

2

Elementos de teoria da justiça e de teoria do estado nas decisões políticas e jurídicas: o procedimento de legitimação das decisões do estado autoridade do interesse público ao estado administração dos recursos sociais

2.1

Uma introdução genealógica da *potestade publica* fazendária: a co-existência dos indivíduos e do Estado

O Estado existe como ser social tanto quanto o ser humano, e sua existência é uma realidade tão suscetível de constatação científica como a realidade da existência do ser individual humano.¹ Isto porque, como sabemos, a realidade existe na matéria e também fora da matéria. E o Estado não é uma realidade exterior ao homem e à sua atividade; o Estado existe como criação dos indivíduos humanos *nos* e *pelos* seus atos, e é a atividade contínua e relacionada ao bem comum que consiste a realidade do Estado.² Nos e pelos atos de comunicação humana nós sempre e já nos encontramos no elemento da linguagem. Necessitamos da língua mais para objetivos comunicativos do que puramente cognitivos e a linguagem não é o espelho do mundo: ela abre, para nós, um acesso a ele³. Pela linguagem e por objetivos comunicativos, constituímos a nós mesmos como pessoas, como cidadãos, e também intersubjetivamente constituímos cotidianamente o Estado.

Esta atividade contínua e relacionada ao bem comum, através da inteligência e da vontade humana é a relação constitucional do Estado, que é um ser social, um *ser de relação*. A natureza da relação constitucional impede, logicamente, que o Estado figure em qualquer um dos pólos desta relação

1 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, p. 161.

2 DABIN, Jean. “*L’etat ou le Politique*”, Paris, 1957, n. 30; HEASAERT, J. “*Théorie Générale du Droit*”, Bruxelles, 1948, pp.149-150, citados por BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, p. 163.

3 HABERMAS, Jürgen. *Espaço público e esfera pública política: raízes biográficas de dois motivos conceituais*, in FRANKENBERG, Günter, e MOREIRA, Luiz, Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia, RJ, Lúmen Júris, 2009, p. 333.

constitucional, pois ele próprio é esta relação. No pólo negativo (na condição de sujeito passivo) e no pólo positivo (na condição de sujeito ativo) da relação constitucional estão situados indivíduos que estão continuamente criando o Estado. Portanto o Estado como realidade natural é o ser social composto dessa contínua relação constitucional.⁴

Já no direito, o Estado é a entidade que figura no pólo positivo da relação jurídica tributária e no pólo negativo da relação jurídica administrativa⁵. É portanto como pessoa jurídica⁶ que o Estado-Administração, através das ações de seus agentes relativamente às pessoas físicas e jurídicas, figura como sujeito ativo da *potestade publica* fazendária.

O poder pertence ao Estado como um dos elementos aos quais ele deve sua existência. O poder é a capacidade de agir (força natural e racional) imanente⁷ ao Estado. O poder do Estado é o poder dos indivíduos transindividualizado. O Estado não é titular de um direito de soberania, mas por sua própria natureza é soberano, é dizer, tem poder.⁸ Cabe concluir que o Estado (este ser social) é fonte do direito e cria a regra jurídica pela utilização do seu poder. E também que o Estado-Administração, no exercício da *potestade publica* fazendária, conhece diretamente seu direito, constituindo-o como crédito tributário pelo lançamento de tributos ou de multas, no procedimento fiscal fazendário de lançamento, e que o juízo resultante do exercício deste direito potestativo público sujeita-se a revisão, filtrada pelos direitos fundamentais individuais e coletivos, no processo administrativo fiscal⁹ ou no processo judicial tributário.

A especialização das funções do Estado leva-o à divisão qualitativa (competência “para o que”) e quantitativa (competência “até onde”) do poder.¹⁰ E a divisão do poder induz o Estado à criação dos órgãos que exercerão aquela parcela de poder que foi, qualitativa e quantitativamente, limitada¹¹. Assim é que

4 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, pp. 184-186.

5 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, pp. 155 e ss. “Estado nasce por relação natural e sobrevive por relação jurídica”.

6 DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. BH, Del Rey, 2008, p. 71-83, sobre o estado como pessoa jurídica.

7 Sobre imanência e transcendência ver Capítulo 4, “Os direitos fundamentais no procedimento fiscal e no processo administrativo e judicial tributário”.

8 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, pp. 184-186.

9 Sobre a revisão do ato potestativo público tributário, ver também no Capítulo 4 desta pesquisa.

10 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, p. 269.

11 DOEHRING, Karl. *Teoria do estado*. BH, Del Rey, 2008, p. 65-71 sobre autoridade estatal e divisão estatal de competências.

está posta a matriz constitucional de competência e jurisdição da administração fazendária no art. 37, XVIII.¹²

Com isso podemos concluir que no procedimento fiscal de lançamento tributário a administração fazendária, no exercício da *potestade publica*, figura como sujeito ativo da relação jurídica tributária. Já no processo administrativo fiscal de revisão do lançamento em que o sujeito ativo da relação jurídica administrativa seja o cidadão, a empresa, enfim um ente privado, a administração fazendária figura no pólo passivo da relação jurídica, na qual seus atos praticados no curso e após o procedimento fiscal serão filtrados pelos direitos fundamentais individuais e coletivos (CF 88, art. 5º, LV), podendo esta relação jurídica ser renovada judicialmente, pela via do executivo fiscal (em que o sujeito ativo será de novo o estado administração fazendária), e/ou das ações para revisão/questionamento do crédito tributário resultante daquele procedimento fiscal fazendário.

2.2

Pontos básicos

Neste capítulo procuramos abordar justiça, direito e estado, com apoio em elementos de teoria da justiça e de teoria do estado nas óticas desconstrutivistas, cotejadas nos textos “Going Down the Anti-Formalist Road”, do livro “Doing What Comes Naturally”, de Stanley Fish e “Force of Law: The Mystical Foundations of Authority”, de Jacques Derrida.

O desconstrutivismo de Jacques Derrida é um método analítico de condução do pensamento, que na abordagem deste capítulo inicialmente coteja direito e justiça pelo método analítico-desconstrutivista para ao final ser retomado no exame de possibilidade da construção de uma noção de estado-administração pública como expressão de uma vontade constitucional (*Wille zur Verfassung*¹³) voltada ao sistema de seguridade social.

12 CF88, Art. 37, XVIII: “A administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei.”

13 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. P. Alegre, S.A. Fabris Editor, 1991: A expressão *Wille zur Verfassung* – vontade de constituição – está contextualizada como elemento de força normativa das constituições, é dizer que para adquirirem força normativa, as fixações

O neo-pragmatismo de Stanley Fish propõe-se a desconstruir o valor das teorias e conceitos abstratos como condutores naturais ou necessários do itinerário interpretativo do direito e das práticas sociais, apontando um perfil do eu julgador e desfazendo uma tal concepção de sujeito, retomada neste capítulo para um exame de possibilidade da reconstrução do estado-administração como sujeito de poder-dever, a *potestade publica* fiscal fazendária.

Para fixar as óticas singulares do desconstrutivismo de Jacques Derrida e Stanley Fish, pontuaremos a seguir um breve e explicativo mapeamento de cada texto e de seu cotejo, também realizado no ensaio crítico de Drucilla Cornell, para então, examinando elementos da ótica de cada qual, intentarmos possíveis ligações entre interpretação e direito, direito e instituições, direito e justiça, constituição e estado, no sentido de um exercício de reconstrutibilidade do direito estatal, da administração pública, no exercício da *potestade publica*, é dizer, identificar elementos constituintes das ações e do juízo jurídico nos procedimentos fiscais fazendários.

2.3

A desconstrução da força do direito fundada na mística da autoridade¹⁴

O primeiro pensamento sobre o tema “Desconstrução e a possibilidade da justiça” na abordagem de Jacques Derrida, e que interessa para a legitimidade da atuação do estado-administração, é o de que a essência do direito não é proibir, mas afirmar.

A interrogação desconstrucionista dirigida a desestabilizar, complicar ou trazer paradoxos - de valores do sujeito, do sujeito de direito, do sujeito de moralidade, da pessoa jurídica ou moral, da intencionalidade -, é uma linha de questionamento e problematização do direito e da justiça. O desenvolvimento de estudos desconstrucionistas sobre problemas político-institucionais, estão hoje entre os indispensáveis para uma transformação social mediada e, nos limites de

constitucionais devem comparecer como elementos de vontade dos juízos políticos, jurídicos, econômicos e sociológicos cotidianos.

14 Estudo a partir do artigo DERRIDA, Jacques. *Force of law: the mystical foundation of authority*. 11 *Cardozo Law Review* 919 (1990). Colóquio sobre o tema “Desconstrução e a possibilidade de justiça”, de outubro de 1989, na Cardozo Law School.

nossa pesquisa, mediada pela atuação estatal no exercício de sua função fiscal fazendária.

O que se tem conhecido como método desconstrutivo, que parece não “endereçar” o problema da justiça (enfrentar, abordar diretamente), o tem mesmo abordado obliquamente, pois o direito é desconstrutível em autoridade e legalidade, mas a justiça é indesconstrutível, é dizer, comparece apenas como experiência aporética¹⁵ que pode legitimar decisões jurídicas.

Derrida costuma partir de noções de senso comum, como a abordagem comum da relação entre força e justiça, como na formulação de Pascal, de que “justiça sem força é contraditória e força sem justiça é acusada de ser errada, e assim é necessário por força e justiça juntas, e fazer que o justo seja forte e o forte justo, mas desde que não foi possível fazer o justo forte, o forte tem sido feito justo”. Outra fonte de senso comum considerada por Derrida é o costume, que é o solo, a base para equidade, pela simples razão de ser recebido; ele seria “o fundamento místico da autoridade”, como na expressão de Montaigne, para quem “mesmo nosso direito, é dito, tem ficções legítimas nas quais funda a verdade de sua justiça”.

Avalia Derrida que desde a origem da autoridade - de sua fundação -, a posição do direito não pode por definição estar senão nelas mesmas (autoridade e fundação), e por isso elas são uma violência sem fundamento. Mas isso não quer dizer que sejam injustas, no sentido de ilegais, pois no momento inaugural, limite “místico” que reaparecerá com condições, regras ou convenções, e na origem de sua interpretação dominante, elas não são legais ou ilegais. Na estrutura aqui descrita o direito é essencialmente desconstrutível, seja porque fundado, construído em extratos textuais interpretáveis e transformáveis, ou porque seu fundamento último é por definição infundado.

Assim, Derrida avança a afirmação de que “desconstrução é justiça” ou seja, que o método desconstrutivista faz justiça. Isso porque a desconstrutibilidade do direito através do discurso jurídico da autoridade, e da legalidade, torna sua desconstrução possível, ao mesmo tempo em que a justiça - que é indesconstrutível porque não pode ser inserida no discurso jurídico - comparece apenas como experiência aporética inseparável da desconstrutibilidade

15 Sobre experiência aporética, a seguir, em I, II, 3.1, nas 3 aporias propostas por Jacques Derrida.

do direito. Por conseqüência, a desconstrução opera-se no tempo e lugar de inflexão entre a indesejabilidade da justiça e a indesejabilidade do direito, isto é, na experiência social cotidiana.

Assim é que a experiência cotidiana de atuação estatal do direito - desconstrutível em sua autoridade e sua legalidade precisa, ontem como hoje, dar-se como experiência aporética de justiça. Mas hoje a experiência da justiça estatal não está mais predominantemente na guarda das liberdades negativas, da não-intervenção nos assuntos privados patrimoniais por excelência. Já agora, contemporânea do após-guerra, a experiência aporética da justiça no cotidiano da prática jurídico-potestativa estatal da autoridade - e que interessa para a legitimidade da atuação do estado-administração - é o de que a essência do direito não é proibir, mas afirmar. Tal é o sentido da constitucionalização do direito no após-guerra: os direitos individuais, coletivos e transindividuais submetem-se aos critérios e parâmetros constitucionais, como o da solidariedade social, presente na CF88 no Sistema de Seguridade Social¹⁶.

Portanto temos que um indicador constitucional especificamente posto pela CF88 para a experiência de justiça - que é indesejável na linguagem dos conceitos jurídicos, e que deve comparecer como prática que legitima o exercício da *potestade publica* fazendária - é a solidariedade social. E se a justiça tributária pode também ser considerada “*um dever incessante e coerente de superação equilibrada de opostos (formal/material, abstrato/concreto, positivo/negativo, individual/coletivo, parte/todo, direito/dever)*”¹⁷, é dizer “*o dever de conciliação entre elementos opostos ou inter-relacionados surgidos na concretização obrigacional tributária*”¹⁸, então é no procedimento de concretização que se deve estar atento, pois é no seu curso que este dever de solidariedade pode ter lugar como vontade constitucional trazida para os dados lingüísticos do programa da norma tributária¹⁹.

16 CF88, art. 3º, I.

17 Ávila, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. SP, Saraiva, 2004, p. 565.

18 Ávila, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. SP, Saraiva, 2004, p. 565.

19 O programa da norma ou programa normativo, resultado parcial e intermediário da interpretação do texto da norma, formado a partir de dados primários de linguagem, é elemento metódico de estruturação das decisões jurídicas da teoria estruturante do direito proposta por Friedrich Müller nos meados dos anos de 1960 (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 304) e de sua metódica jurídica pós-positivista, elaborada no início dos anos 70 (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 283) e adotada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional

A solidariedade social (CF88, art. 3º, I), que permeia o sistema de seguridade social, por sua vez acoplado pelas fontes de custeio ao sistema tributário constitucional, é uma das diferenciações do sistema de lançamento tributário²⁰ após 1988, e, considerados a matéria e os sujeitos da relação de poder jurídico (*potestade publica*), é esta uma das justificativas para propormos nesta tese uma metódica jurídica que proporcione controle ao procedimento fiscal fazendário federal segundo o estado constitucional democrático de direito de nossos dias²¹, é dizer que permita a desconstrução do juízo jurídico tributário que lhe é resultante em passos de raciocínio identificáveis e aferíveis. com a vontade constitucional de solidariedade (art. 3º, I), com as decorrentes ponderações do constituinte (sistema de seguridade social e sistema de custeio tributário) e do legislador (legislação de criação e alteração do regime das contribuições sociais), e com os direitos fundamentais.

Derrida sugere que sob o tema “desconstrução e a possibilidade de justiça” há uma infinitude de problemas exploráveis em número, história, estrutura, mas infinitos porque demandam a experiência da aporia, relacionada com o que de “místico” há nos fundamentos da justiça. Derrida pensa que o direito não é justiça, mas “elemento de cálculo” (os direitos subjetivos comparecem com “liquidez” e “certeza”, é dizer, com a medida de cálculo dada por quem decide sobre aquele direito), enquanto a justiça é incalculável; portanto experiências aporéticas são experiências de justiça, tão improváveis quanto necessárias, é dizer, momentos nos quais a decisão entre justo e injusto jamais é assegurada por uma regra jurídica. Nesse sentido, sem uma experiência aporética na estrutura de uma vontade, de um desejo, de uma demanda por justiça, não há tempo e lugar para um chamado por justiça. Mas se nas relações de poder estatal juridicamente reguladas, esta vontade de justiça no exercício da *potestade publica* não pode ser assegurada por uma regra jurídica, pode ela ser vontade de justiça como “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”), conforme formulado por Konrad Hesse, em substituição á pura vontade de poder (“*Wille zur Macht*”).²²

Alemão desde a decisão “Mephisto”, de 1971 (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 303). Ver nos capítulos V, VI e VII desta tese.

20 Sobre diferenciações sistêmicas, ver no Capítulo 5 desta tese.

21 Nos capítulos 5, 6 e 7 desta tese.

22 Ver HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 1991.

E a solidariedade social é uma vontade constitucional que permeia tanto o Sistema de Seguridade Social quanto o Sistema Tributário Nacional²³.

Assim, o procedimento fiscal fazendário, tempo e lugar de exercício da *potestade publica*, é também tempo e lugar de experiência aporética de justiça, para o que, na estrutura da vontade daquele que está inserido nessa experiência porque atua decidindo o direito, devem comparecer como elementos constitutivos do juízo jurídico a vontade de constituição (*Wille zur Verfassung*) e do estado democrático de direito como elementos de teoria, a par de outros elementos textuais, materiais e de método²⁴. Assim como no processo administrativo/judicial tributário, nos procedimentos fiscais fazendários a experiência aporética de justiça acompanha “a aporia fundamental do direito, a exigência de objetividade e validade universal máximas, apesar da e justamente na contingência histórica e social”;²⁵ é dizer que a exigência de justiça, de objetividade e validade universal são coadjuvantes da experiência aporética no curso dos procedimentos decisórios do direito, para o que é desejável, senão indispensável no estado democrático de direito, maximizar as possibilidades de controle das decisões jurídicas pela explicitação de seus itinerários de juízo ou seja, metodizando-se os procedimentos decisórios²⁶.

Para Derrida, essa justiça indesejável sempre se dirige para singularidade, para a singularidade do outro, a despeito ou mesmo porque pretende universalidade. Esta universalidade é alcançada no método desconstrutivista pela suspensão da credibilidade dos axiomas, dos conceitos, da “realidade” institucionalizada do direito. Esse momento de suspense, de *époque*²⁷, intervalo ou espaço no qual as transformações e mesmo revoluções jurídico-políticas têm lugar, não pode ser motivado, não encontra seu movimento e seu impulso, exceto na demanda por acréscimo ou suplemento para justiça.

23 Vejam-se como exemplos os artigos da CF88: art. 3º, I (princípio da solidariedade social), art. 145, par. 1º. (capacidade econômica), art. 193 (bem estar e justiça social) e art.194 (garantia de saúde, assistência e previdência social).

24 Ver sobre a teoria e a metódica estruturante do direito, nos capítulos 5, 6 e 7.

25 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 44.

26 Nos capítulos 5, 6 e 7 a exposição dos elementos dogmáticos, teóricos e metódicos da teoria estruturante do direito, e a exemplificação operacional de sua metódica estruturantesua pela comparação dos procedimentos fiscais fazendários do Brasil e da Alemanha.

27 Sobre suspensão do juízo (*époque*) jurídico no procedimento fiscal fazendário, ver no Capítulo 5. 6.4.1 a noção de estrutura.

O método desconstrutivista é geralmente praticado de duas maneiras ou estilos mutuamente referentes: pela atração demonstrativa e aparentemente a-histórica de paradoxos lógico-formais, e pelo procedimento mais histórico, através da análise textual, por meticolosas interpretações e genealogias²⁸.

No Brasil, a lógica formal do positivismo jurídico funcionou satisfatoriamente enquanto o estado fazia as leis com o Congresso Nacional fechado ou frágil, e dizia o direito como se a autoridade fosse a “boca da lei”. A necessidade lógica de neutralidade do positivismo jurídico omitia a valoração feita por quem decidia como legislador, administrador ou julgador. Por isso legalidade podia então ser considerada legitimidade, é dizer, se a autoridade estava legalmente investida e competente, suas decisões, se baseadas em conexões lógico-formais de sentido deviam-se considerar legítimas se não ilegais, sem que sua valoração na formulação ou na aplicação da lei pudesse ser questionada, o que passou a ser possível após a CF88, através do controle de constitucionalidade, difundido por qualquer juízo ou tribunal – o controle difuso de constitucionalidade – além do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, regulamentados nas leis do processo constitucional²⁹. Com a inovadora necessidade de transparência das valorações da autoridade que decide, como condição de legitimidade de suas decisões, a lógica jurídica deixou de ser apenas formal: a lógica de valoração na aplicação da lei (é dizer, valoração jurídica de textos, de decisões e, no âmbito desta tese, de fatos sociais, econômicos) passou a ser, após a CF 88, também lógica material, argumentativa, questionadora da constitucionalidade das valorações da autoridade que decide. Os direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º.) e a sistemática da seguridade social (CF88, arts. 192 a 204), constitucionalizados a partir de 1988 no Brasil, passaram a integrar os critérios e parâmetros de valoração³⁰ na elaboração e na aplicação das

28 Ver sobre o método desconstrutivista, lingüística, lógica, ciência, história, natureza e cultura, DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. SP, Ed. Perspectiva, 2004. Na introdução deste capítulo uma genealogia do poder de polícia fiscal fazendário.

29 CF 88, art. 102 *caput* e par. 1º, Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

30 É de anotar-se que usualmente critérios são tidos como noções qualitativas expressas em conceitos, enquanto parâmetros são tidos como noções quantitativas expressas por medidas de comparação, como razões e/ou proporções. Já paradigma é uma noção-referência (qualitativa ou quantitativa) de uso generalizado e inquestionado, que pelo seu uso comum, generalizado e continuado resta “naturalizada”. Um paradigma constitucional de controle parametrizado terá sido o limite dos juros “reais” em 12%, embora dependente para sua aplicação da definição de “juros reais”, de resto jamais explicitada por regulamentação legal, fosse como conceito ou medida de

leis, para o que os itinerários decisórios precisam tornar-se transparentes, os elementos teóricos, textuais, e materiais constitutivos do juízo jurídico devem ser explicitados metodicamente para possibilitar seu cotejo, discutibilidade e aferição com aqueles critérios e parâmetros fixados pela CF88, é dizer para controle das decisões³¹. A possibilidade de desconstrução das decisões jurídicas em passos de raciocínio identificáveis e aferíveis demanda, segundo entendemos nesta tese, a presença de elementos metódicos de estruturação dos juízos jurídicos. De um lado, o desconstrutivismo de J. Derrida é empregado nesta tese para proporcionar a visibilidade do discurso jurídico, seus limites no componente decisório da vontade humana e a necessidade da experiência aporética de justiça como vontade constitucional de solidariedade através do sistema de seguridade social, custeado pela concretização cotidiana do sistema tributário nacional nos procedimentos fiscais fazendários federais. De outro lado, o desconstrutivismo é elemento metódico auxiliar de análise do programa normativo e do âmbito normativo, elementos metódicos de condução e controle do itinerário do juízo no curso do exercício da *potestade publica* nos procedimentos fiscais, de que resultarão decisões jurídico-tributárias da administração fazendária federal brasileira³².

razão/proporção. Ver ÁVILA, Humberto, “*Sistema constitucional tributário*”, SP, Saraiva, 2004, p. 562/563, “*Teses*”: “A interpretação do direito tributário deve analisar todas as normas jurídicas que mantêm relação com as ações, propriedades ou situações cuja disponibilidade é necessariamente influenciada na concretização da relação obrigacional tributária (vida, propriedade, liberdade, igualdade). Os bens jurídicos influenciados dependem, entretanto, da finalidade e da eficácia das normas jurídicas tributárias: as normas tributárias que têm por finalidade a obtenção de receita influenciam o princípio da igualdade e devem ser interpretadas de acordo com um parâmetro específico de justiça, que é o princípio da capacidade contributiva. As normas tributárias que visam atingir fins administrativos específicos influenciam os direitos fundamentais de liberdade e devem ser investigados na sua compatibilidade com os direitos fundamentais.” A capacidade contributiva é portanto medida (quantitativa do mínimo existencial, por exemplo), daí a referência a parâmetro de aferição da igualdade, e não compatibilidade. Já os fins administrativos específicos devem ser compatibilizados com os direitos fundamentais, notadamente o da liberdade, que não é parâmetro (medida), mas qualidade. Parâmetros e critérios se encontram, por exemplo, nas leis de incidência de tributos e correspondentes alíquotas. Uma irrazoabilidade do legislador tributário enseja prequestionamento de inconstitucionalidade ou ADI. Uma desproporcionalidade na aplicação da lei enseja controle de legalidade do ato.

31 A metódica estruturante do direito, apresentada, introduzida ao direito brasileiro e exemplificada nos capítulos 5, 6 e 7, se propõe nesta tese como instrumento de explicitação metódica dos elementos textuais, materiais e metódicos constitutivos dos juízos jurídicos nos procedimentos fiscais fazendários federais.

32 Capítulos 5, 6 e 7.

2.3.1

A tematização desconstrutivista de direito e justiça através da investigação fenomenológica de três aporias, a necessidade de justiça constitucional e a possibilidade de justiça estatal no exercício da *potestade publica* fiscal fazendária

Para tematizar direito e justiça pelo método desconstrutivista, Derrida dirige sua investigação (fenomenológica) por três aporias, abordando a instável distinção entre justiça e direito, entre justiça (infinita, incalculável, rebelde à regra e estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica) e o exercício da justiça como direito, legalidade e autoridade, estabilizável e estátuível, calculável, um sistema de prescrições codificadas e reguladas. As três aporias que examinaremos em seguida são 1. “époquè e regra”, 2. “o fantasma do indecidível”, e 3. “a urgência que obstrui o horizonte do conhecimento”.

Primeira aporia: “Époquè e regra”. Para nosso senso comum do exercício de justiça ou injustiça pressupõem a liberdade e responsabilidade das ações, expectativas, pensamentos, decisões. Mas, para uma decisão justa e responsável, ela tem que - em seu próprio momento, se há um - ser ambas, regulada e sem regulação: ela tem que conservar o direito e também destruí-lo ou suspendê-lo o suficiente para reinventá-lo em cada caso, rejustificá-lo, enfim reinventá-lo na reafirmação e na nova e livre confirmação de seus princípios. Segue-se daí que desse paradoxo não há momento no qual possamos dizer *no presente* que uma decisão é justa (isto é, livre e responsável), mas somente que é legal, ou “válida”, é dizer exarada pela autoridade e na legalidade determinadas pelo ordenamento jurídico: nesses termos o problema da justiça terá sido posto e violentamente resolvido, isto é, dissimulado, reprimido. Mas se para o momento de manifestação da vontade de justiça nenhuma regra de direito pode ser componente do juízo, pode sê-lo a vontade de justiça como vontade constitucional (*“Wille zur Verfassung”*, vontade de constituição). E as constituições trazem vontade da sociedade organizada infensa a quaisquer regras de direito, pelo controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Para aquém deste limite, se todos nós constituímos cotidianamente o estado e a sociedade organizada em

nossas relações sociais públicas e/ou privadas³³, construímos também o estado-administração fazendária como atuação da vontade constitucional (*Wille zur Verfassung*³⁴) de solidariedade voltada ao sistema de seguridade social. É dizer, a vontade constitucional de solidariedade social voltada ao sistema de seguridade social é elemento teórico-constitucional dos juízos jurídicos de lançamento das contribuições sociais³⁵.

Segunda aporia: “O fantasma do *indecidível*”. Em nossa visão usual, a justiça como direito jamais é exercida sem uma decisão que corta, divide, que põe fim a uma questão: é a obrigação de decidir, *non liquet*. Mas o indecidível não é a mera oscilação ou a tensão entre duas decisões, mas a experiência diante daquilo que embora heterogêneo, estranho à ordem do calculável e à regra, ainda se é obrigado, para ser justo: a desistir da impossível decisão, tendo em conta regras de direito. Considerados regras de direito e fatos na situação decisória (programa da norma, âmbito da norma e peculiaridades do conjunto de fatos passados, concomitantes e hipóteses possíveis de fatos futuros³⁶), é o que ocorre, p. ex., no juízo de pré-questionamento, quando o juízo ou tribunal, provocado, deixa de aplicar uma regra jurídica por considerá-la inconstitucional naquela situação: desiste da impossível decisão tendo em conta as regras de direito, para ser justo segundo um juízo de vontade constitucional. Na administração fazendária, em que as relações são predominantemente hierárquicas, esta abstenção de juízo jurídico decisório, esta desistência de decisões que seriam impossíveis porque injustas, se dá na elaboração de diretrizes e de prioridades da presença fiscal fazendária, que repercutem na seleção e programação das ações fiscais, e são chanceladas segundo o juízo de interesse fiscal.

33 Conforme Capítulo 2.1. “Uma introdução genealógica da *potestade publica* fazendária: a co-existência dos indivíduos e do Estado”.

34 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. P. Alegre, S.A. Fabris Editor, 1991: A expressão *Wille zur Verfassung* – vontade de constituição – está contextualizada como elemento de força normativa das constituições, é dizer que para adquirirem força normativa, as fixações constitucionais devem comparecer como elementos de vontade dos juízos políticos, jurídicos, econômicos e sociológicos cotidianos.

35 Embora saibamos que o cumprimento cotidiano das normas também é concretizar a constituição, o elemento constitutivo do juízo de constitucionalidade comparece no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade, no juízo das comissões de constituição e justiça do poder legislativo e no poder de veto do poder executivo. Por isso comparece no juízo jurídico-tributária da administração fazendária nos procedimentos fiscais mediado pela legislação e como elemento teórico-constitucional.

36 Programa da norma e âmbito da norma são elementos metódicos que, a par de elementos teóricos, dogmáticos e das peculiaridades do conjunto de fatos, estruturam as decisões jurídicas, segundo a teoria estruturante do direito, cuja metódica jurídica propomos nesta tese como método de trabalho nos procedimentos fiscais fazendários federais do Brasil, nos capítulos 5, 6 e 7.

Terceira aporia: “A urgência que obstrui o horizonte do conhecimento”: a possibilidade de justiça do método desconstrutivista evita os horizontes de justiça como nas interpretações convencionais do ideal regulativo de Kant, ou como advento messiânico (um “juízo final”). Na acepção desse termo grego, horizonte é ambos abertura e limite que define um progresso infinito ou um período de expectativa. Mas justiça, inapresentável que possa ser, não espera: uma decisão justa sempre é requerida de imediato, portanto o momento de decisão sempre permanece um momento finito de urgência e precipitação, um instante fora da razão lógica das regras de direito. Por causa de sua estrutural urgência e precipitação, a justiça não tem horizonte de expectativas regulativas ou messiânicas. Mas se justiça não cabe em regras ou profecias, então uma decisão jurídica resultante do exercício da *potestade publica* fiscal fazendária é também precedida por um momento extenso em meio à urgência de justiça e os horizontes móveis do poder, das ideologias e do direito, momento extenso de suspensão de juízo jurídico – é dizer oportunidade de fazer justiça, de dar o que é de direito aos que não carecem de ajuda, e aos que dela carecem, o que lhes falta³⁷ segundo um juízo de vontade constitucional de solidariedade social - durante os atos ordinatórios e decisórios do procedimento fiscal, para o que sua explicitação decomposta em elementos metódicos de juízo diminui as possibilidades de subjetividade irracional das decisões, evitando o “cavalo de Tróia de pré-decisões não explicitadas”³⁸, justificadas pelo “livre convencimento motivado” exposto em valorações genéricas com arcabouços conceituais “lógicos”, de fato lingüísticos³⁹.

Na medida em que justiça não é apenas um conceito jurídico ou político, abre espaço para a transformação, reformulação ou refundação do direito e da política: a justiça como experiência de alteridade absoluta é impresenciável, mas é chance desses eventos e condição da história. Cada avanço em politização obriga a reconsiderar, e assim reinterpretar o fundamento do direito como se houvesse sido previamente calculado ou delimitado⁴⁰. Esse foi exemplo da

37 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, SP, RT, 2009, p.176.

38 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, SP, RT, 2009, p. 72.

39 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, SP, RT, 2009, p. 72.

40 No processo legislativo a discussão – dentro dos limites constitucionais - é política, não jurídica, pois as leis, o direito, lhe são decorrentes. No processo constituinte a discussão – política – tem como limite as cláusulas constitucionais inamovíveis.

Declaração dos Direitos do Homem, da abolição da escravidão, de todas as batalhas emancipatórias havidas e das que precisam continuar sua inserção nas constituições contemporâneas para tornarem-se componentes imediatos da vontade nos juízos políticos e jurídicos estatais. Tal foi, entre nós, a batalha emancipatória para que ocorresse a Assembléia Nacional Constituinte em 1987, e dela, a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º) e do sistema de seguridade social (CF88, arts. 194 a 204), do qual a administração fazendária federal é braço de captação de recursos para a promoção da solidariedade social (CF88, art. 3º)⁴¹.

O método desconstrutivista de Derrida proporciona um exercício de decomposição dos conceitos que servem à justificação das decisões políticas e jurídicas, e se presta como elemento metódico auxiliar para a concretização das normas jurídicas a partir dos elementos teóricos, dogmáticos e dos elementos metódicos básicos “programa normativo” e “âmbito normativo”, adotados nesta tese⁴², além de proporcionar visibilidade da “vontade constitucional” de justiça como experiência aporética necessária a quem decide o direito, a par da objetividade, da validade universal e da unidade, que são as aporias históricas do direito⁴³.

Se as decisões estatais não mais se legitimam apenas pela competência e pela coerência lógica formal de fundamentação constitucional ou legal dos enunciados de quem decide, e se a vontade de quem está inserido na situação decisória – legislador, administrador ou julgador - não pode mais ser considerada

y41 Sobre a emergência contemporânea do fenômeno da solidariedade social, vale o registro de Jürgen Habermas das concepções republicana e liberal de política: “A função mediadora da política na concepção liberal é de congregar e impor interesses sociais em particular mediante um aparato estatal já especializado no uso administrativo do poder político para fins coletivos. Segundo a concepção republicana, a política não se confunde com essa função mediadora, mais do que isso, ela é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o medium em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações pré-existentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Com isso, a arquitetônica liberal do estado e da sociedade sofre uma mudança importante. Ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância hierárquica reguladora descentralizada do mercado, ou seja, ao lado do poder administrativo e dos interesses próprios, surge também a solidariedade como terceira fonte de integração social.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. SP, Edições Loyola, 2002, p. 270.

42 Capítulos 5, 6 e 7.

43 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 95.

neutra, então o itinerário racional de formação dessa vontade interessa aos destinatários das decisões e à ciência do direito, e portanto é também nesta tese objeto de estudo para metodização dos procedimentos fiscais fazendários federais.

2.4

Pela estrada anti-formalista da atuação estatal contemporânea do pós-guerra: neopragmatismo e controle das tarefas constitucionais do estado-administração⁴⁴

Segundo a afirmação argumentativa de Stanley Fish, os revezes e benefícios da teoria interpretativa podem ser feitos desaparecer em uma enriquecida e dissolvente noção de prática. Uma de suas teses é a de que muitos dos temas em teoria interpretativa podem ser reduzidos a poucas básicas questões na filosofia da linguagem.

2.4.1

Significado e intenção nas tarefas constitucionais do estado

Para Fish *significado* se identifica e confunde com *intenção*, pois é inteiramente contextual e não pode ser determinado independentemente do falante de uma sentença em uma particular situação. Nesse sentido, sua tese básica é de que o significado de uma sentença não é uma função do significado de suas partes constituintes, é dizer, que o significado não pode ser formalmente calculado, derivado de formas impressas em páginas. Portanto não existiria um tal significado literal se, por significado literal, tomar-se um significado que persista não importando que contexto seja ou o que esteja na mente do falante, um significado que por anterior à interpretação pode servir como sua restrição. Assim, toda interpretação operar-se-ia num dado contexto e em determinadas circunstâncias, em que seriam as questões de poder de início e afinal que fariam ter lugar restrições à interpretação. Portanto as questões de poder no âmbito da atuação estatal, que fazem ter lugar restrições à interpretação, são inerentes ao

44 Estudo a partir do artigo neo-pragmático de Stanley Fish “Going down the anti-formalist road”, do livro “Doing what comes naturally” (FISH, Stanley. *Doing what comes naturally: change, rhetoric and practice of theory in literary and legal studies*. Duke University Press, Durban and London, 1989).

exercício das tarefas estatais, é dizer, o poder-dever dirigido ao cumprimento das tarefas constitucionais fixadas para o estado-administração restringe as possibilidades de interpretação que o agente público possa fazer dos fatos e dos textos legais com que exerce, p. ex., a *potestade publica* fazendária nos procedimentos fiscais fazendários.

Tampouco existiriam para Fish direitos abstratos, como modelos formais de conhecimento dos fatos cotidianos das relações sociais: direitos abstratos jamais são abstratos ou universais, sempre são reflexões de algum contexto (ainda que desconhecido), e um entendimento de contexto jamais será simplesmente indutivo, mas sempre terá sido produzido por princípios (contingentes e transformáveis) já presentes. O anti-formalismo com que Fish avança em seu contundente (e de certo modo simples e mesmo óbvio) questionamento entende que o formalismo, para além de uma doutrina lingüística e de uma teoria da linguagem, implica uma teoria do eu, da comunidade, da racionalidade e da prática política. Ser formalista implica crer que as palavras têm clareza de significado, e segue-se dessa crença uma série de outras: que os significados são próprios das palavras, que a linguagem é um sistema abstrato antecedente a qualquer ocasião de uso e que ocasiões de uso são subscritas por tal sistema, que tendências interpretativas devem e podem ser postas de lado quando sobrevêm sérios assuntos públicos e submeter-se a vontade pessoal pelas normas codificadas em linguagem pública e impessoal. Em suma, para os formalistas racionalidade, como significado, é tida como um sistema abstrato que se distingue dos contextos nos quais seu padrão é considerado⁴⁵.

Mercê dessas considerações, podemos admitir que o sistema de seguridade social da CF88 (arts. 194 a 204) ao menos iniciou-se abstrato, como um sistema formal de textos. Mas à medida em que seu padrão de referência – a solidariedade social (CF88, art. 3º, I), para custeio e promoção da saúde, assistência e previdência social – vem sendo considerado na atuação estatal pelo repositório de decisões legislativas, administrativas e judiciais, vai-se construindo o concreto sistema de seguridade social, para o que, no âmbito desta tese, apresentamos, propomos e exemplificamos nos capítulos 5, 6 e 7 uma metódica para o procedimento fiscal fazendário, com o que a administração fazendária

45 Sobre teoria de sistemas e sistemas jurídicos, ver também no Capítulo 5 desta tese.

federal cotidianamente opera a concretização do sistema de seguridade social no sistema tributário nacional⁴⁶.

2.4.2

Legitimação dos princípios pela prática: a atuação do poder-dever do estado-administração cria o direito no cumprimento de suas tarefas constitucionais

Mas se como vimos, para Fish, *significado* se identifica e confunde com *intenção*, disso não se segue, para ele, que qualquer sentença possa ser formulada com qualquer significado, segundo as circunstâncias tornem suas intenções possíveis, pois as questões de poder trazem restrições à interpretação. Um dos lugares em que esse problema se coloca é na relação entre força e criação do direito. Fish pergunta e responde que sim, força faz direito (*might makes right*), se considerada ausente uma perspectiva independente de interpretação, pelo que uma perspectiva interpretativa prevalece em virtude de ter superado suas competidoras. Para tanto, Fish contesta o que identifica como o perfil do eu julgador presente nos círculos jurídicos, um perfil de eu formado por oposição dualista de pessoa responsável/irresponsável, se capaz/incapaz de por em cheque seus impulsos naturais, e deste modo poderia por, em operações interpretativas, restrições, princípios independentes de predileções pessoais. Desfazendo uma tal concepção de sujeito, Fish aponta um paradoxo: toda preferência se sustenta em princípios, é dizer, são inteligíveis e doáveis apenas em virtude de uma articulação principiológica do mundo e suas possibilidades; mas simultaneamente todo princípio é uma preferência, pois cada princípio é uma extensão de uma particular e contestável articulação do mundo e nenhuma procede de uma perspectiva universal. Em suma, o que para uma pessoa é princípio para outra é uma mera e ilegítima preferência, o que torna a disputa ou escolha entre princípios e preferências pessoal e interessada: de novo temos interpretação como interesse, significado como intenção.

Desconstruída a oposição entre princípio e força, vários outros temas passam a ser vistos diferentemente, especialmente aqui o tema das restrições nas

⁴⁶ Sobre a integração do sistema de seguridade social no sistema tributário nacional, ver também Capítulo 5 desta pesquisa.

possibilidades interpretativas. Se de um lado os desejos ou preferências não podem sustentar-se independentes de alguma visão normativa, o eu, que é composto de desejos, é também, de fato, composto de restrições, e nenhuma restrição adicional seria necessária para dar-lhe a direção que já tenha. Portanto não haveria restrições maiores ou mais gerais, apenas restrições diferentes, construídas em questões práticas. Não é possível, segundo Fish, conceber uma restrição, ou regra, ou direito, ou princípio, sem já ter assumido um contexto de prática em relação ao qual esta restrição, regra, direito ou princípio é inteligível⁴⁷: quando uma restrição auto-denominada alheia, externa ou independente é invocada, o que realmente está sendo invocada é a agenda de interesses de um projeto já em curso. Segue-se que quaisquer sejam os princípios aos quais recorram os atores jurídicos como restrições em suas próprias práticas, tais princípios terão sido pela prática já legitimados, e não terão maior magnitude que aquela declarada pela prática.

Assim, se o estado-administração existe como criação dos indivíduos humanos *nos e pelos* seus atos, e é a atividade contínua e relacionada ao bem comum que consiste a realidade do estado-administração,⁴⁸ desde logo esta preferência dirigida ao bem comum não pode legitimar-se apenas explicando-se por um princípio, mas pode ser compreendida na prática de criação do direito pelo poder-dever de cumprir suas tarefas constitucionalmente fixadas para a concretização daquele princípio. Portanto importa nesta tese identificar o itinerário racional de condução do juízo – que é permeado por contextos de prática em relação aos quais restrições, regras, direito ou princípios são inteligíveis – de que resultam as decisões da administração fazendária nos procedimentos fiscais,

47 O contexto de prática em relação ao qual restrições, regras, direitos ou princípios são inteligíveis são, nesta tese, as peculiaridades do procedimento decisório de um caso jurídico concreto, e sua inteligibilidade denomina-se programa da norma e âmbito da norma. “O programa normativo é o resultado intermediário e provisório da interpretação de todos os dados lingüísticos”. O âmbito normativo é o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como *direito*: “O jurista constitui o “âmbito normativo” ao submeter os fatos a um duplo exame com base no programa normativo: primeiro, esses fatos continuam sendo relevantes para o programa normativo elaborado? Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida podem ser *justificadamente* incorporados na decisão.” Ver em MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 305.

Ver nos capítulos 5, 6 e 7, como programa da norma, âmbito da norma e peculiaridades do caso concreto operam nas decisões jurídicas segundo a teoria e a metódica estruturantes do direito.

48 DABIN, Jean. “*L’etat ou lê Politique*”, Paris, 1957, n. 30; HEASAERT, J. “*Théorie Générale du Droit*”, Bruxelles, 1948, pp.149-150, citados por BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, p. 163.

para o que entendemos necessária a introdução de elementos metódicos, que são co-constitutivos dos elementos fáticos, dogmáticos e teóricos estruturantes dos juízos jurídicos tributários⁴⁹.

Para o estado-administração brasileiro, além do princípio da eficiência (CF88, art. 37, caput) subjaz, como justificativa para uma preferência interpretativa no curso do exercício do poder-dever fiscal fazendário, também o princípio da solidariedade (CF88, art. 3º, I) no cumprimento da tarefa de prover o custeio do sistema de seguridade social (CF88, arts. 194 a 204). No curso do procedimento fiscal fazendário, o juízo quanto ao regime legal de tributação mais adequado àquele caso e quanto à mais adequada forma de apuração do tributo é cogitado à vista do registro documental e de informações dos acontecimentos antecedentes, dos acontecimentos em curso e das hipóteses de acontecimentos futuros no procedimento: durante a ação fiscal fazendária emergem e submergem diversas hipóteses provisórias de norma e de fato, que se prestam à construção da norma jurídica e da norma de decisão do caso. Enquanto não exarada uma decisão, o procedimento se dá com suspensão de juízo quanto ao fato e à norma jurídica, construídos gradativamente a partir de um raciocínio indutivo elíptico (a concretização jurídica descrita como um movimento orbital elíptico) polarizado pelos elementos metódicos programa da norma e âmbito da norma, diferentemente do conhecido “círculo hermenêutico”, centrado numa relação sujeito-objeto do conhecimento⁵⁰. Programa normativo e âmbito normativo são e têm, no procedimento decisório, conteúdos provisórios, são pré-compreensões parciais da norma e dos fatos⁵¹: porque a norma jurídica não é dada, mas construída no procedimento decisório de um caso, a normatividade não está nos conceitos lingüísticos dos textos legais ou das decisões jurídicas, nos conteúdos de significação, mas no próprio procedimento, que, permitindo maior discutibilidade

49 Capítulo 6.

50 Conforme MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 81: “O conceito de círculo hermenêutico, herdado da tradição, recebe aqui (na teoria e metódica estruturantes do direito) uma fundamentação que transcende em muito a mera relação sujeito-objeto entre o intérprete e o texto. Com isso se designa tudo menos a gratuidade da pré-compreensão. A tarefa metodológica, que ela (a teoria estruturante do direito) formula (a metódica jurídica), transforma-se por si mesma no enfoque indagativo material, do qual ela já é co-determinada preliminarmente.”

51 Conforme MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 81: “Os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexa de fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização posto que irracionais. Com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que os ignorou ou silenciou sobre eles.”

e com isso maior controlabilidade, legitima a decisão segundo a vontade constitucional aferível - p.ex. de eficiência (CF88, art. 37, *caput*) para o custeio da seguridade social (CF88, arts. 194 a 204) - e o estado democrático de direito.

Se considerarmos com Stanley Fish que *significado* se identifica e confunde com *intenção*, então a vontade de quem está inserido na situação decisória – legislador, administrador ou julgador - não pode ser considerada neutra. Se como ele considerarmos que as questões de poder trazem restrições à interpretação, então as decisões estatais não podem se legitimar apenas pela competência de quem decide e pela coerência lógica formal de fundamentação constitucional ou legal dos seus enunciados. Se afinal considerarmos também que uma perspectiva interpretativa prevalece em virtude de ter superado suas competidoras, então será necessário identificar, no curso de formação dessas perspectivas interpretativas (dos textos jurídicos e das circunstâncias fáticas) não a intenção que subjaz o significado possível da decisão jurídica, mas a conformidade de seus elementos de formação com o cumprimento das tarefas estatais constitucionalmente fixadas e com o estado democrático de direito.

Para a regulação e o controle no cumprimento cotidiano de tal tarefa pelo estado-administração propomos, nos limites desta pesquisa, nos capítulos 5, 6 e 7, uma metódica para o procedimento fiscal fazendário, com o que a administração fazendária federal cotidianamente opera a concretização do sistema de seguridade social no sistema tributário nacional⁵².

2.4.3

A legitimação do exercício do poder-dever estatal pelo cumprimento de suas tarefas fixadas na constituição e na legislação tributária

Em seu itinerário de desconstrução dos conceitos do formalismo em geral ao formalismo jurídico, Stanley Fish tematiza as relações entre teoria e discurso/dicção teórica. Para ele a diferença entre teoria e dicção teórica é uma distinção entre um discurso apartado de toda prática (portanto inexistente) e um discurso que é ele mesmo uma prática e como tal tem conseqüências na extensão de sua influência, respeito ou difusão. Se uma teoria tem conseqüências, afirma

⁵² Sobre a integração do sistema de seguridade social no sistema tributário nacional, ver também Capítulo 5.6 desta tese.

Fish, elas serão retóricas, não teóricas: uma assertiva teórica sentenciada com sucesso jamais terá o efeito de alterar ou revolucionar a estrutura básica do pensamento, fazendo-o mais firmemente centrado ou mais determinadamente descentrado, mas pode ter o efeito de alterar os recursos com o quais o pensamento persegue seu contingente mas ordenado curso. Por seu turno as dicções teóricas, como epistemologias, seriam considerações de como sabemos o que sabemos, não receitas de conhecimento. Mas como epistemologia é algo sobre o que se pode saber, também é algo sobre o que se pode estar convencido. Acerca portanto das relações entre saber e poder, Fish não vê relação geral ou necessária entre discursos sobre o saber, epistemologias, e política. Pode haver no entanto, segundo ele, relação entre uma epistemologia e uma política, e isso se e quando um discurso sobre o saber integra-se como argumento persuasivo de poder. O fato de um discurso epistemológico ocasionalmente desempenhar determinado papel político seria um reflexo do prestígio da teoria na vida intelectual contemporânea, mas para Fish teoria não confere poder: no curso do exercício do poder é que são empregados teorias e discursos teóricos⁵³.

Para Fish, no entanto, teorias e discursos teóricos não podem ter conseqüências de sua pretensão – a pretensão de proverem perspectivas ao lado da prática, com a vantagem de que tal prática poderia ser por elas guiada ou reformada -, mas elas podem ter todas as conseqüências contingentes de um vocabulário que chama atenção e pode por isso ser invocado na convicção de que será um ornamento para a posição de alguém. No entanto, uma teoria, como qualquer outra forma de discurso, pode se tornar tão aceita em determinada comunidade, que quase qualquer tema seja apresentado ou concebido em seus termos; quando isto acontece, a produção de discursos teóricos será, naquela comunidade, uma extensão do senso comum⁵⁴. Mas isto não modifica o que teoria sempre tem sido em qualquer caso: uma dentre muitas formas retóricas cujo

53 Os discursos políticos de formulação da Lei de Orçamento Anual devem considerar as diretrizes da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que são desdobramentos do Plano Plurianual, que, sendo projeto político do grupo governante, explicita uma via de interpretação possível dos princípios e valores constitucionais para o período de 4 anos: deste modo é que anualmente são projetados na lei de diretrizes orçamentárias e fixados no orçamento anual quanto, p.ex. de educação, quanto de saúde, quanta segurança serão tarefas do estado.

54 Como exemplo tendente ao senso comum na comunidade interpretativa de doutrinadores e operadores do direito, o “princípio da capacidade contributiva”, decantado da expressão constitucional textual da capacidade econômica (CF88, art. 145, par. 1o), referida aos impostos, e não às contribuições, que atendem ao princípio da solidariedade social (CF88, art. 3o, I).

impacto e influência são função de contingências que ela não pode prever nem controlar.

A consideração de elementos teóricos, dogmáticos e metódicos como argumentos retóricos no “*work in progress*” de construção das decisões políticas e jurídicas, aproxima este desconstrutivismo neopragmático da teoria estruturante do direito, pois esta “*adota uma abordagem pragmática da linguagem: todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem: é uma forma especial de linguagem, um conjunto específico de jogos de linguagem.*”⁵⁵ Mas o benefício dos jogos de linguagem polarizados em torno dos conteúdos provisórios dos elementos metódicos “programa da norma” e do “âmbito da norma” é a transparência e discutibilidade dos argumentos, que legitima o resultado do procedimento, a decisão jurídica⁵⁶.

Mas se o impacto e a influência do discurso teórico resultarem apenas das contingências de uma vontade de poder (“*Wille zur Macht*”) de seus operadores, que não se possa prever nem controlar, é dizer, se a constituição não alcançar força normativa aferível no curso do exercício das tarefas constitucionalmente fixadas para o estado-administração fazendária (*e.g.* no Sistema de Seguridade Social e no Sistema Tributário Nacional), o discurso teórico de legitimação do poder-dever do estado-administração será, portanto, apenas uma dentre muitas formas retóricas ao sabor de quem estiver exercendo o poder. A legitimação do poder-dever da administração fazendária federal precisa comparecer como uma extensão do senso comum constitucional no cumprimento das tarefas que lhe estão fixadas na constituição - *e.g.* no Sistema de Seguridade Social e no Sistema Tributário Nacional, *e.g.* CF88, art. 145, par. 1º), como uma “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”) – também nos procedimentos fiscais, é dizer, no exercício da *potestade publica* fazendária (CF88, art. 37, XVIII), de modo que a legislação tributária - CTN, legislação ordinária e complementar - compareça nos jogos de linguagem dos argumentos entre o programa normativo e o âmbito normativo, para concretização da norma jurídica

55 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 305.

56 O programa normativo é o resultado provisório e intermediário da interpretação de todos os dados lingüísticos. O âmbito normativo é o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como direito. Conforme MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 305.

tributária e da norma-decisão⁵⁷ – e.g. o lançamento tributário -, no curso ou ao final do procedimento fiscal fazendário.

2.4.4

A vontade e o poder no juízo jurídico estatal contemporâneo

O primeiro passo na “estrada do anti-formalismo” de Fish é a remoção do significado literal como restrição à interpretação. Com isso se poderia concluir e afirmar que vivemos em um mundo retórico, e portanto que “retórica” é palavra-mestra, pelo que, em síntese, teríamos:

1. que passamos à realocação das restrições interpretativas à intenção, e, dizemos aqui, intenção esta presente no curso de formação do juízo de quem interpreta fatos e textos normativos no curso do procedimento fiscal fazendário estatal;

2. que a realização dessa intenção deverá por sua vez ser estabelecida interpretativamente e *poderá* ser estabelecida através de persuasão;

3. a caracterização da persuasão como um assunto inteiramente contingente, racional apenas em relação a razões que como tal se tornaram através do mecanismo da persuasão;

4. a intuição de que as considerações de contingência obstruem as pretensões teóricas tal como usualmente concebidas;

5. o reposicionamento da teoria como uma prática não distinta de qualquer outra; e

6. a elevação da prática a uma nova e distinta universalidade em relação à qual nada de maior (mais geral, abstrato, formal) pode ser invocado.

Mas para Fish a remoção de restrições independentes da interpretação não liberta o eu – sujeito que interpreta para decidir - de restrições interpretativas, mas revela o eu interpretante como já e sempre restrito pelos contextos da prática (comunidades interpretativas)⁵⁸, que lhe conferem uma forma e uma direção.

57 A concretização é a construção da norma jurídica no caso concreto. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual – é dizer, o teor da decisão – chama-se norma de decisão. Conforme MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 305.

58 São exemplos de comunidades interpretativas as formadas em torno de práticas reiteradas da administração pública, da jurisprudência pacificada, da doutrina predominante.

Assim, podemos entender que, na comunidade jurídica interpretativa dos agentes do estado-administração no curso do exercício da *potestade publica* fazendária, podem vir a ser senso comum na forma e na direção da interpretação de fatos e textos normativos nos casos concretos, os princípios da administração pública (art. 37, *caput*, CF88), da solidariedade (CF88, art. 3º, I), no sistema de seguridade social (CF88, arts. 194 a 204, saúde, assistência e previdência social) e no sistema tributário nacional (CF88, arts. 145 a 162), se e quando a constituição, a legislação tributária - extensão legal da constituição tributária - e a doutrina constitucional, do estado e do direito comparecerem nos jogos de linguagem dos elementos teóricos (teoria da norma como resultado de um procedimento de concretização), dogmáticos (os textos da constituição e da legislação) e metódicos (programa normativo e âmbito normativo) estruturantes do juízo jurídico fiscal fazendário, numa metódica procedimental fiscal fazendária, o que propomos, desenvolvemos e exemplificamos nos capítulos 5, 6 e 7.

No entanto da adoção do neo-pragmatismo não resultam necessariamente quaisquer conseqüências éticas ou políticas. Isso não significa negar conseqüências políticas às teorias, mas simplesmente insistir que tais conseqüências são contingentes ao papel que as teorias desempenham em circunstâncias particulares de um momento histórico⁵⁹. Assim é que, nos limites desta tese, consideramos ter resultado um câmbio na compreensão do exercício da *potestade publica* fazendária como conseqüência do momento histórico da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, de cuja composição de forças resultou, na CF88, para o estado-administração brasileiro, tarefas específicas de promoção social - a saúde, assistência e previdência social -, com específicas fontes de captação de recursos, as contribuições sociais. Se no sistema estatal de captação de recursos anterior a 1988 predominavam, além das fontes de receitas originárias de seu próprio patrimônio decorrentes da estatização da economia e das receitas derivadas da soberania sem destinação especificada - os impostos -, com a desestatização da economia e com a fixação constitucional de tarefas específicas de promoção social com especificadas fontes de captação de recursos

59 Conforme HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. SP, Edições Loyola, 2002, p. 276, sobre ética e política: “A condução estritamente ética de assuntos políticos induz em erro”, e “... por detrás de objetivos politicamente relevantes, (estão) interesses e orientações de valor que de forma nenhuma são constitutivos para a identidade da coletividade em geral, ou seja, para o todo de uma forma de vida partilhada intersubjetivamente.”

derivadas da soberania - as contribuições sociais -, mudou a compreensão do sistema de lançamento tributário⁶⁰.

É dizer, se é possível que as consequências políticas das teorias sejam contingentes ao papel que as teorias desempenham em circunstâncias particulares de um momento histórico, como os novos elementos de teoria sobre a tributação estatal que têm aportado após 1988 na legislação sobre o processo administrativo fiscal e nos juízos judiciais, como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade⁶¹, de outro lado, no que respeita ao exercício da *potestade publica* fazendária de lançamento tributário, entendemos necessário que além dos elementos dogmáticos, elementos teóricos e de método tenham lugar na concretização do lançamento tributário, porque a CF88 fixou tarefas⁶², princípios⁶³ e poderes⁶⁴ para o estado-administração tributária, portanto também para o seu exercício no procedimento fiscal fazendário, que podem e devem comparecer como seus elementos constitutivos de juízo jurídico tributário.

O neo-pragmatismo aporta na teoria e metódica estruturantes do direito de F. Müller através da semântica prática, baseada sobre o *linguistic turn* (giro lingüístico) surgido no final dos anos 60 e dirigido por Richard Rorty⁶⁵ e que, segundo Müller, trata-se de um trabalho metódico

“comum não metafísico, mas realista; não dedutivista, mas indutivo; um ponto de partida da teoria não da abstração de outros conceitos, conceitos externos (como lógica, filosofia, ideologia), mas na prática concreta e da linguagem da sociedade de hoje e do direito da sociedade de hoje.”⁶⁶

60 Sobre o câmbio no sistema tributário federal, no capítulo 5.

61 Ver Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Sobre razoabilidade, proporcionalidade, ver também ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos Princípios, SP, Malheiros, 2004, e Sistema Tributário Constitucional, SP, Saraiva, 2004*.

62 Tarefas, como a de promover a captação de recursos e fiscalização do sistema de seguridade social (CF88, arts. 194 a 204)

63 Princípios da solidariedade (CF88, art. 3º, I), e da administração pública (art. 37, caput), desdobrados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

64 CF88, art. 37, XVIII, CF, art. 145, par. 1º.

65 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. SP, RT, 2009, p. 283.

66 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. SP, RT, 2009, p. 283.

Assim é que as distinções entre texto da norma no início da concretização, texto da norma jurídica em seu fim, texto da norma-decisão, e entre dados materiais e dados lingüísticos, são distinções semânticas que contribuem com a metódica jurídica em curso nos procedimentos decisórios, como o procedimento fiscal fazendário.

Pela via retórica de seu neo-pragmatismo, Fish avança por uma série de termos, como persuasão, interesse, prática, interpretação, restrição, comunidade, crença, termos esses que não são absolutamente desproblematizados, mas que se inserem nos discursos segundo o que Fish chama de “ângulo de inclinação” (*angle of lean*), ou seja, a direção visada por quem inicia sua tarefa discursiva. Ele focaliza seus textos sob dois “ângulos de inclinação”:

- um deles é posto em face daqueles que querem identificar uma racionalidade perante a qual crenças ou práticas comunitárias submeter-se-iam a julgamento, e aqui, para Fish, crenças sempre escapam das restrições que a racionalidade tenta impor;

- o outro é posto em face daqueles que encontram na desconstrução dessa racionalidade a possibilidade de descartar aquelas crenças e práticas que agora nos definem, e já aqui Fish considera que crenças são restrições inescapáveis.

Aqui retomamos o aspecto da vontade que externa uma intenção, às quais subjazem nossas crenças, que a um só tempo são restrições inescapáveis às nossas interpretações e escapam às pretensões da racionalidade dos elementos teóricos (como os conceitos jurídicos) de restringir nossa interpretação. A crença na justiça como solidariedade social do Sistema de Seguridade Social, uma das expressões da “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”), é componente volitivo de restrição à interpretação dos fatos e dos textos legais em matéria de tributação de necessário comparecimento como elemento mediador do juízo jurídico estatal tributário, sem o que, também nesta visão desconstrucionista neo-pragmática, nossa sociedade não se poderá socorrer dos juízos circunstanciais da vontade de poder (“*Wille zur Macht*”) de quem esteja em posição de decidir nosso direito. Essa vontade de constituição comparece como elemento de teoria constitucional mediado pela legislação tributária (elementos dogmáticos) no curso dos procedimentos fiscais fazendários, a par de outros elementos teóricos,

dogmáticos e dos elementos metódicos programa normativo e âmbito normativo⁶⁷, e desse modo exige a exposição / visibilidade dos componentes parciais de formação do juízo jurídico tributário pelo seu acompanhamento no *work in progress* de formação da decisão. Tal visibilidade restaria inviabilizada se, ao contrário, se considerasse a norma de início e ao final do procedimento como pré-existente no texto e aplicável diretamente ao “fato” identificado, apenas por uma operação lógico-formal de subsunção, resultando disso nos riscos de justificações de pré-decisões não explicitadas, omitindo-se os elementos parciais de formação do juízo que emergem e submergem no curso do procedimento decisório.

2.5

A desconstrução da máscara do direito vestido de justiça: do círculo hermenêutico de auto-justificação do direito como justiça à constitucionalização do direito na situação hermenêutica aberta para dentro do tempo dos procedimentos de exercício da *potestade publica fazendária*⁶⁸

A seguir passaremos a articular os elementos de teoria do estado, do direito e da justiça até aqui examinados, com o papel constitucional da atuação estatal, procurando identificar os pontos de continuidade e de ruptura na passagem da auto-justificação para a constitucionalização do direito estatal, e os meios de legitimação do direito que resulta de sua atuação cotidiana.

Drucilla Cornell coteja as leituras dos textos-base anteriormente examinados, com elementos de uma perspectiva de teoria do direito e do estado, de teoria da justiça e da atuação estatal (“Force of law: the “mystical foundation of authority””, de Jacques Derrida, e “Going down the anti-formalist road”, do livro “Doing what comes naturally”, de Stanley Fish), colocando inicialmente que,

67 Programa da norma, âmbito da norma e âmbito do caso são figuras metódicas do procedimento de concretização jurídica (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 264), que apresentamos, desenvolvemos e exemplificamos nos capítulos 5, 6 e 7 desta tese.

68Ensaio sobre o texto “The violence of the masquerade: law dressed up as justice”, de Drucilla Cornell (CORNELL, Drucilla. *The violence of the masquerade: law dressed up as justice*. Artigo-comentário publicado na Cardozo Law Review 919/1990, onde Drucilla Cornell é professor de direito).

segundo Walter Benjamin⁶⁹, há um perigo inerente em considerar a posição de que o direito é sempre desconstrutível, e que a diferença entre a violência aceitável e a inaceitável, como também entre a violência divina e a violência mítica, não é conhecível por antecipação. E que Derrida apaga a base da qual procede a crítica da violência, mas que essa interpretação falha em dar notícia da questão - relembra no texto de Benjamin, ao qual Derrida retorna repetidamente -, de que a tarefa de crítica da violência pode ser sumarizada em suas relações com a justiça. Isto porque uma questão se torna efetivamente violenta apenas por seu contato no campo moral, eis que a esfera desses temas (moral e violência) é definida pelos conceitos de direito e justiça. Não obstante, na visão de Cornell ambos, Benjamin e Derrida, questionam as tradicionais justificativas positivistas e naturalistas para a violência como legítimo esforço para a manutenção de um sistema legal ou como necessário ao atingimento de uma finalidade justa.

Nesta perspectiva, o artigo “Desconstrução e a possibilidade de justiça” procede precisamente através da configuração dos conceitos de justiça e direito nos quais a crítica da violência - entendida como “juízo, valoração, exame que se provê com meios de julgar a violência” - deve ter lugar. Apenas uma vez que aceitemos a intransponível divisão entre direito e justiça, que a desconstrução tanto expõe como protege - na desconstrução da própria identificação do direito com a justiça - é que poderemos apreender a plena significação da aparentemente surpreendente afirmação de que “desconstrução é justiça”⁷⁰. Somente o devir poderá - nessa intransponível divisão - produzir inteligibilidade ou interpretabilidade ao discurso jurídico, pois o direito jamais alcança sua justificação projetada. É dizer, o poder jamais pode justificar um direito precisamente porque o estabelecimento desse direito jamais poderá ser racionalizado. Daí a conclusão de Stanley Fish, de que o poder faz direito (*might makes right*), explicitamente rejeitada por Derrida, que propõe a justiça como experiência aporética de necessário comparecimento no exercício do poder e, dizemos nós, na experiência decisória em que se insere quem exerce a *potestade publica* fiscal fazendária de lançar tributos, isto é, no curso dos procedimentos fiscais fazendários.

69 BENJAMIN, Walter. *Critique of Violence, in Reflections, Essays, Aphorisms and Autobiographical Writings* 227 (P. Dementz ed. 1986).

70 CORNELL, Drucilla. *The violence of the masquerade: law dressed up as justice*. Artigo-comentário publicado na *Cardozo Law Review* 919/1990.

Este mesmo método desconstrutivista, que permite ver a separação entre direito e justiça, é também um recurso metódico auxiliar de sua aproximação, na medida em que as decisões jurídicas possam ser “construídas”, estruturadas, a partir daqueles elementos em que pode ser “desconstruído” o direito (legalidade, autoridade), através da verificação da maior ou menor justeza do itinerário de condução do juízo jurídico exarado na decisão aos componentes parciais do juízo – as figuras metódicas programa da norma e âmbito da norma –, que promovem a inclusão da dimensão material – o caso concreto – e temporal – a situação decisória - na explicitação dos elementos de formação da decisão jurídica.

E como a justiça não pode ser decomposta, desconstruída como o direito, é dizer, somente comparece como experiência aporética no momento extenso de suspensão de juízo que antecede a decisão, a possibilidade de explicitação dos componentes parciais e dos passos intermediários aos juízos interlocutórios e finais dos procedimentos é oportunidade de aproximação – pela justeza do procedimento – do direito com a justiça⁷¹. Como a norma jurídica não é dada, mas construída, estruturada, “ela é o resultado de sua concretização, significa dizer o resultado, em um caso dado - do emprego de métodos jurídicos.”⁷² A normatividade se situa portanto não nos dados lingüísticos do texto da lei ou nos dados materiais, mas na “aplicação de um procedimento conforme a regra”⁷³. A possibilidade de desconstrução da decisão jurídica nos elementos intermediários de sua constituição denota que o método desconstrutivista é recurso auxiliar ao método indutivo de concretização de normas jurídicas e de normas-decisão de que tratamos nesta tese.

Cornell investe que para entender porque a desconstrução não reduz por si só esse mais recente e sofisticado intento do positivismo legal, o qual, é claro, afirma que “poder faz direito”, é útil contrastar desconstrução *como* a força

71 Melhor justeza como condição para uma melhor justiça, em MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 287.

72 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 259.

73 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 105.

da justiça contra o direito, com a insistente identificação de Stanley Fish do direito com a justiça⁷⁴.

Fish entende que no campo filosófico o direito jamais alcança suas justificações, mas como realidade prática sua maquinaria funcional torna sua inadequação filosófica irrelevante. Por isso conceitos especificamente jurídicos não precisam se preocupar com a sua suficiência filosófica⁷⁵. Assim são dois dos mitos de justificação das decisões jurídicas, “a intenção dos pais fundadores” e “o pleno significado das palavras”. Tais mitos conservam o direito como uma máquina de auto-legitimação, remetendo a interpretação legal a uma suposta origem que se repete como um círculo hermenêutico auto-referente (natureza/cultura, sujeito/objeto, norma/fato). Isso, por sua vez, permite a identificação da justiça com o direito e com a perpetuação do sistema legal corrente.

Conforme Fish, um dos mais antigos e estabelecidos “princípios” positivistas de interpretação constitucional é o princípio segundo o qual os casos devem ser decididos estritamente. Sob este princípio devem-se decidir casos e não avançar normas ou especular sobre todas as possibilidades daquele direito. Quando e como um direito deve ser estendido depende de fatos concretos de cada caso, para a “legibilidade” da constituição. Fish tem sua própria versão crítica: para ele, o poder do direito aplicar suas próprias premissas como verdade, faz o sistema apagar a significância de seus interlocutores filosóficos, deixando-os impotentes em seus protestos.

Cornell aponta um *insight* oferecido por Derrida, de que a concepção de direito do positivismo tradicional consiste precisamente nessa auto-preservante repetição. Mas para Fish, como vimos, não é uma concepção do direito e sim o poder prático do sistema legal para preservar-se coadjuvando repetição com justificação que o torna um sistema legal. É claro, Fish reconhece que repetição como iterabilidade também permite sua evolução. Mas evolução é a única possibilidade quando *justificação* é identificada como o funcionamento do próprio sistema. Segundo Cornell – a despeito de suas pontuações em contrário – o direito não é, para Fish, desconstrutível e, portanto, não é radicalmente transformável.

74 Ver FISH, Stanley, “*Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies* (1989).

75 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 85.

Como um sistema, ele se torna sua própria realidade social “positiva”⁷⁶, na qual o *status* de seus próprios mitos não pode ser desafiado.

E é no entanto precisamente o *status* enquanto mito de sua originária fundação e do “pleno significado das palavras” (ou legibilidade do texto) a que se opõe a inafastabilidade da justiça, mas justiça não como mais um mito, um conceito, e sim como experiência aporética, também portanto experiência cotidiana de decidir o direito. É dizer que não são primordialmente os conceitos jurídicos, aos quais a autoridade cotidianamente atribui conteúdos, que possuiriam normatividade e legitimariam suas decisões. Isto dá conta apenas da legalidade. A legitimidade das decisões jurídicas está em que estas resultem de um procedimento no qual haja visibilidade dos elementos de juízo, de modo que possam ser aferidos não somente a logicidade formal das assertivas, mas a lógica material de interação do direito com a realidade de cada caso, pela possibilidade de identificação dos elementos dos juízos parciais – a argumentação –, que antecedem e estruturam o juízo interlocutório ou final do procedimento fiscal, nas figuras metódicas “programa” e “âmbito” da norma jurídica, conforme explicitamos nos capítulos 5, 6 e 7. Há maior possibilidade de uma experiência aporética de justiça numa experiência decisória cujos elementos intermediários e provisórios de juízo possam ser explicitados, do que no significado dos conceitos jurídicos com que a autoridade fundamenta suas decisões: é o procedimento que pode legitimar e portanto conferir normatividade às decisões estatais. Por isso a proposta da metódica jurídica para o procedimento fiscal fazendário federal, em que elementos de teoria (a norma como resultado de um procedimento decisório e não contida no significado de um texto legal), elementos dogmáticos (notadamente no direito público, o conjunto dos dados lingüísticos dos textos legais) e dados do caso interagem, fazendo emergir e submergir juízos parciais e intermediários, polarizados pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, elementos metódicos que conferem normatividade aos juízos jurídico-tributários da administração fazendária no exercício da *potestade publica* de constituição do crédito tributário pelo lançamento⁷⁷.

76 Corroborando TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

77 Ver também nos capítulos 5, 6 e 7.

Cornell observa que a promessa conservadora do direito jamais poderá ser completamente atualizada em um círculo hermenêutico que exitosamente retorne a si mesmo e assim se fundamente⁷⁸. Em sua visão há aqui dois tipos de violência: a violência da fundação e a violência jurídica conservadora do sistema legal atual. O estabelecimento do direito é violência no sentido de uma *imposição* sem uma justificação *presente*⁷⁹ na identificação da descrição como prescrição. Por isso Cornell vê desacordo entre Fish e Derrida sobre a desconstrutibilidade do direito: para Fish, desde que o direito, ou qualquer outro contexto social, define os parâmetros do discurso, os desafios transformativos ao sistema restam impotentes porque eles apenas podem desafiar o sistema de dentro. Não haveria portanto outro lugar para eles senão dentro do sistema. Mas para Derrida não há sistema que possa dar conta de si mesmo e assim estabelecer-se como única realidade. Pensar que qualquer sistema social, legal ou de outra natureza possa preencher a realidade social é apenas mais um mito, o mito da completa presença. Na visão de Fish, é insignificante, na prática, que o direito seja uma construção social, pois, construção social ou não, não podemos desconstruir a máquina. A desconstrução de Derrida alcança conclusão oposta: para Derrida, um sistema legal não poderia aspirar à justiça se não fizesse promessa de conservar o princípio e a regra do direito. Mas também não poderia aspirar à justiça sem que essa entendesse tal promessa como uma promessa por justiça. Assim, tentar definir exatamente o que a justiça *é*⁸⁰ colapsaria prescrição em descrição e falharia em alcançar humildade ante a justiça, e este é precisamente o paradoxo, para Derrida inescapável, que faz

78 Ver também em TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoiético*; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

79 Justificação presente na justiça do caso concreto, e não descrita antecipadamente em enunciados adaptáveis à descrição daquele caso concreto, no qual a prescrição do direito lhe terá sido uma conseqüência lógico-formal, apenas conseqüência de um enunciado descritivo adaptado, por isso mesmo uma violência, pois não terá sido resultado de uma discussão prévia e justificadamente deliberada entre eventuais contendores e/ou mediadores.

80 Perspectiva ontológica baseada na definição de conceitos, no caso do direito a doutrina e a jurisprudência dos conceitos jurídicos (a “jurisprudência dos conceitos”, referida por LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997) e/ou conceitos político-jurídicos (a prodigiosa discussão ontológica sobre os princípios constitucionais das constituições do pós-guerra).

a justiça antes uma aporia⁸¹ que um ideal projetado, como também o é para nós a exigência de objetividade e validade universal máximas do direito⁸².

Mas a promessa conservadora do direito jamais poderá ser completamente atualizada em um círculo hermenêutico que exitosamente retorne a si mesmo e assim se fundamente, porque não considera a normatividade como também materialmente determinada, é dizer o entendimento da interpretação serve de base ao círculo hermenêutico como uma questão apenas textual: é este o “foco” (o ponto central) do círculo. A inclusão da normatividade materialmente determinada de disposições legais a serem efetivadas, permite passarmos – na metódica jurídica aqui proposta - o entendimento da interpretação de uma trajetória cíclica, em torno apenas de dados lingüísticos, para uma trajetória elíptica, polarizada pelos elementos metódicos programa e âmbito da norma⁸³, co-constitutivos do juízo jurídico, a par dos elementos dogmáticos, teóricos e das peculiaridades do caso a ser decidido.

Derrida questiona que a desconstrução fixa hiperbolicamente as “estacas” (aporias) de precisão da justiça: é a sensibilidade a um tipo de desproporção essencial que deve inscrever o excesso e a inadequação em si mesmas e que comparece para denunciar não somente limites teóricos, mas também concretas injustiças, com seus mais palpáveis efeitos, pelo exercício da consciência que dogmaticamente pára ante qualquer determinação herdada de justiça. Derrida no entanto enfatiza que a dissociação performativa entre cognição e ação (ser/dever-ser) não é puramente autônoma, mas sempre percorrida em graus, com outras funções da linguagem. E o discurso justificatório – embora incerto de seus fundamentos e degradado do sobreordenado e mestre *status* de metalinguagem – jamais está inteiramente ausente de uma situação revolucionária ou de força. Essa separação de cognição e ação (ser/dever-ser) também significa que nenhum ato de violência pode verdadeiramente ser justificado ao tempo em que tenha lugar. E desde que não há segurança cognitiva anterior à ação, somos

81 Daí, no âmbito desta pesquisa, o recurso à perspectiva fenomenológica - de continuidade, de suspensão do juízo jurídico, de inserção do intérprete-decididor (o agente público) na situação hermenêutica decisória dos casos jurídico-tributários concretos - como elemento metódico auxiliar da metódica jurídica, que é indutiva.

82 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. SP, RT, 2009, p. 67.

83 MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. SP, RT, 2009, p. 261.

deixados com nossas responsabilidades pelo que fazemos: não podemos escapar à nossa responsabilidade apelando a convenções estabelecidas⁸⁴.

A violência revolucionária não pode ser racionalizada, porque todas as formas de racionalização necessariamente tomariam a forma de um apelo ao já estabelecido. É claro que movimentos revolucionários projetam ideais de dentro de seu discurso presente. Mas se eles são movimentos revolucionários, também rejeitam os limites desse discurso.

Para Drucilla Cornell, o artigo de Derrida nos deixa com a infinita responsabilidade que a indecidibilidade nos impõe. A indecidibilidade de nenhum modo pode aliviar a responsabilidade, mas o oposto é o caso. Não podemos nos escusar de nosso papel na história porque não poderíamos saber se estaríamos corretos antecipadamente. E no direito, a responsabilidade pela decisão e a indecidibilidade não podem ser dissimuladas por expedientes lingüísticos lógico-formais, pois cada caso jurídico cobra justiça, e esta não existe, não é visível através das abstrações da lógica formal, mas é presencial, é um acontecimento que embora não possa ser descrito na linguagem dos conceitos jurídicos, pode ter seus vestígios recolhidos do registro dos componentes parciais do juízo decisório que considera a normatividade materialmente determinada de disposições legais a serem efetivadas.

Se é certo que a promessa conservadora do direito – a segurança jurídica - jamais poderá ser completamente atualizada em um círculo hermenêutico que exitosamente retorne a si mesmo e assim se fundamente em seus próprios pressupostos, entendemos que é na situação decisória que em cada caso jurídico de exercício da *potestade publica* fazendária se encontra inserido o agente estatal – é dizer também sua vontade⁸⁵ -, que podem e devem comparecer elementos metódicos⁸⁶ no juízo jurídico de lançamento tributário, que façam atuar a constituição através da mediação legislativa e de elementos teórico-

84 Sobre a exclusividade da responsabilidade do “ser no mundo”, ver em SARTRE, Jean Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Editorial Presença, Lisboa, s/d, tradução e notas de Vergílio Ferreira; e *O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis, Ed. Vozes, 2005 (Quarta Parte: Ter, fazer e ser, Capítulo 1, III: Liberdade e responsabilidade, pp. 677 e 678).

85 para uma análise dos elementos de vontade, concorrentes ou decorrentes de uma “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”) mediada ou não pela legislação, nesta pesquisa, ver nos capítulos 1 e 2.

86 São elementos metódicos o programa da norma e o âmbito da norma, detalhados na exposição da teoria estruturante do direito e na decorrente metódica jurídica, apresentada, desenvolvida e exemplificada nos capítulos 5, 6 e 7 desta tese.

constitucionais⁸⁷, atualizando o sistema tributário nacional segundo as tarefas do estado-administração brasileiro contemporâneo.

2.5.1

Cotejo desconstrutivista do estado autoridade do interesse público ao estado administração dos recursos sociais

Como vimos, para o pragmatismo não há significado que persista independente de seu contexto de emergência, momento em que suas referências de sentido – as intenções humanas – se apresentam.

Parece certo que, sem personificar a sociedade, as relações sociais e humanas poderíamos, sem muitas reservas, aceitar que as referências teóricas para interpretação não sejam mais que referências de sentido tomadas das expressões lingüísticas.

Mas como entender, nessa perspectiva, a atuação estatal, sem considerar o estado dotado de volição⁸⁸? Podemos avaliar que o que defere significado na interpretação dos fatos e sua regulação moral, política ou legal é a intenção dos contendores. Numa contenda administrativa ou judicial com o estado é ainda possível falar-se apenas em intenções como referências de fundo para interpretação? Para o agente público o substrato de vontade voltado à coletividade é mediado pela regulamentação legal de seus atos funcionais. Não teria também o particular, enquanto cidadão, um substrato de vontade comum voltado à coletividade, à comunidade de cidadãos, que mediasse suas intenções circunstanciais na contenda?

Se de um lado podemos admitir a assertiva pragmática de que abstratamente não existem direitos, mas apenas a linguagem dos textos legais à espera de referências de sentido nas relações de poder, de outro lado é difícil aceitar que nas relações entre estado e cidadão existam, apenas, questões mediadas por vontades de poder, por interesses atomizados subjacentes às interpretações juridicamente aceitáveis. Isto porque estado e cidadão desempenham papéis nas sociedades, para o que não se podem considerar apenas

87 A solidariedade social, o sistema tributário nacional e o sistema de seguridade social expressos no texto da CF88.

88 Volição: ato em que há determinação de vontade.

intenções de poder circunstanciais quando se está a atuar como cidadão ou como agente estatal⁸⁹. É preciso considerar as vontades institucionalizadas, é dizer, a vontade institucionalizada do poder-dever estatal e do poder jurídico do cidadão, pois a matriz comum do cidadão e do estado é sua constituição, lugar de referências comuns de vontade⁹⁰, vontade constitucional expressa, por exemplo, no art. 3º, I (solidariedade), e no sistema de seguridade social (saúde, assistência e previdência social, arts. 194 a 204).

No mundo jurídico, o poder não cria limites sem suprimir direitos. Portanto as intenções - subjacentes às referências interpretativas tanto daquele que opera seu papel de cidadão, quanto daquele que pratica atos revestidos da autoridade estatal – não podem criar os limites e o sentido da tarefa interpretativa apenas referidos a um contexto *jurídico* de circunstâncias.

Talvez por isso Roberto Mangabeira Unger afirme que o formalismo, para além de uma doutrina lingüística e de uma teoria da linguagem, implique uma teoria do eu⁹¹: as sociedades organizadas da modernidade ocidental pressupõem entes político-jurídicos básicos, que são cidadão e estado. As relações entre particulares não pressupõem necessariamente papéis definidos, como poder-dever ou poder jurídico: é nesta posição básica que o sentido de interpretação da linguagem e das circunstâncias atende mais a um dado contexto de poder entre os contendores. Onde comparecem os cidadãos e/ou o estado, no entanto, o poder é regulado e a interpretação é já então referida não apenas ao contexto de particulares intenções e em determinadas circunstâncias, mas aos papéis que, em

89 Ao deixar em suspenso diferentes possibilidades de comportamento, a estrutura do sistema procedimental proposto por Niklas Luhmann permite que o procedimento jurídico potestativo se apresente aos participantes como um papel a ser por eles desempenhado, “*que compromete e vincula as personalidades com as suas próprias representações e as suas outras relações de papéis no procedimento.*” Cf. LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, *op.cit.*, p. 43. Ver em 5.5.1 .sobre o procedimento sistêmico luhmanniano de legitimação das decisões jurídicas.

90 O Estado existe como criação dos indivíduos humanos nos e pelos seus atos, e é a atividade contínua e relacionada ao bem comum que consiste a realidade do Estado. Esta atividade contínua e relacionada ao bem comum, através da inteligência e da vontade humana é a relação constitucional do Estado, que é um ser social, um ser de relação. A natureza da relação constitucional impede, logicamente, que o Estado figure em qualquer um dos pólos desta relação constitucional, pois ele próprio é esta relação. No pólo negativo (na condição de sujeito passivo) e no pólo positivo (na condição de sujeito ativo) da relação constitucional estão situados indivíduos que estão continuamente criando o Estado. Portanto o Estado como realidade natural é o ser social composto dessa contínua relação constitucional. DABIN, Jean. “*L’etat ou le Politique*”, Paris, 1957, n. 30; HEASAERT, J. “*Théorie Générale du Droit*”, Bruxelles, 1948, pp.149-150, citados por BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, SP, Lejus, 1998, p. 163.

91 Citado por FISH, Stanley. *Doing what comes naturally: change, rethoric and practice of theory in literary and legal studies*. Duke University Press, Durban and London, 1989.

cada caso, cabem a cada qual desempenhar. A questão passa a ser então como esses papéis poderiam ser desempenhados, remetendo-nos também a um problema ético: se as intenções determinam as referências de sentido na interpretação e são conduzidas apenas por intenções de poder, como fazer justiça, como assegurar que estado e cidadão desempenharão seus papéis através dos particulares, mulheres e homens reais, que em seu próprio nome mas pela cidadania e/ou pelo estado, praticam cotidianamente atitudes e palavras? Não é possível garantir, dentro dos limites do direito, que a justiça aconteça. Mas ela é imprescindível, e sua possibilidade se abre, segundo Jacques Derrida, para além dos limites da regulação jurídica e ao mesmo tempo cabível dentro dela, para além do dever jurídico de decidir mesmo o indecidível, e sem horizontes de expectativas regulativas ou messiânicas: a justiça comparece como experiência aporética no real fora da realidade do direito, cujo discurso apenas pode ser decomposto em autoridade e legalidade.

Autoridade e legalidade são componentes jurídicos da atuação estatal, e são mediados para a administração pública pela legislação a partir da Constituição Brasileira no enunciado do artigo 37 da CF88, em legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. É preciso reconhecer-se, no entanto, a relatividade e falibilidade práticas de enunciados principiológicos, mesmo no direito. Como observa Stanley Fish – para quem significado se identifica e confunde com intenção – não existe o eu julgador de perfil formado por oposição entre responsável/irresponsável, se capaz/ incapaz de por em cheque seus impulsos naturais, e que desse modo poderia por, em operações interpretativas, restrições, princípios independentes de predileções pessoais. Fish concede, entretanto, que uma forma de discurso ou suas referências teóricas podem se tornar tão aceitos em uma determinada comunidade, que quase qualquer tema seja apresentado ou concebido em seus termos, pelo que a produção de tais discursos teóricos passa a ser uma extensão do senso comum dessa comunidade interpretativa⁹². Tal é o caso dos princípios na retórica jurídica brasileira, com sua expressão escrita na Constituição de 1988. Portanto não podem ser removidas as

92 No que pertine a esta pesquisa, a “comunidade interpretativa” é entendida na acepção de HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre, S. A . Fabris Editor, 1997.

restrições à interpretação independentes de contexto e circunstâncias - que são os princípios constitucionais da administração pública - do discurso jurídico estatal.

Como vimos, os elementos componentes do modelo de desconstrução do direito proposto por Jacques Derrida são autoridade e legalidade, enquanto a justiça, que não pode ser descrita nessa linguagem, apenas pode comparecer como experiência aporética nas situações decisórias. Assim, a presença de uma experiência aporética de justiça na reconstrução cotidiana do direito, se não pode ser descrita como exercício legal da autoridade, depende do “eu” construtor - o cidadão e o estado-administração – que é complexo, pois ao mesmo tempo em que é abstrato, também é humano, com crenças e práticas comunitárias variadas comportáveis nos conteúdos de significado possíveis dos princípios na Constituição Brasileira de 1988, como componentes, elementos de reconstrução cotidiana da atuação da administração pública.

Daí porque, numa perspectiva pragmática, a inserção dos termos legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁹³ não deixa de ser problemática, pois tais termos não permitiriam identificar uma racionalidade capaz de submeter ou de desconsiderar as crenças ou as práticas comunitárias. E podemos identificar o cerne desta posição de Fish com a experiência do *common Law*, em que a interpretação direta das crenças ou das práticas comunitárias como práticas sociais pode ser considerada como fonte predominante do direito: o costume. Já na experiência brasileira, parece-nos que a interpretação das práticas sociais como fonte do direito não é predominantemente direta, mas mediada pela sociedade enquanto organizada como estado. Daí porque, na nossa experiência brasileira, seja distinta a importância da reconstrução teórica e prática do direito a partir dos elementos constitucionais do discurso estatal, como são os termos legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, do art. 37 da CF88, princípios da administração pública, como elementos componentes da vontade de constituição (“*Wille zur Verfassung*”), presentes dos juízos de reconstrução cotidiana do estado-administração fazendária e do cidadão, nos

93 Os princípios constitucionais da administração pública estão desdobrados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Sobre razoabilidade, proporcionalidade, ver também ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos Princípios*, SP, Malheiros, 2004, e *Sistema Tributário Constitucional*, SP, Saraiva, 2004.

procedimentos fiscais fazendários e no processo administrativo fiscal, a par do catálogo de direitos fundamentais do artigo 5º. da CF88.

Neste Capítulo 2 debatemos elementos teóricos e retóricos de política, justiça e direito, para identificar requisitos gerais de legitimidade das decisões estatais nos procedimentos fiscais fazendários (segurança, seguridade, prevenção, previdência, *potestade publica*, justiça, procedimento, suspensão do juízo político/jurídico, vontade constitucional, processo), que serão articulados no Capítulo 3 com outros elementos teóricos - as noções de capital, recursos, excedentes, produção, extração de tributos, coerção estatal, solidariedade social -, os quais pertinem ao âmbito de atuação do poder de polícia fiscal fazendário, para serem através destes inseridas no exame dos direitos fundamentais de liberdade no procedimento e no processo administrativo/judicial tributário (Capítulo 4), no exame do sistema de lançamento tributário federal (Capítulo 5), e nos elementos estruturantes das decisões jurídicas formadoras do sistema de lançamento tributário federal (capítulos 6 e 7).

Do estudo preliminar de elementos de teoria estatal e do exercício de suas funções, concluímos que o estado não está ou existe além das pessoas, não é um ente exterior, não é transcendente do pensamento e das ações humanas, senão que o estado é imanente à linguagem cotidiana nos e pelos atos de comunicação humana relacionados ao bem comum; portanto também cotidiana e intersubjetivamente constituímos - segundo a matriz constitucional de competência e jurisdição do art. 37, XVIII e sua regulamentação legal - os atos de *potestade publica* do estado administração fazendária nos procedimentos fiscais.

Do estudo de elementos de teoria política, da justiça e do direito, expostos a partir do estudo do artigo de Jacques Derrida, concluímos, no âmbito desta tese:

1. que como a justiça não pode comparecer na linguagem do direito, é dizer nas expressões das decisões jurídicas, pois esta só pode ser decomposta em autoridade e legalidade, é na experiência das decisões no exercício do poder juridicamente regulado (exercício da *potestade publica* nos procedimentos fiscais fazendários) que pode e deve comparecer a justiça como experiência aporética, é dizer, que conserva, suspende ou destrói a regulação o suficiente para reinventar o direito em cada caso, na reafirmação e na nova e livre confirmação de seus princípios; e é para legitimar o resultado dessas experiências decisórias em que está inserido o

agente público, que se justifica um método de controle do curso do procedimento fiscal, como o proposto nesta tese;

2. que uma experiência aporética de justiça faz desistir da decisão impossível, tendo em conta direito e regras, porque injusta segundo um juízo de vontade constitucional; e a vontade constitucional de solidariedade (CF88, art. 3º, I) - presente no elenco de direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º), traduzida no sistema de seguridade social (CF88, art. 194 a 204) e estendida ao sistema tributário nacional (CF88, art. 145 a 162) - comparace como experiência limite de justiça diante das possibilidades jurídicas de decisão quanto à seleção e programação das ações fiscais nos procedimentos fiscais fazendários;

3. que se somente na experiência das situações decisórias ocorrem os momentos de urgência e precipitação de justiça como experiência aporética - já que a justiça concreta não é apenas um ideal regulativo ou advento messiânico a ser prometido ou traduzido nos limites interpretativos das expressões de textos legais ou decisões jurídicas - então o procedimento decisório da administração fazendária - momento extenso de suspensão dos juízos jurídicos - é também momento extenso em meio à urgência cotidiana de justiça fiscal.

Do estudo de elementos retóricos de política, justiça e direito, expostos a partir do artigo neo-pragmático de Stanley Fish, concluímos, no âmbito desta tese, que como qualquer interpretação traz um aspecto da vontade que externa uma intenção do intérprete à qual subjazem suas crenças, e como as crenças a um só tempo são restrições inescapáveis às nossas interpretações e escapam às pretensões da racionalidade dos elementos teóricos (como os conceitos jurídicos) de restringir nossa interpretação, a crença na justiça como solidariedade do Sistema de Seguridade Social - uma das expressões da “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”) refratada no sistema tributário nacional atual - é elemento teórico e componente volitivo de restrição à interpretação dos textos legais, de seus âmbitos normativos e dos fatos em matéria de tributação, de necessário comparecimento como elemento de juízo jurídico na comunidade interpretativa estatal, sem o que, também nesta visão desconstrucionista pragmática, nossa sociedade não se poderá socorrer dos juízos circunstanciais da vontade de poder (“*Wille zur Macht*”) de quem esteja em posição de decidir nosso direito, seja no procedimento fiscal, seja no processo administrativo/judicial tributário ou na elaboração legislativa.

Do estudo comparativo de elementos teóricos e retóricos de política, justiça e direito, expostos a partir do artigo de Drucilla Cornell, concluímos, no âmbito desta tese, que autoridade e legalidade são componentes do discurso de justificação jurídica, de reconstrução formal da atuação estatal. Mas o “eu” reconstrutor - que são o cidadão e o estado-administração – é complexo, pois ao mesmo tempo em que é ente jurídico abstrato, também é humano, com crenças e práticas comunitárias variadas. E tais práticas e crenças são também comportáveis no conteúdo significativo possível dos princípios constitucionais, como os direitos fundamentais sociais (CF88, art. 6º), que podem e devem habitar as comunidades interpretativas da constituição e do direito dos decididores estatais, no curso dos procedimentos fiscais fazendários e do processo administrativo fiscal, como vontade constitucional (*Wille zur Verfassung*), elemento teórico de concretização das normas tributárias que lhes resultam, a par do catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos (CF88, art. 5º). E que no direito, a responsabilidade pela decisão e a indecidibilidade não podem ser dissimuladas por expedientes lingüísticos lógico-formais, pois cada caso jurídico cobra justiça, e esta não existe, não é visível através das abstrações da lógica formal, mas é presencial, é um acontecimento que embora não possa ser descrito na linguagem dos conceitos jurídicos, pode ter seus vestígios recolhidos do registro dos componentes parciais do juízo decisório (as figuras metódicas programa da norma, âmbito da norma e âmbito do caso) que considera a normatividade materialmente determinada das disposições legais a serem efetivadas.

Em suma, podemos concluir que cidadão e agente público agem simultaneamente como instituições e como pessoas, e se a possibilidade de justiça das decisões não pode ser descrita, que ela apenas pode ser praticada, é somente na prática, na experiência decisória que pode comparecer a justiça das decisões jurídicas. Daí porque a legitimidade das decisões jurídicas seja procedimental, e não conceitual, e portanto a solidariedade social (CF88, art. 3º., I), o sistema de seguridade social e o sistema tributário nacional não correspondam primordialmente, para a administração fazendária, a conceitos políticos e jurídicos, mas a tarefas estatais fixadas pela CF88. Daí portanto a necessidade de tornar os passos intermediários dos juízos jurídicos estatais visíveis e controláveis através de elementos metódicos, como propomos nesta tese para os procedimentos fiscais fazendários federais.