRUCH, G. Op. cit.

tensão: justiça, igualdade, uniformidade, segurança, praticabilidade, legitimidade e legalidade, economia, utilidade, etc. Uns e outros levam a movimentos de conceitualização ou tipificação.

2.5.1. *As formas mistas*

Observa Leenen que um bom conhecedor da tipológica encontrará, à sua frente, indeterminações, imprecisões, conceitos abertos que não saberá identificar como tipos ou como conceitos abstratos.³⁷

São formas mistas aquelas, nas quais os tipos podem estar parcialmente fechados ou a caminho de uma conceitualização rigorosa, ou ainda os conceitos relativamente indeterminados ou sujeitados a valoração especial.

Por isso se fala em uma distinção meramente gradativa entre tipo e conceito abstrato.³⁸

3. DO TIPO E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Indagar se o Direito Tributário contém tipos ou conceitos fechados, como alternativas que se excluem, parece-nos inadequado. O certo será indagar pela predominância de uma ou outra forma de pensamento.

Tipo e conceito são movimentos em conflito no Direito, manifestados na estrutura aparente do ordenamento, mas que, na realidade, correspondem a tensões internas mais profundas. Essas tensões encontram-se nas relações de interdependência entre os valores jurídicos básicos que se manifestam, concretamente, em bens e interesses juridicamente protegidos ou direitos fundamentais e complexo de garantias que os assegurem.

37. Cf. LEENEN, Detlev. Op. cit., p. 56.

38. V. tratamento completo do tema em DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário e Tipo. Tese* Belo Horizonte, 1986.

De um lado, encontramos o tipo como ordem rica de notas referenciais ao objeto, porém renunciáveis, que se articulam em uma estrutura aberta à realidade, flexível, gradual, cujo sentido decorre dessa totalidade. Nele, os objetos não se subsumem mas se ordenam, segundo método comparativo que gradua as formas mistas ou transitivas.

De outro lado, observamos, os conceitos fechados que se caracterizam por denotar o objeto através de notas irrenunciáveis, fixas e rígidas, determinantes de uma forma de pensar seccionadora da realidade, para a qual é básica a relação de exclusão ou... ou. Por meio dessa relação, calcada na regra da identidade, empreendem-se classificações com separação rigorosa entre as espécies.

O tipo propriamente dito, por suas características, serve mais de perto a princípios jurídicos como o da igualdade-justiça individual, o da funcionalidade e permeabilidade às mutações sociais. Em compensação, com o seu uso, enfraquece-se a segurança jurídica, a legalidade como fonte exclusiva de criação jurídica e a uniformidade.

O conceito determinado e fechado (tipo no sentido impróprio), ao contrário, significa um reforço à segurança jurídica, à primazia de lei, à uniformidade no tratamento dos casos isolados, em prejuízo da funcionalidade e adaptação da estrutura normativa às mutações sócio-econômicas.

Tais princípios jurídicos cristalizam conflitos entre valores básicos, como poder e liberdade. Estado e indivíduo, os quais podem ser surpreendidos, de forma expressiva, no direito público.

A propósito do tema, manifesta-se com propriedade, Agustín Gordillo: "É, por excelência, a parte da Ciência do Direito, que mais agudamente coloca o conflito permanente entre autoridade e liberdade"... e, citando Diether: "Estado e indivíduo, ordem e liberdade; a tensão encerrada nessas idéias sintéticas é insolúvel"... mas "ainda que não cheguemos a pensar que a tensão ou o conflito seja insolúvel e admi-

tamos a possibilidade de um equilíbrio dinâmico entre ambos, é evidente que a obtenção de tal equilíbrio há de ser uma das mais difíceis e delicadas tarefas da ciência moderna".³⁹

Ora, acompanhar, ao longo do tempo, os distintos pontos de equilíbrio entre autoridade e liberdade é, de certa forma, conhecer a história do direito público: a separação dos poderes (ou das funções estatais), a democracia e a república, o princípio federal, a legalidade e a supremacia da Constituição, os direitos e garantias individuais...

Nesse curto artigo, cabe-nos apenas lembrar, de passagem, alguns desses princípios jurídicos fundamentais a fim de verificar a quais servem os tipos e a quais se adequam melhor os conceitos abstratos fechados.

Ora, na república democrática, a liberdade é compreendida como autodeterminação, ou seja, o indivíduo é submetido a um ordenamento jurídico que ele quer, porque partilha de sua criação.

A autodeterminação política foi, tradicionalmente, entendida dentro do princípio limitativo da maioria simples dos participantes, mas Kelsen acresceu ao conceito incompleto o direito de existência da minoria, a qual não é excluída do processo de criação da ordem jurídica.⁴⁰

Finalmente, a idéia de liberdade abandonou o individualismo abstrato do séc. XVIII, para se firmar, já no séc. XIX, ao impulso das doutrinas socialistas-marxistas, na igualdade sócio-econômica.

Por isso é que, em um terceiro momento, com Harold Laski, como lembra Pinto Ferreira,⁴¹ passa-se também a focar

39. Cf. GORDILLO, A. Princípios gerais de direito público. Trad. Marco Aurélio Greco, São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1977, p. 49.

40. Cf. KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Maynez. 2ª. México. Imprenta Universitária. 1958, p. 341.

41. Cf. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Freitas Bastos, 1964, p. 51.

a democracia como um “técnica de igualdade”. Não só os privilégios de raça, crença ou linhagem são abolidos, mas se caminha (ou se pretende caminhar) em busca de uma igualdade sócio-econômico-material.

Por sua vez, o federalismo é uma descentralização do poder, guardando íntima relação com a democracia. Não se nega a possibilidade de a forma unitária de Estado conviver com regimes políticos que adotem o princípio democrático, mas a descentralização do poder peculiar à forma federal de estado acarreta mais facilmente a república democrática.

Assim, a noção fundamental que decorre da democracia não é propriamente a separação entre as funções estatais, mas a idéia de que todo o poder deve decorrer do povo e ser por ele exercido e “onde não é possível a democracia direta mas apenas a indireta, todo o poder tem que ser exercido por um órgão colegiado cujos membros tenham sido eleitos pelo povo e sejam juridicamente responsáveis perante este”.⁴²

Se esse órgão é o legislativo, a democracia requer que este tenha controle sobre os demais, o judicial e o administrativo, porque tem interesse em que as suas ordens gerais sejam corretamente executadas.⁴³

Na visão de Kelsen, a lei, formalmente compreendida, vale dizer, como ato do Poder Legislativo, assume, então prevalência na medida em que deve ser o veículo e fundamento de todos os atos e intervenção no Estado de Direito.⁴⁴

Com F. J. Stahl, criou-se uma noção tradicional de Estado de Direito, segundo a qual ele se caracteriza como sendo aquele que se auto-limita, ou seja, determina com precisão a extensão

42. KELSEN, Hans. *Teoria General...* Op. cit., p. 335.

43. KELSEN, Hans. Op. cit. *ibidem*.

44. Cf. op. cit. loc. cit.

de sua própria atuação, assim como estabelece, inviolavelmente, o âmbito da livre esfera de seus cidadãos, em forma jurídica.⁴⁵

Assegura-se a realização da justiça no Estado de Direito, de modo a se evitar o arbítrio, elevando-se ao ponto mais alto a segurança jurídica.

Repetindo as palavras de Alberto Xavier: “O Estado de Direito foi, ao menos inicialmente, concebido como aquele que tem por fim o Direito e atua segundo o Direito, isto é, aquele que tem a justiça por fim e a lei como meio de sua realização”.⁴⁶

A evolução do Estado de Direito ao Estado da Constituição faz crescer de importância o papel do Poder Judiciário, naqueles países, onde esse Poder monopoliza o processo de controle da constitucionalidade das leis, ou nele desempenha função de grande relevância.⁴⁷

Assim, observa-se que os ideais de *segurança e liberdade* como formas de contenção do poder, no estado moderno democrático, assentam-se, por um lado, na legalidade tanto formal como material (autodeterminação ou autoconsentimento) e, por outro, na busca da eliminação das grandes desigualdades sócio-econômicas e na perseguição da justiça individual (a liberdade como direito, garantida pelo Estado, ao pleno desenvolvimento da personalidade humana).

3.1. *Legalidade no sentido formal*

Já observamos que a concepção de Estado de Direito liga-se à de democracia e de contenção do arbítrio. A segu-

45. Cf. FRIEDRICH, Julius Stahl. *Rechts und Staatslehre*, 1958, apud OTTMAR BÜHLER. *Princípios de Derecho Internacional Tributário*. Trad. Fernando Cervera Torrejon. Madrid. Ed. Derecho Financiero. 1968, p. 199.

46. Cf. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo, Ed. RT. 1978, p. 8.

47. V. CAPPELLETTI, Mauro *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 1ª. Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1984, 142 pp.; POLETTI,

rança jurídica fica, então, hipertrofiada e a lei parece o caminho mais idôneo para alcançá-la.

Indagações mais profundas sobre legitimidade, lei e representação se fazem em uma re colocação da questão, assim como se evolui para o Estado da Constituição.

Por ora, apenas vale observar que anterioridade, previsibilidade, irretroatividade, jurisdição, processo devido e especialidade (impropriamente denominada tipicidade) são conceitos por meio dos quais se manifesta um dos fins objetivados no Estado de Direito: a segurança jurídica.

Não são poucos os juristas que os consideram, a todos, como desdobramentos ou meras formas de manifestação da legalidade a qual seria, em consequência, norma fundamental de que se desprenderiam.

Assim, é costume partir o aforismo latino: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, em quatro outros:

a) *Nullum crimen sine praevia lege*, vale dizer, que não se dará o fato delituoso, sem que a lei, anteriormente à sua ocorrência, o declare expressamente como tal;

b) *Nulla poena sine praevia lege*, no sentido de que nenhuma pena será imputada se lei anterior expressamente não a tiver cominado;

c) *Nemo iudex sine lege*, correspondendo à jurisdicionalização exclusiva do Direito Penal, vez que este, somente pode ser aplicado através de juizes e órgãos instituídos e designados para essa função, por lei expressa;

d) *Nemo damnetur nisi per legale iudicium* uma vez que o devido processo, o juízo regrado em lei, deve ser observado em qualquer condenação penal.⁴⁸

Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro. *Forense*. 1985, 239 pp.; BARACHO, J. A. de Oliveira. Processo Constitucional. 1ª. Rio de Janeiro. *Forense*. 1984, dentre outros.

48. Cf. ASÚA, Luis Jimenes de. *Tratado de Derecho Penal*. T. III. Buenos Aires. Ed. Losada S/A. 1951, pp. 383-4. No mesmo sentido,

Os quatro aforismos latinos cumprem a mesma função: a de segurança jurídica, completando-se uns aos outros. E, em determinados sistemas jurídicos, nos quais se inclui o nosso, a segurança esteja-se na limitação das fontes formais de criação jurídica, a qual, por sua vez, só se viabiliza na separação e no equilíbrio das funções estatais.

Ora, idêntica extensão se pode atribuir à legalidade analisada formalmente, nos demais ramos jurídicos, pois, enquanto objetiva alcançar a segurança jurídica, é postulado geral no Estado de Direito.

O Direito Tributário não foge à regra. Ao contrário, revigorou-a intensamente.

Somente a lei, formalmente compreendida, vale dizer como ato oriundo do Poder Legislativo, é ato normativo próprio à criação dos fatos jurígenos, deveres e sanções tributárias. Tal e qual no Direito Penal, a anterioridade e irretroatividade, o afastamento da analogia e dos costumes, no que concerne à descrição dos tributos e sua quantificação, ressurgem com a mesma energia.

No caso da lei prévia ao fato, o extinto princípio da autorização orçamentária e atual exigência da anterioridade da lei com referência ao exercício, constante do vigente Texto Constitucional brasileiro, demonstram que a previsibilidade e a certeza são garantias que reforçam a segurança do contribuinte.

GRISPIGNI. *Diritto Penale*, 2ª ed. Milano, Giuffrè Ed. T. 2. 1947, p. 306, nota 2; SOLER, Sebastian. *La Formulación Actual del Principio «No hay delito sin ley previa»*, In: *Fe en el Derecho y otros ensayos*. Buenos Aires. Ed. Argentina, 1956, pp. 277-85; BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio. Forense, 1978, p. 208; FRAGOSO, H. Cláudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo, 2ª ed. José Bushatsky Editor, 1977, pp. 105-8.

3.2. *Legalidade no sentido material*

Lembra O. Bühler que, segundo a máxima de que nenhuma intervenção se dará sem fundamento legal, a conformidade com a lei e com o pressuposto de fato “são manifestações jurídico-tributárias do Estado de Direito”.⁴⁹

A Ciência do Direito tem, por essa razão, estudado longamente, neste século, o fenômeno da adequação da lei ao fato, da subsunção e da estrutura do raciocínio do executor do Direito, na dinâmica jurídica. Não deixa, portanto, de servir ao ideal de segurança do Estado moderno.

Em verdade, a conformidade à lei é ainda o princípio da legalidade, compreendido como limitação às fontes do Direito e reforço à discriminação entre as funções estatais.

Inócuo seria se não se impusesse a quem aplica o Direito, seja o Poder Judiciário (com exclusividade, nos casos dos delitos e das penas) seja o Poder Executivo, que ajustem seus atos ao teor exato da lei, portanto, à norma nela contida. A adequação das decisões judiciais e demais atos de aplicação da lei, aos mecanismos de revisão dessas decisões, adotados pelo ordenamento jurídico, assim como os dogmas de proibição de inovação ou alteração da lei através de órgãos que não são do Poder Legislativo, funcionam como garantias que visam a realizar o império da legalidade.

Trata-se, pois, de uma abordagem da legalidade, sob o prisma das fontes do Direito e equilíbrio das funções estatais.

Com razão, Sebastian Soler, citando Beling, chama a atenção para o fato de que o princípio, por ele impropriamente denominado tipicidade, não é o mesmo que adequação do fato à lei.⁵⁰ O último é a realização da lei prévia, questão de mera obediência e correta aplicação da norma legal, por parte dos órgãos executivos (no sentido amplo) do Estado.

49. Cf. op. cit., p. 201.

50. Cf. *La Formulación Actual...* Op. cit. p. 281.

Não obstante, a impropriamente chamada tipicidade diz respeito ao princípio da legalidade, materialmente considerado. Refere-se ao conteúdo da lei, portanto às normas gerais e abstratas e seu grau de concreção.⁵¹

Na verdade, os penalistas, em especial latino-americanos, denominam de tipo ao conceito determinado e fechado, forma de pensamento que já cuidamos de distinguir. Usam a expressão tipo no sentido não técnico e designam por tipicidade o princípio segundo o qual a norma deve descrever os delitos e os tributos, descendo a especificações que permitam ao intérprete e aplicador da lei determinar com precisão os fatos jurídicos e suas consequências. A lei, pois, não se deve valer de conceitos indeterminados, amplamente abstratos ou ambíguos mas utilizar conceitos determinados especificantes.

Onde quer o legislador esforçar a segurança jurídica, impõe a legalidade material absoluta. A norma legal colhe então o tipo (socialmente aberto) modelando-o e fechando-o em conceitos determinados. A rigor, o conhecido princípio da "tipicidade", no Direito Penal e no Direito Tributário, cede lugar ao da especialidade ou especificidade conceitual.

A especialidade conceitual normativa representa o enrijecimento da legalidade, sua intensificação em favor da segurança, como diria Soler, "segundo o que nos tem ensinado um século e meio de experiência jurídica, de doutrina e de política".⁵²

Considerado por diversos penalistas como a própria legalidade em seu grau máximo de expressão e por tributaristas como a face material e absoluta do princípio, a determinação conceitual especificamente afigura-se, convém repetir, como mais um reforço do ideal perseguido: o de segurança jurídica.

51. A expressão concreção está utilizada no mesmo sentido que lhe atribui ENGLISH, em sua obra *La Idea de Concreción en el Derecho...* Op. cit., p. 531.

52. Cf. SOLER, Sebastian. *La Formulación Actual del Principio...* Op. cit., p. 280.

Portanto a indagação — tipo ou conceito fechado? — pressupõe uma outra implícita, o Direito consagra a segurança jurídica como princípio prioritário?

A resposta não poderá ser amplamente generalizada, a nosso ver, pois, onde não há necessidade de fortalecimento da segurança, pode haver ordens flexíveis inerentes à forma de pensar por tipos.

Em certos setores jurídicos (como no Direito Penal, no Direito Tributário e no Direito Civil, na parte relativa aos direitos reais) prevalecem os conceitos fechados, enquanto em outros (no Direito Civil, nas normas relativas a contratos e negócios jurídicos) encontra-se largo espaço aos tipos.

3.3. *Direitos e garantias individuais, legalidade e tipicidade*

A consagração constitucional dos direitos fundamentais do homem completa-se com os mecanismos assecuratórios previstos na Carta Magna.

Entre nós, a melhor distinção entre os direitos fundamentais e suas garantias remonta a Ruy Barbosa, como lembra José Afonso da Silva.⁵³

Em sentido amplo, todas as instituições e princípios constitucionalmente regradados, que limitam o poder extremado a esfera de atuação dos órgãos públicos já anotados (separação de poderes, indelegabilidade de funções, república democrática e federalismo) podem ser encarados como “salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão”.⁵⁴

53. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2ª ed. São Paulo. Ed. RT. 1984, pp. 292-5.

54. Cf. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 294.

Como garantias constitucionais específicas, em sentido restrito, são compreendidos os meios técnicos, procedimentos e remédios aptos a assegurar a observância dos direitos e sua reintegração, em caso de lesão.

Sob certo ângulo, portanto, os traços distintivos entre os direitos fundamentais e suas garantias acabam por tornar-se obscuros e imprecisos, uma vez que as garantias são meios que se convertem, por sua vez, em direitos concedidos “pelo Direito Constitucional objetivo ao homem para a defesa desses outros direitos principais e substanciais”.⁵⁵

A segurança jurídica, por exemplo, é tida como um direito em si mesmo. Manoel G. Ferreira Filho considera básicos os quatro direitos seguintes: o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, pois os demais, enumerados nos parágrafos do art. 153 da Constituição Federal brasileira são apenas desdobramentos desses quatro, assentados no *caput* do mesmo dispositivo.⁵⁶

Ao mesmo tempo, deve-se concordar em que a segurança tem também o sentido de garantia ou de instrumento de manutenção de outro bem jurídico como a vida, a liberdade ou a propriedade.

Igualmente a legalidade, que examinamos anteriormente como limitação às fontes de criação jurídica, é direito derivado da liberdade e, sobretudo, uma garantia individual, arrolada no artigo 153 da Carta Constitucional brasileira.

Em resumo, pode-se dizer que

— a segurança jurídica, a legalidade formal e material e a estabilidade das relações jurídicas são garantias fundamentais, constitucionalmente consagradas;

55. Cf. *idem*, p. 295.

56. Cf. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 587 e *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 274-285.

— a tipicidade e, sobretudo, a especialidade (ou princípio da conceitualização normativa especificante), sendo meros desdobramentos do princípio da legalidade, visto em seu grau material absoluto, representam também garantias constitucionais;

— a tipicidade, não obstante, sendo a criação de ordens ou tipos, por natureza flexíveis e abertos, é instrumento frágil de garantia, enquanto a conceitualização fechada, criadora de classes e espécies, é meio assecuratório mais forte, reforçador da segurança (como direito) e da estabilidade das relações jurídicas.

3.4. *Tipo e igualdade*

Já observamos que alguns juristas reduzem o princípio da igualdade à igualdade perante a lei.

Se a questão da igualdade for reduzida à igualdade perante a lei, ficará resolvida dentro dos limites mais estreitos de uma correta aplicação da norma. No último caso, não terá especial repercussão no tema que abordamos.

Tipo e conceito são abstrações só encontráveis no plano do conteúdo da norma legal, o que significa a possibilidade de relacionarmos essas duas formas de pensamento ao princípio da isonomia *na lei*. Interessa-nos, então, sobretudo, examinar a igualdade, como princípio conformador de conteúdo normativo, constitucionalmente imposto e suas relações com o tipo e o conceito.

O enfoque do princípio da igualdade mais corrente é formal, correspondendo à proibição de distinguir entre iguais ou pessoas de um mesmo grupo.⁵⁷

É difícil e controvertido separar o que é igual daquilo que é desigual, mas o artigo 153, § 1º da Constituição Federal brasileira dota o princípio de substância e conteúdo mínimos,

57. V. BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 1ª ed. São Paulo, Ed. RT., 1978.

pois dispõe que todos são iguais, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Isso significa que, embora existam entre os homens inegáveis desigualdades biológicas, naturais e sociais (sexo, raça, credo religioso...) é vedada a sua consideração legal a fim de se lhes atribuir regime jurídico diverso.

O ângulo da uniformidade formal, ou tratamento idêntico atribuível por lei a pessoas consideradas "iguais", representa o enfoque do princípio da isonomia como proibição de distinguir. Sob tal aspecto, as características de generalidade e abstração inerentes ao tipo e ao conceito estão a seu serviço.

Quanto mais puro for o conceito normativo, vale dizer, rígido, preciso, determinado e fechado, menor adaptação haverá às peculiaridades do conceito individual do caso isolado, as quais são ignoradas na lei, tratadas como irrelevantes. Realiza-se no conceito abstrato fechado, plenamente, a uniformidade ou isonomia, no sentido formal.

O tipo é também, como se sabe, uma abstração generalizadora, mas sua flexibilidade e abertura à realidade acarreta maior permeabilidade às diferenças individuais, ou seja, à igualdade material ou concreta. O pensamento de ordem serve melhor ao princípio da justiça individual.

É relevante considerar ainda a igualdade do ponto de vista material, como anotou Perelman.⁵⁸ Sob tal ângulo, acarreta a necessidade de se distinguir genérica e individualmente. É a face positiva do princípio que impõe tratamento desigual aos desiguais...

Seria profundamente injusta a norma que estabelecesse mesmos deveres para adultos e crianças ou tributos fixos, quantitativamente iguais, para pobres e ricos.

Existem, então, disparidades, na ordem dos fatos, que a lei não pode ignorar.

58. Cf. PERELMAN, Ch. De la Justice. In: *Justice et Raison*. Bruxelas. Établissements E. Bruylant, 1963, p. 26.

Essas disparidades podem ser comuns a um grupo de pessoas ou podem ser individuais.

As disparidades comuns a grupos podem ser contempladas na norma, por especificação, ajustando-se ao caráter de abstração e generalidade do conceito (ou do tipo). Por exemplo, norma que libere do pagamento de imposto pessoas, que auferam rendimento inferior ao mínimo indispensável à manutenção da vida, é discriminatória sem, no entanto, deixar de ser genérica e abstrata. No mesmo modelo se encaixam as normas concessivas de vantagens aos funcionários públicos ou aos empregados contratados em regime de trabalho subordinado. A discriminação, modificadora do âmbito de validade pessoal e material de normas, atende à igualdade material, mas a uniformidade ainda continua presente pelo caráter de abstração e generalidade dessas normas. É o tratamento uniformemente desigual aos desiguais...

Conclusões diferentes devem ser firmadas com relação a disparidades não concernentes a grupos ou categorias de pessoas, mas individuais, que reclamem tratamento singular e diferenciador, em busca da justiça no caso.

É claro que o tipo e o conceito abstrato que se adequam à norma como conteúdo de ato legislativo, em regra, abstrações generalizadoras, se não confundem com o exclusivo e o único.

A realização da igualdade no caso é tarefa básica e substancial do Poder Judiciário, o qual tem compromisso institucional com a justiça individual.

O que se pode perquirir, com propriedade, é qual das formas de pensar — por tipo ou por conceito abstrato fechado — veiculadas em normas abstratas e gerais, melhor propicia a produção de norma individual que atenda às peculiaridades do caso isolado, realizando a justiça material singular.

Ora, quanto mais flexível, gradual e aberta é a tipificação contida na norma abstrata, maior espaço se reserva ao aplicador do Direito, que poderá atender às disparidades individuais, na busca da justiça.

Ao contrário, quanto mais se reforça a segurança, mais se uniformiza o tratamento dos casos isolados individuais, os quais são abstratamente conceituados nas normas, segundo padrões gerais, rígidos e fechados, de modo a se reduzir, drasticamente, o espaço deixado à adaptabilidade da norma às peculiaridades individuais.

Segurança opõe-se à justiça individual, no caso.⁵⁹

Mas, na medida em que se criam ordens flexíveis, abertas à realidade e graduáveis, que são os tipos, enfraquece-se a segurança jurídica em favor da justiça individual. O fechamento do tipo em conceito determinado propicia maior grau de certeza na aplicação da norma, em prejuízo da igualdade material individual.

No Direito Penal, prevalece a tendência conceitual classificatória. Mas esse ramo jurídico não esconde uma forte tensão entre a segurança e a justiça individual que almeja.

Obter-se-ia maior praticidade ou segurança na aplicação da norma penal se se quantificasse o qualitativo de forma rígida, sem possibilidades de graduação. Assim seria se a lei dispusesse: matar alguém... pena de sete anos. Norma desse teor, no entanto, afrontaria princípio também nuclear para esse ramo do Direito: a pessoalidade, a individualização (ou igualdade singular ou justiça no caso). No entanto, na atualidade, cada vez mais se acentua o caráter de pessoalidade da justiça penal. Sem dúvida, por isso, Radbruch viu, na graduação da pena, a possibilidade do pensamento tipológico, ainda que de forma restrita.⁶⁰

59. V. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *A Tipicidade dos Direitos Reais*. 1ª ed. Lisboa, Ed. Minerva, 1968, p. 36.

60. Cf. RADBRUCH, G. Op. cit.

3.5. *O princípio federal, a rigidez da discriminação constitucional de competência tributária e o tipo*

A Federação e a República são os princípios mais fundamentais da ordem jurídica nacional, pois intocáveis e irretratáveis. “Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isso dizer que, só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados. Só o poder constituinte originário pode minimizá-los ou aboli-los”.⁶¹

O estado federal, onde se dá a partilha do poder entre os entes que o compõem, caracteriza-se por ser uma descentralização jurídica, tanto estática quanto dinâmica. A descentralização estática, como leciona H. Kelsen, representa a convivência, em um mesmo Estado, de uma ordem jurídica central com ordens jurídicas locais ou regionais, as quais, no seu todo, constituem a comunidade jurídica total, ou o Estado. A descentralização será a um tempo estática e dinâmica, “quando a ordem jurídica, válida somente para uma comunidade parcial, é criada por órgãos eleitos simplesmente pelos membros dessa comunidade parcial. Como exemplo poderia citar-se um Estado federal, em que as leis válidas para o território de um Estado-Membro unicamente podem ser expedidas pelo legislativo local eleito pelos cidadãos desse Estado-Membro”.⁶²

No Brasil, a questão da discriminação da competência tributária é manifestação do próprio federalismo, por configurar partilha, descentralização do poder e instituir e regular tributos.

Sendo assim, as ordens jurídicas tributárias (federal, estadual e municipal), que convivem na ordem nacional, são

61. Cf. ATALIBA, Geraldo. *Instituições de Direito Público e República*. Tese. São Paulo. Gráfica Ed. 1984, p. 40.

62. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria General...* Op. cit. p. 268.

produzidas por órgãos legislativos próprios das comunidades descentralizadas, uma vez que são manifestação da distribuição do poder estatal, vale dizer, da competência para instituir e reger tributos.

Ora, o tipo como ordenação do conhecimento em estruturas flexíveis, de características renunciáveis, que admite as transições fluidas e contínuas e as formas mistas, não se adapta à rigidez constitucional de discriminação da competência tributária.

Essa rigidez tem como pedra básica a competência privativa, mola mestra do sistema, o qual repele a bitributação e evita a promiscuidade entre tributos distintos. Conceitos como bitributação, invasão de competência, *bis in idem*, identificação entre espécies tributárias necessárias ao funcionamento harmônico e aplicação das normas constitucionais não aperfeiçoam por meio das relações comparativas do “mais ou menos”... ou “tanto mais... quanto menos” inerentes ao pensamento tipológico. Muito mais ajustam-se às excludentes “ou... ou” e às características irrenunciáveis e rígidas dos conceitos determinados.

3.6. *Tipo e adaptabilidade às necessidades e mutações sociais*

Como vimos anteriormente, as características de flexibilidade e abertura do tipo, segundo a doutrina, propiciam, com mais facilidade, a permeabilidade da estrutura jurídica a formas novas e transitivas, emergentes do tráfego social.

Enquanto os conceitos rígidos e fechados tornam-se, em muitos casos, inadequados, os tipos ensejam ordenação mais fluída, admitindo, por isso, soluções diferentes para situações novas.

No Direito Civil, como lembra Larenz,⁶³ há campo mais lato para vicejarem os tipos; pode-se falar em uma tipologia

63. Cf. op. cit. loc. cit.

dos contratos e das sociedades, não exaustiva do conceito de contrato e negócio jurídico, sendo válidas e eficazes as formas novas, nascidas espontaneamente do tráfego jurídico-social.

À proporção em que cresce a necessidade de segurança jurídica, fecha-se a tipologia em classificação, o tipo, em conceito. É, por exemplo, o que acontece no Direito Civil, relativamente ao campo dos direitos reais, ou no Direito Penal e Tributário.

3.7. *Tipo e praticabilidade*

A praticabilidade é um princípio jurídico que não encontra formulação em norma escrita, mas se acha difuso no ordenamento.

A literatura nacional é muito escassa a respeito e o estudo desse importante tema, em regra, fica relegado a aspectos parciais da questão como economicidade, utilidade ou exequibilidade.

Também na Alemanha, H. Arndt observa que, a partir da década de cinquenta, já era lamentavelmente notado que a relevante problemática da praticabilidade não tinha sido alvo de estudos sistemáticos, salvo raras exceções.⁶⁴

Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral de economicidade e exequibilidade inspira o Direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito.

64. Cf. ARNDT, Hans W. *Praktikabilität und Effizienz*. Köln. Peter Deubner Verlag. 1983, p. 7.

Não se deve reduzir a extensão do princípio às atribuições de regulamentar as leis, inerentes às funções do Poder Executivo, constitucionalmente conferidas. A praticabilidade tem conotação mais ampla e é codeterminante de todas as formas de atividade estatal. Nesse sentido, tem sido compreendida como um tipo de interpretação ou um desdobramento da tradicional regra teleológica, inspiradora da fixação da inteligência e limites da compreensão das normas jurídicas.⁶⁵ Segundo essa regra, deve-se colher o sentido da norma que acarrete aplicação mais cômoda, simples, econômica e funcional.

3.7.1. *A praticabilidade e a lei. Presunções e ficções*

A praticabilidade afeta, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo. A norma legal se utiliza, já o notamos, de abstrações generalizantes, esquemas e conceitos. Ela usa tipos e conceitos não só por razões de segurança mas, em muitos casos, para viabilizar a execução de seus comandos.

A tipificação e a conceitualização abstrata estão, portanto, relacionadas com o princípio da praticabilidade, o qual se manifesta pela necessidade de utilização de técnicas simplificadoras da execução das normas jurídicas. Todas essas técnicas, se vistas sob o ângulo da praticabilidade, têm como objetivo:

— evitar a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei;

— dispensar a colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis em cada caso concreto ou aquelas que representam indevida ingerência na esfera privada do cidadão e, com isso, assegurar a satisfação do mandamento normativo.

As presunções, ficções legais e quantificações estabelecem em lei, através de tetos e somatórios numericamente definidos, são meios a que recorre o legislador com vistas à praticabilidade.

65. Cf. ISENSEE, Josef. *Die typisierende Verwaltung*. Berlin. Duncker & Humblot. 1976, 200 pp.

Atrás das presunções legais pode haver, e via de regra há, uma anterior tipificação. A lei acolhe o tipo, ou o caso padrão, médio ou freqüente no estabelecimento da presunção. Mas se o Direito quer reforçar a segurança ou a praticabilidade fecha o tipo, através de conceitualização abstrata e determina (*iuris et de iure*), ou o quantifica em número fixo.

No Direito Tributário são muito comuns esses recursos. Por exemplo, a lei equiparou a pessoa que, em nome individual, realiza a comercialização de imóvel com habitualidade, à pessoa jurídica, estabelecendo como critério, dentre outros, a alienação no prazo de dois anos calendários consecutivos, de mais de três imóveis adquiridos nesse mesmo biênio... (V. Decretos-leis 1381/74, 1510/76 etc). Via de regra, concedem-se isenções, reduções de imposto e deduções de gastos, estabelecendo-se tetos e limites legais, numericamente definidos.

As presunções legais, ao contrário das ficções, decorrem ordinariamente de tipificações prévias. O legislador considera, na sua formulação, o grupo de casos típicos, o padrão médio ou freqüente. Juridicamente, porém, a norma fecha o tipo que, originariamente é aberto, flexível e gradativo, descaracterizando-o.

Em se estabelecendo uma presunção legal (em especial, *iuris et de iure*) ou uma ficção, não tem sentido, porém, indagar se, genericamente ou no caso dado, o legislador de fato erigiu como padrão o que é mais representativo ou freqüente, pois o tipo social não está na lei, não é jurídico, apenas norteou ou inspirou o critério normativo. A esse respeito, Becker doutrina com correção que não só é inadmissível a prova contrária à presunção ou ficção que serviu ao legislador como elemento apenas intelectual, como não podem ser examinados ou suavizados pelo intérprete, "a valorização dos interesses em conflito e o critério de preferência que inspiram a solução legislativa (regra jurídica)".⁶⁶

66. Cf. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 1972, pp. 464-477.

3.7.2. *Praticabilidade e Poder Executivo*

Embora a praticabilidade se encontre diluída na ordem jurídica, em certos setores do Direito, manifesta-se com especial significação e, em outros, sofre redução considerável.

As normas que ensejam execução em massa pelo Poder Executivo elevam a seu ponto máximo as necessidades de simplificação e praticabilidade. No Direito Tributário, continuamente, o lançamento para cobrança de tributos representa a aplicação da norma legal a milhares de casos. Os regulamentos e demais atos da Administração, baixados com vistas a possibilitar a execução das leis, guiam-se pelo princípio da praticabilidade e devem buscar as soluções mais simples, cômodas e econômicas. Exatamente a propósito da administração em massa se tem colocado, na atualidade, em especial no Direito alemão, o modo de raciocinar “tipificante”.

O objetivo desse modo de pensar é sempre o mesmo: evitar a averiguação de cada caso concreto, a avaliação individual e o levantamento de provas difíceis que exigiriam a manutenção de aparatos administrativos de elevado custo, tornando antieconômica a arrecadação.

O tema engendra discussões interessantes, uma vez que, em muitos casos, através do modo de raciocinar, dito impropriamente tipificante, leva-se em conta o caso médio ou padrão, desprezando-se as diferenças individuais que, a rigor, seriam relevantes, do ponto de vista legal.

Não obstante, o chamado modo de raciocinar “tipificante” não cria tipos propriamente ditos como ordens de estrutura flexível e aberta. A inadequação do nome se deve ao fato de que a Administração procura lançar o tributo, segundo o padrão médio social, partindo de uma abstração generalizante, mas fecha-o através de quantificação que despreza as diferenças individuais, as exceções, os casos-limites.⁶⁷

67. V. longo estudo sobre o tema feito por DERZI, Misabel de A. M. Op. cit.

Destaque-se que, embora a praticabilidade esteja difusa em todo o ordenamento, ela afeta especialmente ao Poder Executivo quando lhe competir executar, de ofício, a lei em massa. As necessidades de simplificação, comodidade e economicidade, que são meros aspectos da praticabilidade, levam à formação (constante de regulamentos e outras orientações e prescrições administrativas) de abstrações generalizantes, que podem ser tipos ou conceitos. Esses tipos ou conceitos assumem, tecnicamente, o papel de presunções, cuja legitimidade ou mesmo constitucionalidade é discutível. Fartos exemplos desse fenômeno temos no Direito Tributário, com as tabelas ou pautas de valores, fixadas pelo Poder Executivo, que estabelecem o valor tributável, com base no preço médio ou valor médio de mercado.⁶⁸

Finalmente observe-se que praticabilidade opõe-se à justiça no caso ou à igualdade individual, embora sirva à uniformidade geral.

Por essa razão, onde prevalece a busca da justiça material singular, a praticabilidade fica restrita ao parcimonioso uso que dela faça o legislador.

Com relação ao Direito Penal, por exemplo, afaste-se, de plano, o uso da praticabilidade na execução da lei. O Poder Judiciário que detém a exclusividade na aplicação desse ramo jurídico não pode “simplificar” a execução por comodidade ou economicidade porque a norma penal tem compromisso fundamental com a justiça individual e pessoal.

68. Citem-se o imposto único sobre minerais, o imposto municipal sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto estadual sobre a propriedade de veículos automotores (usados), o imposto federal restituível incidente sobre a aquisição de veículos automotores usados entre outros. V. DERZI, op. cit.

4. MOVIMENTOS DE TIPIFICAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

A evolução social advinha de distintas razões (sócio-econômico-político-ideológicas), interfere no equilíbrio acaso existente entre as forças propulsoras que estão por detrás do tipo e do conceito fechado, assim como da indeterminação e da obscuridade das normas. Desaparecem tipologias e classificações antigas, dando lugar à criação de novos tipos e espécies jurídicas. O abandono das *acciones* romanas e do sistema dos *remedies* da jurisdição britânica demonstra o evoluir ao sabor dos novos valores e princípios jurídicos.

A conceituação legal classificatória, rígida e fechada é de difícil adaptação a novas conquistas sociais e à justiça material individual (no caso concreto). É, antes, conservador e geradora de estabilidade. Por essa razão, os movimentos sociais de conquista melhor se adaptam ao pensamento tipológico, por natureza aberto e flexível.

Em compensação, a experiência histórica demonstra que a exigência de conceituação determinada, especificamente e fechada como conteúdo das leis reforça a segurança jurídica, coíbe o arbítrio e é próprio dos regimes liberais. É significativo o fato de que a Alemanha nazista, o regime socialista pós-revolucionário russo e o pós-revolucionário brasileiro, de 1964, tenham se utilizado de conceitos imprecisos, indeterminados, amplos e ambíguos na modelagem dos delitos, em especial, daqueles contrários à segurança nacional.⁶⁹ No caso do Direito Tributário, a lei tornou-se instrumento raro de veiculação das normas, recorrendo-se, ordinária e abusivamente, aos decretos-leis para a criação e regulação dos tributos federais.

69. V. JORGE FIGUEIREDO DIAS. *Direito Penal*. Universidade de Coimbra. 1976, pp. 55-57.

Tipo e conceito fechado são, como abstrações generalizantes, técnicas jurídicas que podem servir tanto à adaptação e transformação como à conservação da estrutura social subjacente. É a técnica, como quer Bobbio, a serviço de uma ideologia.

5. CONCLUSÕES

Não falta quem predique a extensão do método tipológico a todos os campos do Direito. Rode, ao demonstrar sua preferência pelo tipo, em lugar do conceito fechado, defende que a dinâmica da realidade da vida exige uma correspondente dinâmica da forma jurídica. Lembrando que o cidadão comum vê, hoje, na norma penal, por exemplo, uma anacrônica camisa de força construída pela intuição moral de uma sociedade que viveu há cem anos atrás, Rode argumenta que, por meio do tipo (como estrutura aberta), encontra-se a verdadeira segurança jurídica, no sentido exato de uma larga identidade entre o direito positivo e a evolução social.⁷⁰

A nossa posição a esse respeito é clara. Não se pode colocar o problema em uma alternativa excludente, nem generalizá-lo. As soluções podem ser setoriais, segundo os distintos campos jurídicos em que se coloca o tema, pois resultam de conflitos de interesses, princípios e valores subjacentes, em distintos pontos de equilíbrio.

As fontes do Direito, sua gradação, o maior ou menor papel exercido pela lei, repetimos com Lourival Vilanova, não dependem do direito internacional, nem da Lógica ou da Ciência Jurídica, mas sim “da morfologia do poder, dos substratos sociais que detêm o poder, das ideologias e valorações que justificam a estrutura do poder”. E acrescenta: um regulamento pode ser geral e uma lei pode ser específica.⁷¹

70. Cf. RODE, K. Op. cit., pp. 406-407.

71. Cf. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo. Ed. RT. 1977.

A tensão básica entre liberdade e poder explica como no Direito Público é reclamada a intervenção da lei para limitar e controlar, de forma ampla, os atos estatais que afetem bens e interesses individuais fundamentais como a vida, a liberdade, o patrimônio e a segurança.

E exige-se, então, não só que a lei tipifique os fatos jurígenos e seus efeitos, mas que ela elimite, tanto quanto possível, a imprecisão conceitual, transformando-os em conceitos fechados.

A tendência conceitual classificatória do Direito Penal e Tributário parece-nos evidente, como lembrou Radbruch, e tem como alvo a eliminação, tanto quanto possível, da discricionariedade inerente aos atos de aplicação da lei.

Nesse caso, como veremos posteriormente, os tipos reais, inspiradores da norma, são colhidos pelo legislador em descrições conceituais fechadas; a jurisprudência e a Ciência do Direito tendem a complementar o processo, contribuindo a que as imprecisões e indeterminações legais se transformem em abstrações classificatórias. O espaço deixado aos tipos é restrito.

Tecnicamente, os critérios adequados para distinguir o tipo do conceito devem ser aqueles já sugeridos anteriormente.

Prevalecerá a tendência classificatória se

— as características da descrição se tornam irrenunciáveis, fixas ou não graduáveis;

— o intérprete se coloca diante da alternativa excludente ou... ou (ou se está diante do conceito do objeto que contém as características do conceito abstrato e, por isso, nele se subsume ou não);

— os objetos descritos são legalmente classificados em numeração exaustiva e

— o Direito inadmite efeitos às formas mistas, novas ou transitivas, intermediárias entre os modelos legais que se fecham em rígidas espécies.

Segurança, igualdade e justiça, permeabilidade às mutações sócio-políticas, estabilidade nas relações jurídico-sociais, praticabilidade... os dilemas que engendram esses princípios são tensões existentes por detrás do tipo e do conceito classificatório.

Ora, o que prevalece no Direito Tributário não é a tipologia mas a classificação, não é o tipo mas o conceito. A legalidade estrita, a segurança jurídica, a uniformidade, a praticabilidade e a rigidez da discriminação constitucional de competência determinam a tendência conceitual classificatória prevalente no Direito Tributário.

O conceito de tributo é nuclear para o Direito Tributário e deve ser precisado, acertado e determinado de forma conceitual fechada, à luz das notas características arroladas no art. 3º do Código Tributário Nacional.

Os tributos, por sua vez, são objeto de uma enumeração legal exaustiva, de modo que aquilo que não está na lei, inexistente juridicamente. A diferenciação entre um tributo e outro se dá através de uma classificação legal esgotante do conceito de tributo. Criam-se, a rigor, espécies tributárias como conceitos determinados e irrenunciáveis.

Não se admitem as ordens de estrutura flexível, graduáveis e de características renunciáveis que são os tipos. Esses, por sua vez, levariam à aceitação das formas mistas ou novas, deduzidas e descobertas, implicitamente, no ordenamento ou criadas, no tráfego jurídico, pela prática administrativa, segundo as necessidades do Tesouro, o que se chocaria com os princípios vigorantes no sistema tributário.

O importante é realçar que, no Direito Tributário, mesmo quando em presença de indeterminação e de uma zona de "penumbra", os casos-limites são submetidos, assim como aqueles claramente identificáveis, a uma subsunção alternativa. Ou se está em presença de uma taxa, ou de um preço; ou imposto sobre serviços ou sobre operação de circulação de mercadoria.

Há todo um esforço da Ciência do Direito nessa linha de raciocínio, que busca uma definição à qual não se conciliam um “mais ou menos” e um “tanto mais... quanto mais”, próprios do modo de pensar tipológico. Esse esforço não advém apenas de uma preocupação com a precisão conceitual e o rigor lógico, mas é inafastável diante dos princípios-valores consagrados nesse ramo jurídico.

Por fim, seria possível ainda questionar se, em caráter restrito, como sugeriu Radbruch para o Direito Penal, as exceções constitucionais aos princípios da legalidade e da anterioridade representam resíduos tipológicos.

Sem dúvida, onde encontramos graduabilidade, flexibilidade da estrutura jurídica e abertura à realidade há, provavelmente, formas de pensar por ordens similares aos tipos.

Mas só falamos em resíduos e não em tipos, porque não há possibilidade das transições graduais de uma espécie a outra no Direito Tributário. Nesse ramo jurídico, não se admitem as formas mistas e transitivas, formadas a partir do método comparativo.

A graduabilidade e a flexibilidade são restritas ao interior de certas espécies tributárias — imposto sobre a importação, a exportação, a produção industrial, os transportes, a guerra e certas contribuições — com relação às quais o Poder Executivo pode alterar a base de cálculo e a alíquota. A lei só fixa os limites dentro dos quais será exercida a discricionariedade administrativa.

A política aduaneira e econômico-financeira do governo são critérios a partir dos quais se graduam tais tributos, segundo um “tanto mais... quanto mais” (que subentende um “tanto menos... quanto menos, ou um “tanto mais... quanto menos”).

A norma constitucional admite, dessa forma, que a lei estructure certos tributos de forma flexível. Infiltra-se nessas estruturas a possibilidade de graduação por comparação ou proporção (direta ou inversa).