PONTIFICIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jamir Calili Ribeiro

PRINCÍPIOS JURÍDICOS TRIBUTÁRIOS
Uma análise da Teoria dos Princípios e seus reflexos na Doutrina Tributária Brasileira

Belo Horizonte
2015

Jamir Calili Ribeiro

PRINCÍPIOS JURÍDICOS TRIBUTÁRIOS
Uma análise da Teoria dos Princípios e seus reflexos na Doutrina Tributária Brasileira

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte
2015

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Ribeiro, Jamir Calili
R484p Princípios Jurídicos tributários: uma análise da teoria dos princípios e seus reflexos na doutrina tributária brasileira / Jamir Calili Ribeiro. Belo Horizonte, 2015.
322 f.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito tributário – Interpretação e construção. 2. Direito tributário - Brasil. 3. Direitos fundamentais. 4. Direito - Filosofia. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 336.2.022(81)

Jamir Calili Ribeiro

PRINCÍPIOS JURÍDICOS TRIBUTÁRIOS
Uma análise da Teoria dos Princípios e seus reflexos na Doutrina Tributária Brasileira

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

_____
MARCIANO SEABRA DE GODOI – (Orientador) – Puc Minas

_____
ALVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ - PUC Minas

_____
JÚLIO DE AGUIAR DE OLIVEIRA - PUC Minas

_____
MARCO AURÉLIO GRECO - FGV

_____
MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI - UFMG

Belo Horizonte, 12 de março de 2015

A dois professores que se encontram no plano espiritual:
meu pai Jefferson Ribeiro Netto e
ao Professor Guilherme José Ferreira da Silva.
Ambos, exemplos de que o direito não deve ser só palavras,
mas prática ética individual diária.
São, para mim, como estrelas, que mesmo depois de mortas
projetam, sobre mim, suas luzes.

Ao meu avô Claiber Calili.

AGRADECIMENTOS

"Por isso, há somente razões para o agradecimento e bem poucas necessidades para solicitações" (CHICO XAVIER).

É tempo de agradecer! É preciso reconhecer que este trabalho não é fruto individual dos meus esforços. Muitos cooperaram comigo para que eu pudesse realizá-lo. Sei que a cooperação de todos foi muito maior do que o resultado que pude oferecer. E embora possa estar correndo o risco de não honrar a todos, olvidando-me de alguns, é preciso ser grato com tantos quanto foram aqueles que concorreram para a realização deste trabalho, e mencionar aqueles que estão, por ora, na minha memória.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus pela possibilidade da vida e pelos dons que permitiu fossem aflorados em minh´alma. A minha fé cresce ainda mais conforme mais me deparo com a imensidão do universo que ainda desconheço. Estou certo que a espiritualidade amiga me amparou no desânimo e quando faltou criatividade, inspirando-me e protegendo.

Agradeço aos meus pais, em especial à minha mãe por dedicar sua vida à minha.

Ao Professor Marciano pelas orientações, paciência e pelas críticas. Mostrou-me , com seu exemplo, como conciliar a disciplina e o rigor intelectual, com a humildade e a abertura para ideias divergentes. À Professora Misabel Derzi pelas luzes que lança à academia jurídica e pelo carinho com que tem pacientemente me ensinado e servido de exemplo. Ao Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz por ter descortinado um novo mundo teórico e por ter sempre sido um bom amigo franciscano. O impacto dessa tríade está por toda a minha tese e meu pensamento, seja na forma, seja acolhendo-os, seja tentando contraditá-los, explícita ou implicitamente.

Há outros professores que não posso deixar de mencioná-los, aos quais devo agradecer pelo impacto que tiveram na minha formação. Pela PUC Minas, minha alma mater, agradeço aos Professores Alexandra Clara, Wilba Lúcia, Mário Saveri e Guilherme José (in memoriam). Pela Fundação João Pinheiro, agradeço à Professora Telma Menicucci. Pela UFMG, agradeço aos Professores Vera Alice Cardoso, Renard Nobre e Marlise Matos. Pela ETFG, agradeço a todos os professores, que me ensinaram a aprender, a fazer e a criar.

Agradeço aos meus familiares, que me apararam, torceram por mim, e foram além de família, grandes amigos, tanto da Família Calili quanto da Família Ribeiro. Sábias as palavras de Emannuel, psicografada por Chico Xavier, ao afirmar que a "família consanguínea é a

lavoura de luz da alma, dentro da qual triunfam somente aqueles que se revestem de paciência, renúncia e boa vontade". Agradeço a meu irmão e amigo, Jefferson Calili Ribeiro, que mesmo muitas vezes sem entender o meu compromisso, renunciou a meu favor, fazendo minhas vontades. A minha prima, irmã e amiga, Simone Calili. A minha querida sobrinha e amiga, Ana Andrade. Aos meus primos Cecília, Cecilinha, Cibele e José Eustáquio. Muitas vezes, mesmo sem saberem, foram todos eles meu suporte enquanto morei em Belo Horizonte. Agradeço, também, às minhas queridas madrinhas, Scheila e Marilete.

Agradeço, por fim, mas não menos importantes, aos meus amigos que me acompanharam sem desistir, apesar da ausência. São tantos, com tantas histórias, com tantos carnavais, campanhas políticas e viagens. Sei que esse doutorado trouxe a vocês também muitas angustias. Foram tantos encontros desmarcados, tantas ausências justificadas, mas mesmo assim vocês resistiram.

Agradeço aos meus amigos da República Ibituruna, pelos anos incríveis de faculdade, aos meus amigos da ETFG e da PUC, que me acompanham e deixaram há tempos de serem só meus amigos para se tornarem minha família. Aos meus amigos dos escritórios Sacha Calmon-Misabel Derzi, Maldonado Gama, MF e Marlene Franklin & JCalili. Aos queridos amigos que encontrei na política, na Juventude do PSDB e no PHS, a quem devo incríveis histórias. Aos meus amigos da UFMG, da FJP e a todos os outros amigos que fiz durante esta jornada.

Em especial, agradeço aos meus queridos amigos da Pós Graduação. Com vocês o fardo foi mais divertido e mais leve. Agradeço em especial à Cândice Lisboa, Ana Carolina Caram, Samuel Miranda, Thiago Ribeiro, Guilherme Ferreira, Leonardo Saraiva, Leonardo Alves, Adriano Dutra, Thereza Marcondes, Barbara Brum e Bárbara Lobo. Três amigos são especiais nesta conquista: Denise Maldonado, Henrique Castro e Leandro Eustáquio. Foram esses três que, quando quase desisti de iniciar o doutorado, me trouxeram ânimo e coragem. Deram juntos o ponta pé inicial para que eu saísse da inércia e entrasse em movimento.

Posso em alguma medida ter esquecido de um nome ou de outro, mas com certeza, aqueles a quem sou grato, mesmo não estando aqui literalmente expressos, sentirão o meu abraço fraterno e meu muito obrigado! Sei que fui amparado, cuidado, protegido, e que muitos torceram por mim. Agradeço cada discussão, cada debate que frequentei, todos eles colaboraram para minhas convicções e para que eu pudesse mudar de ideia.

"Duas asas conduzirão o espírito humano à presença de Deus: uma chama-se amor, a outra sabedoria." (EMMANUEL - CHICO XAVIER).

"De tudo ficaram três coisas...
A certeza de que estamos começando...
A certeza de que é preciso continuar...
A certeza de que podemos ser interrompidos antes de terminar...
Façamos da interrupção um caminho novo...
Da queda, um passo de dança...
Do medo, uma escada...
Do sonho, uma ponte...
Da procura, um encontro!" (FERNANDO SABINO)

RESUMO

A doutrina, em todos os setores de investigação do direito, assevera a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. Da mesma forma, a doutrina tributária opera baseando-se em um conjunto de normas que ela nomeia como princípios tributários. A partir desta constatação, pretendeu-se discutir o significado que é dado aos princípios jurídicos tributários e o modo pelo qual ele é operado pela doutrina. Trata-se, de um lado, de expor qual a relação desse significado com a proposta de distinção entre espécies normativas fornecidas pelas Teorias de Direito contemporânea, de outro, na tentativa de explicar o que são os princípios tributários conforme o discurso doutrinário brasileiro. O problema central pode ser assim resumido: afinal, o que são princípios tributários? Em que eles se diferem das regras e como eles são aplicados? O objetivo geral dessa pesquisa é verificar como a doutrina tributária brasileira se coloca dentro dos diversos paradigmas relativos à teoria dos princípios, aferindo como ela distingue as espécies normativas e qual o cabedal teórico utilizado para essa distinção. Não se pretendeu julgar o conteúdo da doutrina em si, mas perceber dentro dos argumentos como os doutrinadores se colocam em relação à teoria dos princípios. Para tal proposta concentrou-se, primeiramente, no estudo das principais teorias dos princípios. Após, focou-se na descrição e crítica da maneira como a doutrina tributária nacional trabalha o conceito de princípio e a distinção entre princípios e regras. Ao final, defendeu-se a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A conclusão que se chega é que a doutrina tributária trata os princípios como rótulo para os direitos fundamentais que devem ser assegurados aos contribuintes. Disso decorre o fato de que como conceito de direitos fundamentais, a aplicação dos princípios, também, sofrerá a influência das diversas concepções a respeito dos direitos fundamentais, como o debate sobre sua dimensão subjetiva e objetiva. Reforça-se o sentido de direitos fundamentais dos princípios tributários e, a partir desse sentido, utilizando-se da concepção de integridade para compreensão e aplicação do direito, espera-se construir uma alternativa além do positivismo para realização do Direito Tributário Contemporâneo.

Palavras-Chave: teoria dos princípios, direito tributário, direitos fundamentais

ABSTRACT

Law Theories, in all fields of law research, asserts the existence of legal principles, especially in contrast to the rules. Likewise, the Brazilian tax law doctrine operates based on a set of normative standards that it labels as tax principles. Based on this assertiveness, it was intended to discuss the meaning given to legal tax principles and the way it is operated by law theories. On one hand, it exposes what is the relationship of this concept with the one proposed in the distinction between normative species provided by contemporary theories of law; in the other hand, in an attempt to explain what is the sense of tax principle used by Brazilian tax law doctrinal discourse. The central problem can be summarized as follows: after all, what are tax principles? How they differ from the rules and how they are applied? The overall objective of this research is to study how the Brazilian tax doctrine receives and uses the contribution of different paradigms of principles theory, assessing how it distinguishes the normative species and what theoretical framework has been used for this distinction. It was not intended to judge the content of the doctrine itself, but to study how the principle theory is being worked out by the jurists in their tax papers and articles. For such a proposal, this work focused primarily on the study of the major theories of principles. Afterwards, it was focused on the description and critique of the way the national tax doctrine works with the concept of normative principle and how it was located in the normative specie distinction between principles and rules. At the end, this thesis defended the idea that the normative distinction between principles and rules are not necessary to understand the law and its application. It is necessary for understanding the interpretive notion given to the normative principle concept, but it is not necessary to contrast it with the rule concept. The conclusion reached is that the tax doctrine treats principles as a label for the fundamental rights that must be guaranteed to the taxpayers. Principle, as a concept of fundamental rights, also suffers the influence of the various conceptions of fundamental rights, such as the debate about its subjective and objective dimension. The thesis reinforces the sense of fundamental rights of tax principles and, from this sense, uses the concept of integrity to understand and to apply the law. It is expected, with all that, to build an alternative beyond positivism for performing the contemporary tax law.

Keywords: principle theory, tax law, fundamental rigths

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: DISTINÇÕES E APLICAÇÕES 16
2.1 A abordagem clássica: uma análise geral 23
2.2 As abordagens modernas 26
2.2.1 O grau de fundamentalidade 28
2.2.2 O grau de imprecisão e discricionariedade 36
2.2.3 As críticas à distinção fraca das normas 37
2.3 As abordagens contemporâneas 39
2.3.1 O ponto de partida oferecido por Ronald Dworkin 42
2.3.1.1 Casos difíceis: a resposta correta e o direito como integridade 51
2.3.1.2 As críticas a Dworkin 57
2.3.1.2.1 Críticas à estruturação lógica da teoria 58
2.3.1.2.2 Críticas às tradições jusfilosóficas 63
2.3.1.2.3 A distinção normoteorética em Dworkin: Padrões rígidos? 65
2.3.1.3 A Integridade no Direito Tributário: Pressupostos 69
2.3.2 A abordagem de Alexy 71
2.3.2.1 A máxima da proporcionalidade 84
2.3.2.2 A defesa de Alexy da proposta do modelo de regras e princípios 85
2.3.2.3 Objeções à teoria dos princípios 90
2.3.2.4 A teoria dos princípios e a teoria dos valores: compatibilidade? 96
2.3.2.5 Objeções à teoria dos valores 98

3 A DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS 104
3.1 A doutrina constitucional brasileira: As contribuições de Thomas Bustamante 110
3.2 A doutrina constitucional brasileira: Humberto Ávila 124
3.3 A doutrina constitucional brasileira: propostas alternativas 149
3.3.1 Princípios e Regras como tipos ideais: uma proposta baseada na teoria sistêmica 150
3.3.2 Princípios e Regras: uma visão franciscana 154
3.4 Conclusões gerais a respeito do marco teórico 167

4 A DOUTRINA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS 171

4.1 A doutrina tributária moderna: Princípios como mandamentos nucleares do sistema e as limitações constitucionais ao poder de tributar 176

4.1.1 Os princípios jurídicos na doutrina de Paulo de Barros Carvalho 177

4.1.2 Os princípios jurídicos na doutrina de Misabel de Abreu Machado Derzi 187

4.1.3. Os princípios jurídicos na doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho 204

4.1.4. Os princípios jurídicos na doutrina de Hugo de Brito Machado 207

4.2 Princípios como mandamentos nucleares do sistema, a adesão a pressupostos contemporâneos e a rejeição da ideia de princípios exclusiva ou preponderantemente como limitações constitucionais ao poder de tributar 212

4.2.1Os princípios jurídicos na doutrina de Ricardo Lobo Torres 213

4.2.2Os princípios jurídicos na doutrina de Marco Aurélio Greco 218

4.3 A distinção contemporânea na doutrina tributária: Humberto Ávila 229

4.4 Conclusões Parciais 240

5 INTEGRIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO 244

5.1 O conceito de princípios na doutrina tributária nacional e as questões interpretativas ... 249

5.1.1 Argumentos de princípio no Direito Tributário: limites e possibilidades 260

5.1.2 A superabilidade das normas jurídicas no Direito Tributário 266

5.1.3 Direitos e deveres na legislação explícita: clareza e precisão? 271

5.2 De volta à questão dos princípios como Direitos Fundamentais 276

5.2.1 O aspecto subjetivo dos direitos fundamentais 277

5.2.2 A face política dos princípios: o aspecto objetivo dos direitos fundamentais 283

5.2.3 Objeções à compreensão dos princípios tributários como direitos fundamentais 291

5.3 A integridade no Direito 295

5.3.1 A construção narrativa do Direito: o romance e a integridade 300

5.3.2 A integridade no Direito Tributário: o problema da previsibilidade 301

5.4 Considerações finais: um breve resumo dos pontos abordados 304

6 CONCLUSÃO 307

REFERÊNCIAS 311

1 INTRODUÇÃO

É comum a doutrina, em todos os setores da investigação do direito, asseverar a existência de "princípios jurídicos", especialmente em contraponto às chamadas regras jurídicas. Embora haja uma repercussão significativa, através da publicação de diversos artigos, sobre os princípios jurídicos, a distinção entre espécies normativas, princípios e regras, ainda não é pacífica nos debates doutrinários e jurisprudenciais, gerando vasta literatura.

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, "o debate atual sobre a 'teoria dos princípios' e a distinção das espécies normativas (...) devem ser atribuídos a Ronald Dworkin" (2007, p. 37). Segundo ele, desde a edição do texto "O modelo de regras I" houve verdadeira ruptura do arcabouço jurídico positivista, descortinando uma perspectiva de uma hermenêutica crítica e pós-positivista.

Humberto Ávila ressalta que os estudos de direito público lograram significativos avanços em relação à interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desse modo, havendo uma preponderância e euforia acerca dos princípios jurídicos como normas a serem interpretadas e aplicadas, o autor sugere a necessidade de compreender o que são afinal essas entidades normativas. Destaca ainda o autor que a doutrina constitucional tem se referido ao Estado Constitucional contemporâneo como Estado Principiológico (ÁVILA, 2012, p. 27).

Como se pode notar, ambos os autores relevam que a teoria dos princípios parece ser um avanço no modelo hermenêutico, superando uma visão menos estreita do que seria a aplicação do direito, própria do positivismo jurídico.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que se tem um amplo debate sobre a existência de diferentes espécies normativas e suas principais distinções, parece, em uma primeira constatação, que há, na doutrina, uma profusão de conceitos e classificações sobre regras e princípios, que os emprega de forma assistemática e não científica.

Diversos autores (por ex. GALUPPO, 2002; BUSTAMANTE, 2006; CRUZ, 2007; ÁVILA, 2012) percebem duas situações que nos levarão ao problema que guiará essa pesquisa. Em primeiro lugar, a distinção adotada entre princípios e regras não é clara dentro dos debates estabelecidos na doutrina e, muitas vezes, há o uso impróprio das distinções teóricas já elaboradas, em um sincretismo perigoso e não sistematizado de forma adequada.

Isso leva a alguns equívocos, tais como a exaltação exagerada da importância dos princípios apequenando as funções das regras. Além disso, a correlação feita entre princípios

e valores leva à ideia que o aplicador das normas poderá utilizar-se de apreciações subjetivas, o que tornaria a investigação judicial incontrolável (ÁVILA, 2012, p.27-28).

Como se vê, trata-se de uma hipótese sobre o comportamento da doutrina jurídica nacional, sendo necessária uma investigação mais apurada sobre esse comportamento.

Ao realizar um estudo sintético da distinção normoteorética[1] entre regras e princípios, Cruz justifica seus esforços uma vez que o modo de operar do Direito no Brasil está ligado fortemente à forma convencionalista de operação do direito, conclamando a todos a levar a sério a questão da superação dos parâmetros hermenêuticos fortemente marcados pelo positivismo. Consta, também, na doutrina, uma profusão de conceitos e classificações sobre regras e princípios, que muitas vezes são operados de forma sincrética, permitindo qualquer solução jurídica sem o menor controle intersubjetivo. (CRUZ, 2007, p. 38).

No mesmo sentido se justifica Humberto Ávila (2012, p. 28), ao introduzir o seu livro *Teoria dos Princípios*, defendendo que é necessário compreender a distinção entre princípios e regras especialmente pelo relevo que vem ganhando nos debates doutrinários e jurisprudenciais (ÁVILA, 2012, p. 28).

Por fim, destaca-se Bustamante, reconhecendo, também, a importância desse tipo de estudo, ressaltando o sucesso da teoria alexyana em solo nacional e como a ideia de que normas constitucionais podem ser classificadas como princípios ou regras ganhou força desde as Universidades ao Supremo Tribunal Federal, força essa poucas vezes vivenciada por qualquer concepção jurídico-normativa (BUSTAMANTE, 2008, p. 77).

Como se pode ver pelos exemplos citados, é reconhecida a importância da distinção entre regras e princípios da construção doutrinária e jurisprudencial, especialmente nos dias atuais. Ocorre que nenhum estudo sistematizado de análise da doutrina jurídica tributária brasileira foi realizado até o momento, sendo de importância significativa, tendo que no Direito Tributário a perspectiva da rigidez conceitual ainda predomina.

Na dogmática tributária tal pesquisa se torna relevante especialmente por três questões:

> a) há no Direito Tributário uma forte vinculação ao *"princípio da legalidade"*, que exige uma estrita observância à lei formal, ou seja, àquilo que a Doutrina classificaria dentro do conceito de regra;

[1] O termo "nomoteorética" é utilizado por Cruz (2007) para se referir à teoria da norma. Esse, também, é o sentido que o tradutor de Alexy empregou no trecho: "Uma crítica "normoteorética" radical nos faria crer que princípios não existem de modo algum; ao contrário, apenas as normas existem, embora normas que são usadas de diferentes formas"(ALEXY, 2005, 162). O termo será aqui adotado neste sentido, embora reconheça-se que o termo não está dicionarizado.

b) em consequência, há forte apego ao "princípio da conceituação determinante", ou "tipicidade", compreensão desenvolvida sob forte influência positivista e sob o paradigma da filosofia da consciência, o que inclui suas dificuldades ao elaborar uma hermenêutica alienada da história e do mundo da vida; e

c), por fim, embora seja uma doutrina fortemente influenciada por essa epistemologia, costuma manejar um vasto conjunto de princípios como limitações constitucionais ao poder de tributar.

Essa dogmática tributária é construída em uma sociedade cada vez mais complexa, onde a precisão linguística fica cada vez mais difícil, proliferam os *hard cases* especialmente envolvendo temáticas tributárias e arrojados negócios jurídicos, que emergem nessa sociedade cada vez mais dinâmica.

Assim, o estudo da teoria dos princípios e a maneira como a doutrina tributária a desenvolve (e se desenvolve) para elaboração de respostas corretas aos conflitos sociais nos permitirá uma melhor compreensão do estágio atual do conhecimento jurídico tributário dentro de um paradigma de Estado Democrático de Direito.

O problema que se pretende responder nesta pesquisa refere-se, portanto, ao significado que é dado aos princípios jurídicos tributários e ao modo pelo qual ele é operado pela doutrina desse ramo do direito. Trata-se de expor qual a relação desse significado com a proposta de distinção entre espécies normativas fornecidas pelas Teorias de Direito contemporânea, em especial a de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

É preciso discutir, e se propõe isso, se as tentativas operadas de se estabelecer distinções entre regras e princípios encontram limitações ou fundamento cientifico e racional. Assim, chega-se ao problema central: afinal, o que são princípios tributários? Em que eles se diferem das regras (e se diferem) e como eles são aplicados?

A distinção entre regras e princípios é defendida como uma alternativa ao positivismo, e, em razão disso, apresenta um modelo interpretativo de operacionalização do Direito. Assim, é preciso discutir aqui se é possível construir um modelo interpretativo de aplicação e operacionalização do Direito Tributário que permita avançar além do positivismo.

Outras perguntas serão respondidas no decorrer do texto, consideradas subperguntas, tendo sido as questões acima decompostas em diversas outras interrogações mais específicas: a doutrina tributária faz uma distinção relevante entre as espécies normativas ou as utilizam de maneira arbitrária? É possível estabelecer entre os doutrinadores brasileiros a influência ou a adesão a uma determinada corrente da teoria dos princípios? Há a criação de uma distinção singular entre as espécies? E por fim, compreendem que há um debate sobre essas distinções,

são claros em se posicionarem a favor de uma ou de outra solução teórica? Como isso influi na forma como propõem a solução de conflitos?

Portanto, o objetivo geral dessa pesquisa é verificar como a doutrina tributária brasileira se coloca (ou é colocada) dentro dos diversos paradigmas relativos à teoria dos princípios, aferindo como ela distingue as espécies normativas e qual o cabedal teórico utilizado para essa distinção, e se a distinção elaborada também é coerentemente aplicada na solução de casos concretos em outras obras do mesmo doutrinador.

Não se trata de julgar o conteúdo da doutrina em si, a partir das soluções encontradas, mas de perceber dentro dos argumentos e textos como se colocam ou se filiam acerca da teoria dos princípios.

Para isso, a pesquisa concentrou-se, principalmente, na descrição e crítica da maneira como a doutrina tributária nacional trabalha o conceito de princípio e a distinção normoteorética entre princípios e regras. Ao final será proposto um conceito de princípios tributários e um modo de operá-lo.

Assim, em um primeiro momento exploraram-se as teorias dos princípios já elaboradas, tanto na teoria do direito internacional quanto a nacional. O resultado dessa exploração foi exposto nos capítulo 2 e 3.

No capítulo 2 dedicou-se a expor a emergência dos princípios no cenário jurídico e os principais paradigmas que guiaram a abordagem do tema pela Teoria do Direito. Deu-se especial atenção às teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy, bem como às críticas a eles formuladas. Optou-se por seguir com a ideia do direito como integridade como marco teórico desta tese. Como se pretende demonstrar, é a concepção de direito que permite avançar para além do positivismo, sem recair nos mesmos problemas positivistas dos quais se pretende fugir, tal como perceberá a respeito da distinção normoteorética desenvolvida na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

No capítulo 3, avança-se sobre a distinção normoteorética desenvolvida pela doutrina nacional. Basicamente se aprofunda em quatro autores que se preocuparam em discutir essas distinções de maneira original: Thomas da Rosa Bustamante, Humberto Ávila, Marcelo Neves e Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

Uma vez reconstruído o arcabouço teórico desenvolvido pela Teoria do Direito, focando-se em algumas das mais significativas contribuições realizadas, passa-se, no capítulo 4, a apresentar a análise que se fez das produções doutrinárias tributárias mais relevantes dentro do contexto da dogmática brasileira. Assim, tentou-se compreender qual o sentido que

a doutrina dá aos princípios, como esse sentido é alocado nas distinções entre espécies normativas já estudadas, e como isso influi no modo de aplicar e operar o direito.

Dividiu-se esse capítulo em três grandes blocos analíticos:

a) os princípios sendo encarados como mandamentos nucleares do sistema e como limitações constitucionais ao poder de tributar;

b) os princípios sendo encarados como mandamentos nucleares do sistema, mas com a doutrina aderindo a pressupostos contemporâneos de maneira a rejeitar a ideia de princípios como exclusivamente limitações constitucionais ao poder de tributar; e

c) os princípios tributários conforme a distinção de Humberto Ávila, sendo esse autor especialmente relevante, pois, trata-se de um autor da doutrina tributária que desenvolveu uma teoria original a respeito da distinção entre princípios e regras.

Uma vez realizada essa exposição, passa-se para o último capítulo desta tese, o capítulo 5, onde se discute o significado dos princípios tributários para a doutrina brasileira e se pretende apresentar uma proposta de concepção do direito tributário baseado na integridade, projeto desenvolvido por Dworkin, com algumas complementações de outros autores.

Como é de se esperar, não serão analisadas 100% das obras tributárias brasileiras, mas apenas uma amostragem significativa e controlada daquelas que são consideradas relevantes e conhecidas dentro do Direito Tributário nacional. É fácil notar que a metodologia aplicada foi a análise do discurso pela pesquisa documental e bibliográfica disponível nas bibliotecas brasileiras.

Ao longo desta tese empreendeu-se o esforço de fazer uma análise da doutrina tributária e da aplicação que essa faz da teoria dos princípios. Considera-se que a doutrina é extremamente relevante na construção e na interpretação do Direito, uma vez que fornece material para a operacionalização da interpretação construtivista. Estudar as transformações estruturais do Direito Tributário a partir da doutrina nacional e verificar como sua aplicação irá definir o paradigma jurídico hegemônico permite analisar como é vista teoricamente o papel do Estado-juiz na aplicação do direito, e como essas interações ocorrem no espaço público e em relação aos direitos e garantias dos contribuintes.

Ao analisar esses aspectos, poder-se-á comparar entre o caminho que se seguiu e o caminho que se deseja seguir na implementação de uma sociedade democrática e estável.

2 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: DISTINÇÕES E APLICAÇÕES

Inicia-se aqui a parte geral deste trabalho, onde serão abordadas as teorias dos princípios jurídicos. Trata-se de estabelecer as premissas da pesquisa e as teorias que foram consideradas na pesquisa da doutrina tributária nacional. Com isso, busca-se percorrer o pano de fundo da problemática e familiarizar com as principais questões que estão envolvidas no debate. Nesse primeiro momento, faz-se uma abordagem do contexto histórico geral sobre a distinção entre princípios e regras.

Os debates doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos dão forte relevo aos chamados "princípios jurídicos", como já se afirmou, asseverando a sua existência como norma, utilizando-os para solucionar conflitos[2]. A sua aplicação, especialmente pelos tribunais, deve ser corretamente compreendida, de um lado pelo ponto de vista técnico do operador jurídico, por outro, para revelar o fundamento ético do direito moderno[3].

É corrente a doutrina atribuir a emergência do Estado Moderno ao modelo econômico capitalista burguês[4], sendo que, no Direito, tal movimento se expressa pela preponderância do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado de Direito[5]. É inegável que no contexto iluminista, o positivismo fundamentou a consolidação do Estado de Direito[6], também, denominado de Estado da Constituição. Embora possa a Constituição ser considerada uma aquisição evolutiva[7] ao longo da história, sendo necessário reconhecer seu inegável papel na garantia dos direitos humanos e na limitação do poder político, está em curso uma profunda revisão doutrinária que tem sido conduzida para dar conta da estrutura de

---

[2] Cf. "O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno". (GALLUPO, 2002, p. 169); "Hoje, a principiologia jurídica desponta como a grande esperança de resposta às angústias do positivismo puro, sem que se corra o risco de desprezar as exigências de segurança, pouco cuidadas pelas tendências da interpretação batizada como livre ou crítica. (SILVA, 2002, p.5). Ver, também: ÁVILA, 2012, p. 27; CRUZ, 2007, p. 269; BUSTAMANTE, 2006, p. 77, entre outros.

[3] Ver nota anterior de GALLUPO, 2002, p. 169.

[4] Para uma síntese bem estruturada sobre essa vinculação ver GRAU, 2012, p. 16-29 e BRESSER-PEREIRA, 2010.

[5] Ver em GRAU, 2012, p. 29-46. Ver, também, CRUZ, 2004, p. 56 e ss. Ainda: "O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais". (BARCELOS; BARROSO, 2010, p. 277).

[6] Sobre a emergência do Estado de Direito, é preciso retornar ao pensamento de Locke e de Hobbes. Quanto à relação entre iluminismo, positivismo e o Estado de Direito, ver CRUZ, 2007, p. 272-273.

[7] A ideia de Constituição como aquisição evolutiva é apropriada da teoria de Niklas Luhmann (1996; 2004, p. 76-142; 230-274). Nesse mesmo sentido, a ideia foi apropriada por DERZI, 2009, p. 39 e por CARVALHO NETTO, 2012, p. 22; 35-36.

uma sociedade mais plural e complexa nas denominadas sociedades pós-industriais (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 34; MENDES; RIBEIRO, 2013, p. 522-523).

Em um primeiro momento o Estado de Direito se limitou ao Estado da legalidade, ou seja, aquele Estado mínimo, restrito ao policiamento que pudesse assegurar o respeito ao livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedando-se a organização corporativo-coletiva, sendo o ordenamento jurídico composto de regras gerais e abstratas, especialmente negativas, consagrando o que se convencionou chamar de direitos de 1ª geração, ou direitos individuais (CARVALHO NETO, 2004)[8].

Tratava-se de uma ordem jurídica eminentemente liberal, em que o "direito seria um produto de decisões deliberadas e intencionais" (DWORKIN, 2010a, p. XII), as quais seriam tomadas por representantes "da melhor sociedade", os quais planejavam modificar a comunidade por meio da obediência geral às regras criadas por suas decisões (DWORKIN, 2010a, p. XII).

Para justificar essa concepção iluminista de um Direito racional e harmonioso, era necessário pressupor que as pessoas que ocupavam os cargos públicos, especialmente na qualidade de legisladores e burocratas, possuíam as habilitações, os conhecimentos e as virtudes suficientes para tomarem decisões eficientes, e que pudessem dar ao intérprete segurança, cobrindo todas as relações humanas, sem nada ter escapado do debate entre os legisladores (DWORKIN, 2010a, p.XII; CRUZ, 2007, p. 272-273). A divisão dos poderes e a consideração do legislativo como manifestação da vontade geral, características próprias do Estado Liberal, seriam suficientes para a promoção de um direito bom. A ideia da boa lei, predominante nessa concepção, estaria ligada ao paradigma da filosofia da consciência, com fortes características ontológicas (CRUZ, 2007, p. 273-274; OLIVEIRA, 2010, p. 32-45).

Antes de seguir na análise da hermenêutica própria desse período, é preciso reconhecer avanços do positivismo em relação ao modelo medieval anterior. Compreende-se,

[8] "(...) o paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da "melhor sociedade" autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras anteriormente referidas e, assim, garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, uma ordem jurídica liberal clássica. É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera "*bouche de la loi*". (CARVALHO NETTO, 2004, p. 25-44; p.33-34).

aqui, como positivismo, não só as correntes filosóficas que combatem o jusnaturalismo[9], mas principalmente as correntes que se colocam em oposição ao moralismo jurídico, rejeitando não só o jusnaturalismo, mas, também, a vinculação do Direito a outros fenômenos e sistemas normativos (DIMOULIS, 2006)[10].

Na Idade Média a ciência jurídica, ou o que se pode chamar de doutrina, era o próprio direito, possuindo, ambas, funções prescritivas (TORRES, 2011, p. 97)[11]. Além disso, o antigo regime, com seus feudos e várias instâncias normativas, possuía uma pluralidade de ordenações (CRUZ, 2007, p. 272-273; TORRES, 2011, p. 96-97; CAENEGEM, 1999, p. 23-32)). A confusão entre normas religiosas, econômicas, morais, não permitia o reconhecimento de direitos individuais e limitações aos poderes econômicos, políticos e religiosos.

É em Descartes, no século XVI, que a investigação nas ciências sociais passa a adquirir racionalidade e certeza, até então restritas às ciências exatas, afastando influências religiosas e morais, buscando analisar o fenômeno social à luz estritamente da racionalidade (CUNHA, 2012, p. 4-9; OLIVEIRA, 2010, p.17).

Mendes e Ribeiro (2013, p. 519) afirmam que a busca produtiva, embora inocente, pela neutralidade do conhecimento científico, permitiu a emergência da ideia de Ciência do Direito tal como concebida hoje, com função construtivo-descritiva de seu objeto. Segundo eles, tal perspectiva floresceu especialmente após as contribuições ofertadas pelo Normativismo Lógico de Kelsen[12], que parte da escola positivista e da crítica do conhecimento jurídico formulada por Kant[13] para desenvolver sua teoria do Direito, voltada especialmente contra o sincretismo dos métodos sociológico e jurídico, sendo marcada pela

---

[9] Cruz e Duarte criticam a oposição genérica entre positivismo e jusnaturalismo por dois motivos: (a) por um lado, há pouquíssimos autores que possam ser alocados na corrente jusnaturalista; e (b) o jusnaturalismo guardaria notáveis semelhanças com o Positivismo como a percepção dual entre ser e dever ser, o que o fazem terem pressupostos metafisicos insuperáveis. (2013,p. 59-60).

[10] Sobre as diferentes concepções de positivismo ver, além de Dimoulis (006), Bobbio (2006) e Cruz e Duarte (2013). Observa-se que adotando esse conceito, inclusive Dworkin e Alexy podem ser considerados positivistas, uma vez que não defendem a desdiferenciação sistêmica. Assim, o conceito ainda é muito abrangente, mas reflete a principal contribuição que o positivismo trouxe para a relação entre os susbsistemas sociais da época, e é o argumento aqui defendido. Quando se pensa no positivismo como um modelo contraposto à jusfilosofia do período medieval, devem-se destacar as seguintes características: (a) abordagem do direito como fato, e não como valor; (b) coação como elemento da norma jurídica; (c) a lei emanada do poder legislativo como fonte predominante do direito; (d) a norma como um comando imperativo; (e) o direito como um ordenamento de normas, devendo ser analisado de forma coerente e como se fosse completo; (f) defesa de uma interpretação jurídica mecanisista, pela subsunção; e (g) a lei como algo a ser obedencido, independente do seu conteúdo ético. (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

[11] Na Idade Média "a ciência jurídica (...) se identificava com o próprio direito, o 'direito comum', pela *interpretatio*" (TORRES, 2011, p. 97).

[12] Ver, também, CARVALHO NETTO (2012, p. 23): "A Filosofia do Direito inicia então uma trajetória de redução à Teoria Geral do Direito, uma disciplina técnica da formação especificamente jurídica, que, por sua vez, encontrará seu ponto máximo de inflexão tendencial na Teoria Pura de Hans Kelsen".

[13]Kant "revolucionou a filosofia então vigente para colocar a racionalidade individual humana como o ponto central da filosofia, separando, ainda, o Direito da Moral". (OLIVEIRA, 2010, p. 16).

busca de uma Ciência do Direito autônoma e depurada[14]. Embora com premissas distintas[15], Hans Kelsen, Max Weber e Niklas Luhmann, propuseram uma metodologia autônoma para o estudo e a compreensão do Direito, permitindo estabelecer um modo de pensar próprio do Direito em comparação a outros ramos do conhecimento, como a moral, a economia, a sociologia etc.

Nesse primeiro passo do paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a atividade hermenêutica do juiz era vista como uma atividade mecânica, em que a norma confundia-se com o próprio texto, os quais deveriam ser claros e distintos, buscando-se fugir de toda e qualquer ambiguidade ou obscuridade. Ao juiz era reservado o papel de mera *´bouche de la loi´*" (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33-34; CRUZ, 2007, p. 272-273)[16].

A concepção do direito era voltada para operações meramente legalistas, destituindo-se de reflexões sobre o caso, apegando-se a uma legalidade estrita, de tradição jurídica romano-germânica de observância dos "ditames" da lei, e da procura pela vontade do legislador (CRUZ, 2007, p. 272-274; OLIVEIRA, p. 14-18).

A busca das teorias positivistas pela estabilização das expectativas faz com que nesse período prepondere o modo de pensar por conceitos determinantes e pela operação jurídica da subsunção dos fatos às normas (CARVALHO NETTO, 2012, p.46; MENDES; RIBEIRO, 2013, p. 524). O esforço hermenêutico se dava somente dentro dos limites sintáticos e

---

[14] Nesse sentido Kelsen afirma que a "dogmática jurídica é restrita ao mundo do dever ser e o seu fim é a compreensão das normas" (KELSEN, 1974, p. 40).

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

[16] "As teorias de Savigny e Jhering figuram em nossa exposição como características do primeiro aspecto da reação contra o jusracionalismo, a saber, o esforço de elaboração da ciência do direito – ou do Direito Positivo como ciência autônoma. O segundo aspecto, ou a quase redução da atividade do jurista à análise técnica dos textos de origem legislativa, melhor se exprime na Escola da Exegese, nascida na França entre os cultores do Direito Civil, após o Código de Napoleão, de 1804". (MACHADO, 1995, 129-130). Esse destaque é importante, para evitar confusão com o positivismo que será defendido por Kelsen ou Hart. É muito comum transportar as características da Escola da Exegese para o conjunto do positivismo, como parece ter ocorrido no caso das criticas originalmente realizadas por Dworkin à Hart (DWORKIN, 2010, p. 23 e segs). Trivisonno parece concordar com essa conclusão pelas críticas que tece às características que Dworkin atribui ao positivismo de Hart, ao argumentar que "a regra de reconhecimento de Hart não exclui do direito qualquer padrão normativo (ou regra na nomenclatura de Hart) em virtude de seu tipo lógico, mas na verdade, apenas em virtude de sua fonte (TRIVISONNO, 2013, p. 189). Acrescenta que as críticas de Kelsen aos princípios se dirigiam aos princípios no sentido dado por Esser, ou seja, um preceito não jurídico, e "na verdade o que ele está criticando é a inclusão, no direito, de padrões oriundos da moral. Normas que possuem as propriedades lógicas atribuídas por Dworkin aos princípios, ou sejam princípios no sentido lógico de Dworkin, não estão excluídas do sistema normativo em Kelsen, mas, ao contrário, fazem parte dele, desde que produzidas em conformidade com uma norma superior e por uma autoridade determinada por essa norma superior, ou seja, por uma autoridade competente" (op. cit. p. 198). O próprio reconhecimento da discricionariedade por Kelsen e Hart separariam os dois autores dessa perspectiva positivista exegética, já que nesse caso, reconheceriam que o juiz não poderia ser a mera boca da lei, faltando aos dois autores uma teoria da aplicação do direito que pudesse resolver ou minimizar o problema da discricionariedade (op. cit., 209).

semânticos dos textos jurídicos, seguindo a proposta de Savigny em relação aos métodos de dedução e de subsunção (CRUZ, 2007, p. 272).

O constitucionalismo do século XIX, especialmente influenciado pelas tradições revolucionárias francesas com forte desconfiança ao conservador poder judiciário, absorvia os princípios como expressão de cunho político do legislador, sendo destacado o caráter mais político do que jurídico das Constituições, tal como a "Declaração Universal dos Direitos do homem e do cidadão". A perspectiva jurídica do texto constitucional é uma contribuição muito peculiar do constitucionalismo americano, especialmente desde Madison v. Marbury (1803) (CRUZ, 2007, 272-273).

Essa descrição reflete um primeiro estágio do que se pode chamar de positivismo, ligado mais à escola da exegese do direito[17], caracterizado pela:

a) sobrevalorização do direito positivo;

b) pela busca da intenção do legislador na interpretação das leis;

c) pela proclamação da "onipotência jurídica" do legislador, residindo no Estado a fonte única do direito; e

d) a consideração do método por excelência do estudo e do ensino jurídico o dedutivo ou dogmático (MACHADO, 1995, p. 131-132).

Mas logo se percebeu que o "soberano não pode, por certo, antecipar todas as contingências através de algum sistema de ordens; algumas de suas ordens são inevitavelmente vagas ou pouco claras" (DWORKIN, 2010a. p. 29).

O reconhecimento do caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso do direito, ou seja, o reconhecimento da tessitura aberta dos textos legais e constitucionais, tornou inviável a pretensão de regulação de todas as condutas possíveis por meio de regras abstratas (CARVALHO NETTO, 2012, p. 45-48).

Para lidar com essas indeterminações, antinomias e anomias, já que era impossível *a priori* a norma se adequar a todos os casos concretos, a teoria do Direito, leia-se os principais expoentes do positivismo, teve de admitir o emprego subsidiário de analogias, costumes, e princípios gerais do Direito (CARVALHO NETTO, 2012, p. 48-51; DWORKIN, 2010a, 27-35; CRUZ, 2007, p. 274-275).

O ordenamento jurídico brasileiro traz um bom exemplo dessa influência através da Lei de Introdução ao Código Civil[18], que admitiria a tese da discricionariedade, em que o juiz

[17] Ver observação feita na nota de rodapé n. 16.
[18] Atualmente nomeada de "Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro" com Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

deveria optar por uma das possíveis respostas corretas apresentadas pelas partes para solução do conflito, inicialmente difundida por Kelsen[19] (1979, p. 467[20]) e,também, admitida por Austin e Hart (DWORKIN, 2010a, p.48-51; TRIVISONNO, 2013, p. 199-200[21]).

O paradigma liberal clássico, caracterizado por ignorar ou no máximo vislumbrar um papel secundário aos princípios jurídicos, começa a dar espaço a uma nova concepção dentro da teoria do direito (CRUZ, 2007, p. 271-272). Diante da insustentabilidade do sistema de regras, pela subsunção integral e clara dos fatos à norma, positivistas e jusnaturalistas passam a reconhecer e admitir a força jurídica dos princípios.

Antes de seguir na análise, duas observações devem ser realizadas.

Em primeiro lugar, paralelamente à preponderância da concepção de um sistema de regras, já havia o reconhecimento da importância dos princípios. Gallupo (2002, 170), citando Kant, afirma que "é um antigo desejo (...) poder talvez encontrar, em vez da variedade sem fim das leis civis, seus princípios; pois só aí está, como se diz, o segredo de simplificar a legislação". Embora a validade e a função dos princípios já fossem reconhecidas universalmente pela doutrina jurídica, o papel dos princípios na Teoria do Direito passou a ser controverso com o período das codificações, no século XIX. Dois fatos históricos colocam em questão o debate sobre a normatividade dos princípios:

a) primeiro os códigos passaram a assumi-los ou a recusá-los como fonte ou meio de integração; e

b) o Tribunal Internacional Permanente de Haia assume-os como fonte de suas decisões, afirmando que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas constituiriam direito positivo a ser aplicado por aquele tribunal (GALLUPO, 2002, p. 169-171).

---

[19] "A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correcta (ajustada) e que a justeza (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um acto intelectual de classificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correcta (justa) no sentido do direito positivo". (KELSEN,1979, p. 467). Ver, também: "A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa" (KELSEN, 1998, p. 394).

[20] Ver, também, CARVALHO NETTO, 2012, p. 48; CRUZ, 2007, p. 272.

[21] "A textura aberta (ou generalidade) é, pois, tanto para Hart quanto para Kelsen a principal causa do poder discricionário. A natureza da linguagem (jurídica) torna impossível que uma norma preveja todos os detalhes de um comportamento, deixando, portanto, sempre ao aplicador uma margem para decidir. Mas deve ser enfatizado que o poder discricionário não significa, para ambos, que a decisão possa ser arbitrária: a indeterminação é relativa e o juiz deve apresentar razões para a decisão" (TRIVISONNO, 2013, p. 2000).

Como já se pontuou acima, tanto positivistas quanto os adeptos do jusnaturalismo acabaram por reconhecer e se posicionar a favor da juridicidade dos princípios, sendo o pós-guerra solo fértil para o nascimento da teoria dos princípios. A partir de então, os princípios não são somente aceitos, mas ganham uma posição de primazia dentro do ordenamento.

Em segundo lugar, é preciso destacar que a absorção da pauta da força jurídica dos princípios não foi realizada de maneira incontroversa, sendo possível admitir variações dentro das teorias que emergiram no debate. Eis apontamento elucidativo de Gallupo sobre a construção dos princípios jurídicos nos seus primórdios:

> A primeira teoria é aquela que identifica os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Desde o início do século, autores como Del Vechio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operados pela Ciência do Direito. Del Vechio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos por intermédio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vechio, 1948:51), ou seja, pela indução podemos partir de regras que regulam situações especificas e inferir daí princípios superiores a essas regras, que passam a poder ser aplicados dedutivamente. Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são, tão somente, "normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais". (GALUPPO, 2002, p. 170).

Isto posto, para dar conta das formas como a normatividade dos princípios foi absorvida pela Teoria do Direito, adotou-se neste trabalho a distinção proposta por CRUZ. O autor propõe três modelos de paradigma jurídico em relação à distinção normoteorética entre princípios e regras: o paradigma clássico, moderno e contemporâneo[22].

[22] "Desse modo, percebemos, mesmo com o risco inerente de reducionismo a qualquer classificação, que o estudo da principiologia jurídica assume três paradigmas distintos: o clássico, o moderno e o contemporâneo. (p. 38). Também importante destacar as considerações de Grau (2012, p. 74) acerca de qualquer classificação: "As classificações, como observa Carrió, não são verdadeiras nem falsas, mas simplesmente, úteis ou inúteis. Suas vantagens ou desvantagens estão sujeitas ao interesse que orienta quem as formula e a sua fecundidade para representar um campo de ocnhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis". A classificação como clássica, moderna e contemporânea parece mais útil e mais abrangente para os propósitos do trabalho que será desenvolvido. Observa-se, contudo, que ela não é arbitrária ou totalmente inovadora. Em sentido muito similar, Ávila (2012, p. 91-98) classifica as teorias dos princípios entre a distinção fraca e a distinção forte. As primeiras referem-se ao paradigma moderno, e levam em conta que princípios e regras possuem as mesmas propriedades, distinguindo-se em relação ao grau, seja de determinação ou axiológico. As segundas referem-se ao paradigma contemporâneo e voltam-se para as teorias elaboradas por Dworkin e Alexy. Marcelo Neves (2013, p. XV-XXVI) adota a classificação de modelos clássicos e modelos dominantes na contemporaneidade, correspondendo aos paradigmas modernos e contemporâneos. E por fim, vale destacar que GALLUPO (2012, p. 169 e segs) aponta que a principal discussão acerca dos princípios jurídicos durante os primeiros 60 anos do século XX era sua normatividade, ou seja, seu caráter jurídico. Juspositivistas e jusnaturalistas reconheceram sua força vinculante, portanto, sua juridicidade, sendo essa a posição dominante na Teoria do Direito. Assim, agrupa as teorias que reconhecem a normatividade dos princípios em três grupos. A primeira teoria é aquela que identifica os princípios como normas gerais ou generalíssimas de um sistema (2012, p.170), o que corresponde ao modelo clássico. O segundo grupo de teóricos, representado sobretudo por Alexy, é aquele que entende que os princípios não se aplicam integral e plenamente a qualquer situação (2012, p. 173), abarcando parte do paradigma contemporâneo. E por fim, um terceiro grupo de teóricos que criticam Alexy. São Autores ligados à Ética do Discurso, e defendem princípios

2.1 A abordagem clássica: uma análise geral

É no paradigma clássico[23] que se inserem as características acima abordadas, especialmente em relação à forma como se idealizou o direito, sendo caracterizado principalmente pela hegemonia do sistema de regras. Não há uma preocupação em teorizar ou definir princípios, sendo-os recebidos e encarados somente como elementos extrassistêmicos, próprios da moral, da religião, da ciência e da filosofia.

Entre os autores positivistas que adotaram uma postura que possa ser classificada como clássica, destaca-se Bentham, que combateu o *common law*[24].

Para o pensador inglês, o direito não escrito não gerava segurança para os direitos individuais, ou pelo menos, gerava uma segurança inferior àquela que poderia ser obtida pela lei. Também defende que o *common law* violava o pressuposto fundamental do direito liberal, qual seja, a irretroatividade do direito, na medida em que o juiz tinha o poder de criar uma norma jurídica com eficácia retroativa quando não haviam precedentes a lhe orientar na decisão do caso (BENTHAM, 1828, p. 391-392).

As críticas em suma se dão à discricionariedade que o juiz possuía e à falta de controle da produção do direito pela população. A solução seria, portanto, a redação de códigos e leis confiadas ao parlamento, órgão representativo da vontade do povo. Bentham exigia que as leis e os códigos atendessem aos seguintes requisitos:

a) utilidade, que significa que os códigos devem promover felicidade para o maior número de pessoas;

b) cognoscibilidade, indicando que as leis devem ser claras e precisas;

c) justificabilidade, devendo a lei ser acompanhada de uma exposição de motivos; e

d) completitude, que significa que a lei e os códigos não devem apresentar lacunas (BENTHAM, 1828, p. 333-335).

---

como normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Representam esse grupo, Habermas com base em Dworkin, e Klaus Günther. (2012, p. 179). Esse grupo não será abordado nesta tese pois a teoria do direito desenvolvida no Brasil apropiou-se principalmente da dicotomia realizada por Dworkin e Alexy, e deles formularam variações. Embora Habermas e Günther tenham impactado a academia jurídica nacional, as contribuições deles sobre essa dicotomia não foram tão influentes quanto a dos dois autores supramencionados. Assim, o reconhecimento de um período clássico, outro moderno reconhecendo a juridicidade dos princípios e do período contemporâneo inaugurado por Dworkin é aceito com tranquilidade pela doutrina jurídica nacional.

[23] Em relação ao paradigma clássico, pode-se notar que geralmente ele é representado pelos autores da filosofia do Estado ou pela Teoria do Estado. Não está vinculado somente a autores que defendem a autonomia da ciência jurídica tal como Hans Kelsen ou Hart, mas possui sua fundamentação principalmente em teóricos como Hobbes, Locke, Montesquieu.

[24] Ver, também, a análise de Bentham em Bobbio (2006, p. 96-100). Através da análise de Bobbio é que se seguiu a leitura das partes relevantes do original em francês indicado por ele como referência.

Esse último requisito é relevante para indicar a ideia básica do paradigma clássico. Segundo Bentham, "quer dizer que ele [o código] deve ser completo, ou empregando outras palavras, abarcar todas as obrigações legais a que os cidadãos devem ser submetidos" (1828, 334, tradução nossa[25]). E especificando que o direito não deve ser composto de nada mais do que de regras, afirma: "redação completa: eis a primeira regra. Tudo que não estiver dentro do corpo da lei, não é lei. Não é necessário de referir-se nem ao uso da lei estrangeira, nem ao pretenso direito das gentes" (1828, p. 337, tradução nossa[26])

Ele está ciente de que o legislador não poderá prever todos os casos, saturando as previsões individuais, mas ao menos pode assegurar um grupo de delitos num livro, sendo que um bom legislador não esperará o mal acontecer, mas adiantar-se-á prevendo pelos menos os casos que as circunstâncias lhe permitem prever. (1828, p. 338-339). Destaca-se a crença no bom legislador, já abordada acima.

Nota-se que mesmo o pensamento positivista desse período, e aqui trouxe-se Bentham como um exemplo, dentre vários possíveis do pensamento clássico, reconhecia a existência das lacunas, mas acreditava na possibilidade de, com o tempo, o "bom legislador" ir superando-as. É possível até admitir que em casos específicos o juiz acabe por tomar decisões arbitrárias e utilizar-se de padrões extrassistêmicos, mas isso seria antijurídico ou não recomendado.

Essa perspectiva ressoou no direito brasileiro, e, ainda, encontra-se marginalmente expressa nos livros dogmáticos nacionais. Veja, por exemplo, Sacha Calmon, que afirma que ao lado das normas, encontram-se conceitos, definições, atribuições e princípios (1982, p. 50)[27]. Já se reconhece, nesse período, que os princípios compõem o ordenamento, mas o fazem não como normas jurídicas, mas sim como entes paralelos. Vê-se uma transição do paradigma clássico e suas influentes concepções para o que será abordado a seguir como paradigma moderno.

Embora haja uma forte emergência da defesa principiológica do direito, na doutrina nacional, os modos de operar e raciocinar o direito, ainda se encontram bastante marcados pela perspectiva ontológica e clássica do pensamento filosófico, como se fosse possível encontrar a essência natural das coisas.

---

[25] (...) c'est-à-dire quíl doit être complet, ou em d'autres termes, embrasser toutes les obligations légales auxquelles le citoyen doit être soumis.

[26] Rédaction complete, voilà done la première règle. Tout ce qui n'est pas dans le corps de loi ne será pás loi. Il ne faut rien référer à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens.

[27] O autor, posteriormente, em outros textos, especialmente no seu Curso de Direito Tributário Brasileiro, altera essa perspectiva, e passa a encarar princípios como normas que traduzem projeções de direitos fundamentais (COÊLHO, 2014, p. 162). Mas, mantém a mesma escrita nas reedições seguintes do seu livro Teoria Geral do Tributo. Para isso ver COÊLHO, 2003.

Segundo CRUZ, o paradigma clássico "só ganha alguma relevância se considerarmos que a maior parte do ensino jurídico e o modo de produção do Direito no Brasil ainda é preponderantemente positivista" (CRUZ, op. cit., 272). Nesse sentido, interessa para esta tese, só essa breve abordagem do período.

Isso se traduz na ideia de que no positivismo, ou no modo de raciocinar positivista, não há a distinção entre o texto e a norma jurídica, sendo, esse raciocínio, incapaz de vislumbrar a indissociação do texto com o seu contexto de aplicação (CRUZ, 2004, p. 96)[28].

Além disso, é preciso reforçar que isso se traduz, também, na incompreensão das teorias dos princípios, que acabam sendo apropriadas de maneira equivocada e arbitrária. Mas é de se ressaltar que o próprio positivismo é muito pouco estudado e compreendido, sendo, muitas vezes, associado unicamente à perspectiva da Escola da Exegese ou misturando pressupostos de escolas positivistas divergentes, como se fossem a mesma coisa[29].

Importante destacar esse ponto, pois, embora a doutrina tributária trate de listar diversos princípios jurídicos em sua análise, é preciso verificar que tipo de operação se utiliza na solução dos casos concretos e verificar como a doutrina os maneja. Nesse ponto, necessário, portanto, destacar esse viés da evolução da Teoria do Direito.

O paradigma moderno é caracterizado pela aceitação da juridicidade dos princípios jurídicos e os coloca em "posição de destaque no ordenamento jurídico em função de sua abstração, generalidade, abertura textual". Para esse paradigma os princípios se tornam fundamento axiológico do Direito. Esse paradigma será estudado com maior vagar no tópico a seguir, especialmente dedicado a tecer considerações sobre a forma como os princípios são incorporados por diversos doutrinadores, estrangeiros e nacionais, sem, obviamente, a pretensão de esgotar o assunto (CRUZ, 2012, p. 271-273).

O terceiro paradigma seria o paradigma contemporâneo, englobando as correntes que "se esforçam por reafirmar sua distinção para com as regras a partir dos ganhos do giro lingüístico, no sentido de construção de bases pós-positivistas para o Direito" (CRUZ, 2012, 271).

[28] "Não percebe o caráter meramente alográfico do texto da norma, vez que o mesmo somente se completa pela fusão de horizontes que se produz entre o texto e o intérprete" (CRUZ, 2004, p. 96).

[29] Já destacou-se, na nota de rodapé n. 16, que as críticas realizadas ao positivismo geralmente são direcionadas à sua perspectiva exegética, como se o positivismo se resumisse a ela. O positivismo tem outras escolas, para isso ver Bobbio (2006) e Dimoulis (2006).

Serão estudados, principalmente, os "modelos ainda dominantes de divisão entre princípios e regras constitucionais"[30], ou seja, a abordagem integrativa de Ronald Dworkin e a abordagem conflitiva de Robert Alexy.

Com o paradigma moderno inicia-se uma superação da concepção de aplicação da lei como um silogismo lógico dedutivo, superação que parece ser definitiva, porém ainda não acabada. A seguir serão enfrentados de forma mais completa os paradigmas moderno e contemporâneo, bem como as críticas realizadas a cada um deles. Como já se registrou, o paradigma clássico interessa somente como valor histórico e ponto de partida.

2.2 As abordagens modernas

Se no paradigma clássico os princípios jurídicos são ignorados, ou no máximo são admitidos por sua força extrassistêmica, como fonte de argumento discricionário do magistrado, no paradigma moderno, os princípios jurídicos ganham importante relevo na fundamentação jurídica e têm reconhecida sua juridicidade, especialmente os chamados princípios gerais do direito (CRUZ, 2007, p. 271).

O que se denomina aqui de paradigma moderno da distinção normoteorética entre princípios e regras é referido por vários autores como distinção fraca ou débil entre princípios e regras (ALEXY, 2012; FIGUEROA, 1998; NEVES, 2013).

A principal característica comum entre aqueles que adotam essa distinção está na consideração de que as distinções entre princípios e regras não são qualitativas, e sim de grau:

> Tradicionalmente, os critérios seguidos para justificar a distinção entre princípios e regras tem sido, entre outros, a generalidade, a indeterminação (elasticidade, indefinição, vagueza), a fundamentalidade, a alta hierarquia, o caráter correcional em relação às normas do sistema, a vinculação à "ideia de direito", o explícito conteúdo valorativo, a ubiquidade ou validade geral, a dificuldade da compreensão segura de seu significado, etc. (FIGUEROA, 1998, p. 132, tradução nossa[31]).

Como se pode perceber, nesse paradigma é possível identificar vários critérios para se distinguir o que seja regra ou princípio, mas tudo gira em torno da distinção de graus: mais

[30] Cf. terminologia adotada por Neves, 2013, p. 43.

[31] Tradicionalmente, los critérios seguidos para justificar la distinción de los princípios respecto de las reglas han sido, entre otros, la generalidad, la indeterminación (elasticidad, indefinición, vaguedad), la fundamentalidad, la alta jerarquía, el carácter reformulatorio respecto de normas del sistema, la vinculación a la "idea del derecho", lo explícito de su contenido valorativo, la ubicuidad o la validez general, la dificultad de su conocimiento seguro, etc.

geral ou menos geral; mais fundamental ou menos fundamental; hierarquicamente superior ou inferior; mais indefinido ou menos indefinido etc. Segundo Cruz,

> Em suas variantes, os princípios assumem a condição metanormativa por meio da percepção de algumas características que os definiriam: desse modo, uns optam pelo fato que os princípios exprimiriam os valores retores do ordenamento jurídico; outros veem seu traço distintivo no seu maior grau de abstração; outros derivam seu raciocínio em torno do que entendem ser uma maior indeterminação da sua tipicidade (*fatie specie*). **No entanto, seja qual for a tese, todos passam a sustentar um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico, chegando alguns a entender haver uma hierarquia entre eles e as regras no qual os princípios estariam em posição privilegiada.** (CRUZ, 2007, p. 275-276). (negrito nosso)

Com o declínio da perspectiva do direito voltado para um modo de operar legalista, especialmente forjado na tradição do direito romano-germânico baseada na observância do escrito na lei, ou pela busca da vontade do legislador, declínio especialmente verificado na crise do Estado Liberal e no pós-guerra da década de 40 e seguintes do século XX, abre-se espaço para um novo constitucionalismo, reconhecendo a impossibilidade da produção de uma legislação completa e perfeita (CRUZ, 2007, p. 274).

Reconhecer os princípios gerais do direito, tal como os costumes, como fonte foi uma alternativa para contornar o problema da incompletude do direito, especialmente reconhecendo-lhe posição privilegiada dentro do sistema jurídico.

A emergência dos princípios como padrões normativos juridicamente vinculantes foi realizada pela sua contraposição com as regras, utilizando-se de diversos critérios. Por isso, ao invés de centralizar o debate em torno das contribuições de alguns autores em específico, focar-se-á nos critérios de distinção, pois englobam critérios comuns entre diversos argumentos. Além disso, permite estabelecer um referencial teórico analítico mais amplo, o que é mais útil para os propósitos desta tese.

Portanto, serão analisados dois critérios de distinção de princípios e regras dentro deste paradigma, ressaltando que eles de alguma maneira se interrelacionam, especialmente por levarem em conta como critério distintivo a ideia de maior generalidade daqueles:

a) o grau de fundamentalidade, especialmente a referência a fins e valores; e

b) o grau de imprecisão e discricionariedade.

2.2.1 O grau de fundamentalidade

Muitos juristas afirmam que a grande diferença entre princípios e regras está na consideração de que os primeiros são normas mais gerais ou abstratas do que as segundas[32].

O critério de generalidade engloba várias perspectivas, como a ideia de abstração, imprecisão ou amplitude das relações a serem abrangidas, mas principalmente pela ideia de que os princípios, por serem mais gerais, são normas fundamentais do sistema.

Apoiado em Guastini, Figueroa (1998, p.133-134) aponta três possíveis sentidos para a fundamentalidade referida às normas:

> a) uma norma é fundamento de outra quando a primeira engloba a segunda, que aparece como especificação, como consequência lógica da primeira;
>
> b) uma norma é fundamento de outra quando prescreve algum estado de coisas a que esta contribui ordenando os meios idôneos para tal fim; e
>
> c) uma norma é fundamento de outra quando esta emana de um órgão habilitado pela primeira, que é uma norma de competência. Para ele somente os dois primeiros sentidos podem ser vinculados à noção de princípios que aqui se aborda.

Analisando o primeiro sentido, o autor espanhol afirma que esse corresponde ao argumento tradicional da visão positivista dos princípios gerais do direito, entendidos como reconstruções da dogmática a partir dos materiais normativos dos códigos, ou consideram os princípios como normas positivadas mais gerais e de maior hierarquia no sistema jurídico, tal como as Constituições. Nesse sentido, princípios são caracterizados como enunciados que reformulam certas normas positivas, um feixe delas, não inovando o ordenamento jurídico, mas o sistematizando, associando-se principalmente à ideia de generalidade.

Também, ainda analisando o primeiro sentido, pode-se argumentar que os princípios são normas que fundamentam as outras, pois constituem justificação moral destas outras. Afasta-se da concepção de que o direito se separa da moral, e diferencia princípio e regras pelo conteúdo material regulado, atribuindo-se aos princípios a vinculação à ideia de justiça.

Analisando o segundo sentido apresentado pelo autor, o critério de fundamentalidade estaria associado à ideia de que os princípios são diretivas, ou normas programáticas que estabelecem certas metas, devendo as regras serem instrumentos ou meios de sua satisfação.

---

[32] Ver citação transcrita na pag. 7 (GALUPPO, 2002, p. 170).

Tais concepções ecoaram fortemente na doutrina jurídica, tanto internacional quanto nacional. As contribuições de Canaris (2002) são bem ilustrativas dessa concepção ao destacar a ligação dos princípios com os valores, e entendê-los como normas que dariam fundamento ao ordenamento. Eis:

> Com a caracterização do sistema como ordem teleológica ainda não foi, contudo, dada resposta à segunda pergunta essencial: a dos elementos constitutivos nos quais se tornem perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica. No entanto, ficou já esclarecido que se deve tratar de valores, ainda que isso não possa constituir a resposta final, pois se mantém a questão mais vasta de que valores se trata: todos ou apenas alguns? (...) Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas "decisões de conflitos" e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão "orgânica" e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à caracterização de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais. (CANARIS, 2002, p. 76-78).

Os princípios, portanto, fariam uma intermediação entre o sistema axiológico com o sistema deontológico, concretizando os valores através das regras. Essa, também, é a perspectiva de Karl Larenz ao conceber os princípios como uma etapa entre as normas jurídicas e os valores. Segundo Cruz, nesta perspectiva "os valores seriam concepções de justiça dominantes na sociedade – *ethos* jurídico dominante – e que guiam a atividade hermenêutica" (Cruz, 2007, p.278).

A doutrina nacional recepcionou essa perspectiva. Miguel Reale, por exemplo, afirma que os princípios, de um modo geral são "verdades fundantes de um sistema de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional" (REALE, 2002, p. 303).

Nesse sentido, os princípios gerais de direito, incluídos no grupo de princípios monovalentes, servindo somente à ciência jurídica, são "enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas" (REALE, 2002, p. 304). São bases teóricas ou razões lógicas do ordenamento jurídico, que recebe dos princípios seu sentido ético, sua medida racional e sua força vital. (REALE, 2002, p. 317).

Os princípios teriam, portanto, três funções:

a) função de integração, no caso de lacunas;

b) função de aplicação do direito, como se fonte principal fosse;

c) função norteadora, como orientação ao legislador (REALE, 2002, p. 304; 314-317).

Embora a maioria dos princípios não sejam positivados e sim extraídos dos contextos doutrinários específicos, o legislador pode, ciente da importância daquele princípio, o positivar, dando-lhe força de lei, e muitas vezes o operacionalizando tal como uma regra, especialmente no plano constitucional. Um bom exemplo seria o princípio da irretroatividade da lei (REALE, 2002, p. 304-305). Mais uma vez, vê-se uma confusão entre princípio como norma e princípio como um elemento extrassistêmico a ser considerado pelo Direito: "enquanto são princípios eles são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *jus* prévio e exterior à *lex*". (REALE, 2002, p. 305).

Ora, mas se o princípio é eficaz, no sentido normativo, não deveria ser cogente, independente de ter sido ou não veiculado na forma de lei? De todo modo, para Reale, princípios condicionam ou fundam a experiência jurídica, podendo ter origem em questões éticas, políticas, econômicas etc, embora não se possa confundir com os preceitos dessas ordens.

Seria, portanto, um elemento que liga a ordem jurídica a outras ordens sociais (subsistemas), dando-se por razões éticas ou de Direito Natural, por exemplo. São esquemas que, uma vez inseridos na ordem jurídica, passam a serem operacionalizadas da mesma forma que os demais elementos jurídicos, ou seja, adquirem força normativa.

No campo da análise da doutrina tributária, destacam-se as contribuições em especial de Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba.

Em relação a Bandeira de Mello, é célebre sua afirmação de que

> princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 1981, p. 230).

O intérprete, só através dos princípios, poderia compreender o sistema jurídico como unitário e coerente, sendo a violação aos princípios considerada muito mais grave do que a violação às regras, pois neste caso estaria se violando todo o ordenamento e não somente um *mero* comando normativo (CRUZ, 2007, p. 277).

Geraldo Ataliba é enfático ao argumentar que é necessário compreender o princípio republicano no Estado Brasileiro, pois tal deve ser considerado como básico e fundamental de todo o sistema jurídico brasileiro (ATALIBA, 1985, p.1). Nota-se da análise do que seja república, como princípio, o conceito deste padrão normativo:

> Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a ideia de República domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos e recônditos meandros. (ATALIBA, 1985, p. 5).

O autor brasileiro defende que o sistema jurídico só pode ser considerado como sistema se possuir como característica a harmonia interna que "se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, assentam em outros princípios mais importantes" (ATALIBA, 1985, p.5-6).

É da ideia de hierarquia normativa que decorre a ideia de que princípios maiores fixam diretrizes gerais do sistema, subordinando outros princípios, e, por sua vez, outras normas e assim por diante (ATALIBA, 1985, p. 6). Os princípios, portanto, devem ser prestigiados até as suas últimas consequências, eis porque "são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo" (ATALIBA, 1985, p. 6).

O autor, apoiando se em Gordillo, refere-se às regras como *meras normas*, atribuindo aos princípios maior rigidez, já que estes determinariam de forma integral qual deve ser a substância do ato pelo qual se o executa. Se a regra é um limite, o princípio seria o limite e o conteúdo. (ATALIBA, 1985, p. 8).

A solução dos conflitos entre regras e princípios, portanto, sempre deveria pender aos princípios, já que estes não poderiam ser contrariados ou esvaziados por força de *simples regra*.

Tal abordagem está ligada, provavelmente, a uma defesa política de valores considerados essenciais pelo autor a seu tempo. Nesse sentido, não se pode afastar a historicidade em que a distinção entre princípios e regras são trabalhadas no direito brasileiro, especialmente orientadas contra o autoritarismo e na defesa de valores considerados essenciais pela dogmática constitucional nacional.

Essas preocupações irão refletir na construção doutrinária do pós Constituição de 1988. Barroso chega a afirma que "em um País marcado pelo golpismo desde os primórdios

da República, a Constituição foi capaz de absorver, sem traumas na legalidade, conflitos eleitorais e políticos em que, em outros tempos, teriam trazidos abalos e rupturas" (2001, p.306).

Tal estabilidade teria sido possível, segundo Bustamante, devido à forte influência da perspectiva do critério da fundamentalidade na doutrina constitucional brasileira que irá repercutir nas obras interpretativas da Carta de 88, reconhecendo méritos a esse critério na sedimentação da ordem constitucional brasileira:

> Não se deve menosprezar, porém, a importância que as teorias em questão tiveram para o Direito Constitucional brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. A doutrina em comento foi uma relevante arma para a sedimentação da eficácia de certas disposições constitucionais de conteúdo político-dirigente, as quais muitas vezes eram negligenciadas com fundamento na tradicional doutrina das "normas programáticas" e de sua ausência de aplicabilidade ou de eficácia jurídica. Muitas normas constitucionais que instituíam fins a serem atingidos deixaram, graças em parte a essas teorias, de ser meras fórmulas vazias para se tornarem prescrições com força obrigatória. O que antes não possuía nenhuma força jurídica passou a ser o que há de mais importante para a aplicação do Direito. A consumação, ainda que incompleta, da efetividade dos princípios constitucionais foi, em certa medida, impulsionada por esta doutrina. Sem o reconhecimento do status de "norma de importância fundamental" para certos preceitos constitucionais que "irradiam seus efeitos" sobre os demais, talvez a Constituição de 1988 não tivesse logrado o sucesso político institucional que alcançou. (BUSTAMANTE, 2005, p. 186).

Essa parece ter sido, também, a influência da dogmática e do constitucionalismo mundial ao defender os princípios em sua perspectiva jurídica: uma resposta ao positivismo legalista que dava ensejo a ações autoritárias seja pela aplicação crua do texto legal, ou pelo exercício da discricionariedade do magistrado.

Ainda devem ser destacadas as contribuições do jurista português Gomes Canotilho, que tanto influenciou o constitucionalismo brasileiro. O autor adota como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida pelo alemão Alexy, e sua dicotomia entre princípios e regras. Ao tentar estabelecer critérios gerais e abstratos para os pesos dos princípios, seguindo a linha de que princípios possuem pesos abstratos, ainda que provisórios, conforme defendido por Alexy em sua fórmula peso[33], acaba reforçando as características do paradigma moderno.

Aponta o autor português para os seguintes critérios de distinção entre regras e princípios:

---

[33] A perspectiva alexyana e suas inconsistências serão abordadas no tópico 2.3.2 *A abordagem de Alexy* e seguintes.

> a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
> b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
> c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
> d) "Proximidade" da idéia de direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes; (...) as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a "ratio" de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética fundamentante. (CANOTILHO, 1991, p.172-173).

É bem clara a adesão do autor ao critério aqui debatido, sendo que através dele é possível perceber o Estado Constitucional como um sistema misto de regras e princípios possibilitando a garantia da segurança jurídica sem a necessidade de se exaurir a produção legislativa. Canotilho classifica-os princípios nas seguintes categorias:

> *a) Princípios jurídicos fundamentais:* os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (...) os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos 'casos limites' (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e Ditadura). (...) eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.
> *b) Princípios políticos constitucionalmente conformadores:* são os princípios constitucionais que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Neles condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Os princípios políticos constitucionais são o cerne político de uma constituição política. (...) situam-se aí, os princípios definidores da forma de Estado. (...) os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, rectrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocadamente conformadores.
> *c) Princípios constitucionais impositivos:* aqui, subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por "preceitos definidores dos fins do Estado", "princípios directivos fundamentais" (...). Como exemplo de princípios constitucionais impositivos podem apontar-se o princípio da independência nacional (...). Traçam, sobretudo para o legislador, linhas rectrizes da sua actividade política e legislativa.
> *d) Princípios-garantia:* visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se a título de exemplo, o princípio (...) do juiz natural (...), os princípios de non bis in idem e in dúbio pro reo. (...). Estes

> princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem "princípios em forma de norma jurídica" e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação. (CANOTILHO, 1991, p. 177-179).

Portanto, a Constituição, para o autor, seria formada por distintos graus de densidade semântica, permitindo-o diferenciar não só as regras dos princípios, mas classificá-los, sob um viés normativo, hierarquicamente, em princípios estruturantes, constitucionais gerais, constitucionais especiais ao lado das regras constitucionais. Há dois aspectos a serem destacados na teoria de Canotilho, tal como ensinado por Cruz: "não só se percebe haver uma hierarquia entre regras e princípios como também uma valoração possível entre as normas constitucionais principiológicas" (2013, p. 277).

Por fim, interessa aqui, ainda, apresentar as contribuições de José Afonso da Silva, enquadrando-o, também, dentro desta perspectiva do critério de distinção pela fundamentalidade do princípio em relação ao sistema jurídico, concepção que parece ser predominante, tanto na doutrina constitucional, quanto na doutrina tributária brasileira.

Silva (2008), reconhecendo que a palavra princípio é equívoca, trabalha com três conceitos de normas constitucionais:

a) normas constitucionais de princípios;

b) normas constitucionais de princípios gerais, denominadas, também, de normas-princípios; e

c) princípios gerais do direito constitucional.

Em relação às normas constitucionais de princípio, o autor confere ao vocábulo a acepção de começo ou início, isto é "são normas que contém o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária" (SILVA, 2008, p. 119). É o caso do art. 33, da CF/88, que estabelece que a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios, que indica uma legislação futura a complementar sua eficácia e lhe dar efetiva aplicação (SILVA, 2008, p. 121)

As normas constitucionais de princípios gerais ou normas-princípios são diferentes. Estas são normas fundamentais, já que as normas particulares são desdobramentos analíticos delas. Isso se dá, por exemplo, com o comando constitucional do *caput* do art. 1º, da CF, que determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Algumas normas constitucionais, embora não sejam

fundamentais do sistema, contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, tal como a isonomia, a irretroatividade etc.

As normas-princípios, ou as normas constitucionais de princípio, possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta, dessa forma, dependem de legislação ou de outra providência para serem aplicadas (também chamadas de normas programáticas). Ao contrário das normas constitucionais de princípios que possuem aplicabilidade imediata.

Totalmente diferente são os princípios gerais do direito constitucional, que em sua globalidade, formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional. Alguns destes têm aplicação muito peculiar ao momento histórico de um determinado povo, e podem ser até considerados fundamentais no sentido acima exposto em relação às normas-princípios a depender do contexto constitucional em estudo. O que diferencia os princípios gerais do direito constitucional das demais classificações é que esses princípios não constituem em si uma norma, mas são formulações indutivas de um conjunto de normas do sistema jurídico constitucional. (SILVA, 2008, p. 121).

Isto posto, fica clara a profusão de concepções e autores que distinguem princípios de regras principalmente por:

a) ou conferir aos primeiros o caráter de fundamentais para o sistema, sendo as regras desdobramentos deles; e

b) ou reconhecê-los como expressão jurídica dos valores de uma sociedade, admitindo ser possível extrair racionalmente o *ethos* jurídico de uma comunidade.

Entre todos os problemas que podem ser indicados nessa perspectiva, podem ser pontuados dois deles:

a) o caráter de fundamentalidade baseado no critério hierárquico, ou na importância dos princípios em relação às regras, em nada inova o sistema de regras, pois ainda assim a forma de solucionar os conflitos seria a subsunção, e a regra que estabelece que lei superior derroga lei inferior, seria suficiente para resolver as antinomias aparentes, não sendo nada útil a inserção do princípio como padrão normativo;

b) ainda haveria o problema de saber quando um valor deixa a esfera axiológica para a esfera deontológica. Novamente, o sistema de regras já teria encontrado a solução seja pela norma fundamental hipotética, do sistema kelseniano, seja pela regra de reconhecimento de Hart. Ora, mesmo o modelo clássico já poderia reconhecer a inserção dos valores dentro do direito pela simples conversão dos valores em regras. Não há acréscimos ou ganhos na distinção por esse prisma.

Mas há outra vertente dentro da distinção fraca, aquela que se utiliza do critério da imprecisão ou da discricionariedade para distinguir as normas jurídicas, que vale a pena ser analisado.

2.2.2 O grau de imprecisão e discricionariedade

Há um grupo de juristas que afirmam que a diferença entre princípios e regras está na constatação de que os primeiros seriam mais imprecisos ou, de outro lado, mais abertos à escolha de alternativas do que as segundas.

Essa perspectiva inverte a lógica anteriormente vista, daqueles que consideram os princípios como fundamentais ao sistema, pois atribuem a eles uma flexibilidade maior, logo, as regras passam a desempenhar um papel definidor do sistema.

O núcleo da distinção aqui dá-se pela constatação de uma dessas características:

a) os princípios seriam mais imprecisos; ou/e

b) mais abertos à discricionariedade, ainda que em sentido restrito[34], por parte do intérprete.

Mas não se deve confundir imprecisão com discricionariedade. Segundo Neves,

> A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar. (...) A discricionariedade em sentido estrito não deve ser confundida com a imprecisão semântica dos textos normativos e a incerteza denotativa em torno da norma a aplicar ao caso, mas sim com o oferecimento, a própria norma, de alternativas para o órgão encarregado da concretização. (NEVES, 2013, p. 14).

Nesse sentido, se o primeiro critério, o da imprecisão, é adotado, deve-se afirmar, então, que os princípios gerariam mais incerteza cognitiva a respeito da norma a ser aplicada. Porém, esse critério encontra fortes problemas, pois a imprecisão também pode estar naquilo que estruturalmente chamam-se regras. Segundo Figueroa,

> (...) as regras não poderiam escapar dos problemas derivados da vagueza: "a falta de certeza na zona marginal é o preço que se tem que pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação relativa a questões de fato". As regras, como os princípios, participam do problema da vagueza porque tem

[34] (…) pode-se, genericamente, distinguir duas formas típicas de discricionariedade (em sentido estrito e rigoroso): a referente ao exercício do ato quando a expedição deste fica a cargo de condições políticas ou de oportunidade e conveniência administrativa a serem avaliadas pelo órgão; a concernente ao conteúdo, quando, dada a incidência da norma, o órgão competente pode escolher uma das alternativas oferecidas nas dimensões material, pessoal, temporal ou territorial. Mas a opção entre as alternativas deixadas pela norma à discrição do órgão competente não se confunde com a imprecisão semântica sobre a norma a aplicar. (NEVES, 2013, p. 15).

> sua referência no mundo e por isso não se distinguem, assim a vagueza se refere, no máximo gradualmente. (FIGUEROA, 1998, p. 140, tradução nossa[35]).

Neves apresenta vários exemplos no direito pátrio que demonstram a imprecisão linguística presente no que se chama de regra, tal como o expresso no art. 94, II, do Código Penal, que se refere ao "bom comportamento público e privado" como requisito para a reabilitação. Por outro lado, também haveria princípios que possuem algum grau de precisão semântica, tal como princípio constitucional à livre iniciativa, que possuiria, segundo o autor, um grau maior de precisão do que a norma penal acima apresentada (2013, p. 15-21).

Não parece, portanto, que o critério de vagueza seja decisivo para se distinguir as espécies de normas, embora ainda seja possível observar que há uma tendência maior a imprecisão entre os princípios, sem que isso seja capaz de se tornar um elemento definidor do termo.

Resta analisar a questão da discricionariedade. Neves argumenta que "se essas observações valem para a imprecisão semântica, elas são ainda mais pertinentes a respeito da questão da discricionariedade em sentido estritamente técnico" (2013, p. 20). Embora essas questões não se confundam, já que pode haver precisão na norma que abre a alternativa da discrionariedade, Neves demonstra que as regras seriam o meio mais adequado para se veicular alternativas ao intérprete, mais adequado do que os princípios (2013, p 21).

Há várias regras que atribuem discricionariedade ao agente público, tal como aquelas apontadas no art. 48, inciso VIII, da CF, que prevê a concessão da anistia por lei, ou o art. 84, inciso I, da CF, que prevê a nomeação ou exoneração de ministros de Estado. Logo, não se torna um critério racional capaz de ensejar a distinção entre as espécies de normas.

2.2.3 As críticas à distinção fraca das normas

A distinção fraca tem suscitado importantes críticas contra a sua validez racional e sua utilidade. Focar-se-á, neste trabalho em duas principais críticas realizadas à ideia da vinculação dos princípios aos valores e à ideia de direito e justiça, e a generalidade dos princípios em relação às regras.

Segundo Cruz (2013, p. 276-277), a ideia de que os princípios vinculam-se a valores aborda critério insuficiente para se autorizar uma distinção racionalmente relevante. Isso

[35] (...) las reglas no podríam escapar de los problemas derivados de la vaguedad: "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de terminos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho". Las reglas, como lós princípios, participan del problema de la vaguedad porque tienen sua referente en el mundo y por ello no se distinguen, por lo que a la vaguedad se refiere, sino a lo sumo gradualmente.

porque, em primeiro lugar, como subsistema social, o Direito por óbvio reproduz valores sociais, sem, porém operar-se pela sua lógica, sob pena de se perder sua legitimidade. Por outro lado, é possível identificar em várias regras valores a elas subjacentes, tal como o valor à vida presente no art. 121 do Código Penal.

Ao vincular os princípios aos valores, os juristas acabam por não diferenciar a própria norma do valor a ela subjacente, de modo que a operação do código binário lícito/ilícito, que diferencia o direito de outros subsistemas, é substituída pela lógica da gradualidade própria dos valores.

Além disso, seria difícil em sociedades complexas e plurais como as sociedades contemporâneas, em especial as ocidentais, determinar qual o *ethos* jurídico dominante, que seria capaz de fornecer o norte para aplicação do Direito, sem o risco de se promover a hierarquização cultural.

O Direito, por meio das regras, acaba fazendo essa hierarquização, mas através de um procedimento democrático profundo, ainda que imperfeito, ao contrário do poder judiciário que acaba fazendo isso por meio do magistrado.

A ideia de generalidade incorre, também, em diversos erros. Neves aponta duas maneiras de se generalizar (2013, p. 22-23).

A primeira delas pelo raciocínio dedutivo, análogos aos axiomas ou postulados, considerando os princípios como normas evidentes da razão, mas sem comprovação empírica alguma.

A segunda maneira é pelo raciocínio indutivo, "no qual os princípios emergem da generalização ou abstração sistemática a partir das regras existentes" (NEVES, 2013, p.23). Essa segunda maneira remete a um dos conceitos de princípios como regras fundamentais do sistema, extraído da generalização de regras.

Porém, tanto Cruz (2007, p. 278-280) quanto Neves (2013, p. 23-25), argumentam que:

a) nem todos os princípios podem ser generalizados a partir de regras;

b) outros seriam tão generalizadores que englobariam todo o ordenamento jurídico, e não apenas um conjunto específico delas; e

c) algumas regras seriam muito mais gerais que os princípios, já que muitos deles são setoriais.

Gallupo, criticando o critério da generalidade, faz coro aos autores supramecionados, afirmando que:

> Por exemplo: o princípio federativo, adotado pela Constituição Brasileira, seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas? (...) Esse não pode ser, portanto, o critério adotado. Não se nega com isso que, na maioria das vezes, os princípios possuam maior grau de generalização. O que se quer dizer é que a generalidade não é uma causa, mas, quando muito, uma consequência do conceito de princípio, e não diferencia essencialmente, mas só geralmente as duas categorias. (Galuppo, 2002, p. 171).

É essa a mesma perspectiva de Neves, ao afirmar que

> Evidentemente, em comparação com as regras que neles se apoiam e lhe dão suporte prático, eles sempre serão mais gerais do que elas, mesmo que sejam setoriais, como no caso da relação entre a regra-garantia da inamovibilidade e o princípio da independência do juiz. Mas isso não infirma a tese principal: o critério do grau de generalidade (assim como o do grau de imprecisão) é insuficiente para a distinção entre princípios e regras constitucionais. (NEVES, 2013, p. 25-26).

Como se pode notar, os critérios de distinção das teses fracas, teses aliadas ao que se convencionou chamar de paradigma moderno da distinção normoteorética, referem-se a uma distinção de grau entre regras e princípios, não havendo entre esses tipos de normas qualquer distinção qualitativa suficiente para pensá-los como espécies estrutural ou logicamente diferentes. Tal empreendimento será realizado pelos autores do paradigma contemporâneo, os modelos atualmente mais usuais.

2.3 As abordagens contemporâneas

A doutrina nacional, como se viu acima, repercutiu de maneira acentuada as distinções fracas entre princípios e regras, especialmente destacando aqueles critérios que reforçam a importância dos princípios para o sistema jurídico, perspectiva aliada fortemente ao constitucionalismo do Estado Social (BUSTAMANTE, 2005, p. 185).

Porém, detecta-se nos últimos anos, no Brasil, uma tendência de abandonar essas concepções jurídicas, que segundo Cruz, acabaram esbarrando "nas limitações da filosofia da consciência e nas insuficiências de uma hermenêutica, alienada da história efetual e do mundo da vida" (2007, p. 289).

Para Ávila (2012, p. 27), a distinção entre princípios e regras promovida pela abordagem moderna permitiu dar prioridade a qualidades meramente contingentes, entendendo-as como necessárias, exaltando os princípios em detrimento das regras. Além disso, ao reconhecer maior importância aos princípios, e ligá-los à ideia de valor, acabam por

abrir espaço para apreciações subjetivas do aplicador, o que os torna intersubjetivamente incontroláveis.

As abordagens contemporâneas, ou as abordagens dominantes na literatura constitucional atual, se caracterizam pelo esforço em reafirmar a distinção entre regras e princípios a partir dos ganhos do giro linguístico, no sentido de construção de bases do que se poderia chamar de pós-positivismo jurídico (CRUZ, 2007, p. 271).

Bustamante (2005, p. 185-186), aderindo explicitamente às abordagens contemporâneas, ressalta que os "critérios funcionais, que possam gerar, de algum modo, consequências práticas para o operador" possuem mais relevância metodológica para a ciência do direito, do que as contribuições advindas das distinções frágeis baseadas na gradualidade das normas. Contudo, o autor reconhece a importância que as contribuições modernas trouxeram para o constitucionalismo nacional, especialmente do ponto de vista de reafirmar a importância dos direitos assegurados na carta constitucional.

Assim, a distinção forte, ou qualitativa, entre princípios e regras, seria um esforço teórico para buscar uma resposta mais elaborada à teoria positivista da interpretação, a qual acabava por igualar a função legislativa à função judiciária, especialmente em relação aos *hard cases* (CARVALHO NETTO; SCOTTI, p. 54-55). A permissão que o positivismo dava ao juiz para decidir discricionariamente sobre um caso sem aparente solução legislativa colocava em risco a própria diferenciação do sistema jurídico em relação a outros sistemas sociais (DWORKIN, 2010a, p. 50-63; CAVALHO NETTO; SCOTTI, p. 45-55; e NEVES, p. 43-51).

O final da década de 60 representou uma grande transformação na teoria do direito e na filosofia política, especialmente a anglo-saxônica, mas tendo, também, repercussão nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica. A tese utilitarista e a separação entre moral e direito da tese positivista perderam força. As teorias da justiça ganharam novos contornos, influenciadas por Rawls e Nozick; no campo do Direito, é revolucionária a contribuição de Dworkin com sua teoria dos princípios (NEVES, p.43-44), descrita pelos seus textos O Modelo de Regra I e II, o primeiro originalmente publicado em 1967 pela *University of Chicago Law Review* (DWORKIN, 2010a).

No campo da filosofia política propriamente dita, Rawls, Dworkin e outros autores retomam o caráter moral das escolhas que as pessoas realizam, em contraponto à lógica utilitarista até então prevalecente.

A concepção liberal dos autores tenta ser cuidadosa quanto à neutralidade, falta de preconceitos ou cegueira do aplicador do direito, defendida pelos utilitaristas e encampada

pelos positivistas. Defendendo uma concepção não-consequencialista (deontológica), em que as qualidades intrínsecas da ação é que a tornam correta, jurídica e moralmente, em contraposição às concepções teleológicas, em que as qualidades das ações se julgam pela capacidade de produzir resultados previamente desejados, os não-positivistas contemporâneos buscam estancar a ideia de discricionariedade e reaproximar direito e moral.

Nesse sentido, as concepções contemporâneas de princípios e regras são também conhecidas por serem visões pós-positivistas – ou não-positivistas principialistas, conforme definição de Figueroa (1998) - com todas as dificuldades que essa classificação poderia gerar.

Em suma, pode-se classificar como pós-positivistas aqueles autores que apresentam-se como uma corrente crítica aos postulados centrais do positivismo jurídico, que assim podem ser resumidos:

a) separação sistêmica do direito da moral, não se permitindo recorrer à qualquer argumentação de cunho moral para decretar a força vinculante da norma jurídica, que deve ser moralmente neutra;

b) a assunção da existência das chamadas regras de reconhecimento para definir o que é ou não o direito;

c) a admissão da discricionariedade, ou seja, o reconhecimento de que o juiz, ao se deparar com um caso em que não há regras disponíveis ou há uma zona cinzenta sobre o exato alcance daquela regra, está autorizado a utilizar-se de seu juízo discricionário para dar uma resposta à questão que lhe foi submetida, em respeito ao princípio do *non liquet*.

Os pós-positivistas, ou os não-positivistas principialistas, não aceitam esses postulados, argumentando em suma que:

a) embora possam ser entendidos como conceitos distintos, moral e direito possuem forte interação e o direito deve recorrer à moral;

b) não há regra de reconhecimento capaz de definir o que é ou não o direito em todos os casos, sendo, portanto, inútil buscar o conteúdo dessa regra; e

c) o intérprete não pode criar direitos, devendo recorrer a outros padrões jurídicos, diferentes das regras, para solucionar os casos e aplicar o direito positivo.

Dentro deste paradigma, o contemporâneo, também conhecido como modelos fortes ou qualitativos de distinção entre princípios e regras, as principais concepções dominantes a serem estudadas são aquelas fornecidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Tais concepções buscam estabelecer distinções que apresentem princípios e regras como espécies diferentes do gênero norma; não reconhecem que elas possuam diferenças

meramente de graduação, mas diferenças ontológicas e funcionais qualitativamente determinantes.

A seguir, será abordado também como essas contribuições foram assimiladas pela doutrina brasileira e quais as contribuições que esta tem fornecido para o debate, dialogando, também, com o espanhol García Figueroa.

2.3.1 O ponto de partida oferecido por Ronald Dworkin

Ronald Dworkin foi responsável, com a publicação de "O Modelo de Regras", como já se ressaltou, pela reviravolta principiológica dentro da argumentação jurídica. A contribuição de Dworkin se dá principalmente na crítica elaborada ao positivismo e ao seu modelo de regras.

A questão mais importante, para este trabalho, debatida pelo autor norte-americano gira em torno do combate ao poder discricionário conferido aos juízes pelos positivistas, especialmente Hart e Austin[36], diante do reconhecimento da textura aberta das regras jurídicas e de seus limites imprecisos (DWORKIN, 2010a, p. 35).

Para ele, três preceitos chaves podem ser formulados acerca do positivismo (DWORKIN, 2010a, p. 27-29).

O primeiro desses preceitos responde à pergunta sobre o que é o Direito. O Direito para os positivistas seria o conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade a fim de determinar qual o comportamento será punido ou permitido pelo poder público. Distingue-se de outras regras não pelo seu conteúdo, mas pelo auxílio de testes que identificam seu *pedigree*, ou seja, a característica formal que torna aquela regra uma regra juridicamente válida.

Porém, embora o paradigma liberal tenha preconizado que o legislador seria capaz de prever por meio de uma regra jurídica todas as condutas de forma clara e completa, verificou-se logo que alguns casos não estavam cobertos pela norma. Assim, o segundo preceito positivista determinava que, se o caso não pode ser decidido pela "aplicação do direito", deve ser decidido por uma autoridade pública, como um juiz, o qual exercerá para tanto seu discernimento pessoal. Como se vê, o segundo preceito que pode ser atribuído aos positivistas

[36] Embora Dworkin não cite expressamente nos seus textos iniciais, acerca de seu modelo de regras, em relação a essa característica, também aderiu a essa perspectiva, como já se abordou, Kelsen, especialmente na edição revista da Teoria pura do Direito, de 1960, quando realizou o seu famoso giro decisionista.

se relaciona ao reconhecimento do poder discricionário, em sentido forte[37], da autoridade pública responsável para solucionar conflitos.

O terceiro preceito decorre dessas duas vigas fundamentais do edifício positivista e afirma que "obrigação jurídica" é a relação ou situação fática que se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ela promova um ato ou se abstenha dele. Se não existir essa regra jurídica, não há a obrigação jurídica, de modo que quando o juiz decide uma matéria controvertida, exerce sua discrição.

Ao exercer seu juízo de discricionariedade, o juiz cria uma regra para o caso, *ex post facto*, ou seja, de uma forma clara, o juiz possuiria, para os positivistas, a capacidade de criar o direito, quando não é possível utilizar as regras disponíveis para a solução do caso[38].

Assim, o objetivo de Dworkin é combater essa perspectiva positivista de que há somente as regras em sentido estrito, claramente delimitadas, e que o resto é decisão discricionária do juiz. Dworkin adota uma postura, como se pode perceber, em sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade (NEVES, 2013, p. 52).

Explica-se: para ele, o positivismo "é um modelo de e para um sistema de regras", sendo que haveria uma centralidade de uma única noção de teste fundamental para se definir o que é o direito, nos forçando "a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras" (DWORKIN, 2010a, p.36).

Como se pode perceber, a concepção de direito defendida pelos positivistas teria em seu núcleo central um sistema que reconheceria somente a regra jurídica, e não outros padrões de raciocínio, os quais operam de outra maneira, tal como princípios, políticas **ou outros tipos de padrões[39]** (DWORKIN, 2010a, p. 36).

A crítica principal aos positivistas e o que se pode entender como a principal contribuição de Dworkin é a afirmação de que o "sistema de regras", tal como concebido

---

[37] "É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei". (DWORKIN, 2010, p. 55).

[38] "Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Esse pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política (...). Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentação de política (policy), por outro" (DWORKIN, 2010, p. 129).

[39] O negrito nessa parte é proposital. Adiantando a temática que será tratada a seguir, observa-se que Dworkin, ao apresentar seu modo de distinção normoteórico, deixa em aberto a possibilidade de existir outros padrões além das regras, dos princípios e das políticas. A interpretação que se faz aqui parece ser corroborada por Neves (2013, p. 54, nota de rodapé 46). Mais à frente serão reforçados os argumentos de que Dworkin em momento algum disse haver somente dois padrões de decisão, os princípios e as regras. Adianta-se, defende-se que as críticas realizadas nesse rumo decorrem em grande medida de uma interpretação equivocada do argumento do autor.

pelos positivistas, é insuficiente para definir toda a extensão do que seria o Direito. Eis o argumento:

> Acabei de mencionar "princípios, políticas e outros tipos de padrões". Com muita frequência, utilizarei o termo "princípio" de uma maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que presente argumento nada vá depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2010a, p. 36).

Assim, as primeiras distinções que se podem pontuar entre regras, princípios e políticas (*policies*) são as seguintes:

a) regra jurídica seria a obrigação jurídica, tal como formatado pelos positivistas, ou seja, "dizer que alguém tem uma 'obrigação jurídica' é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa" (DWORKIN, 2010a, p. 28). A aplicação se daria por uma disjunção excludente do tipo "tudo ou nada", ou do tipo "ou uma, ou outra";

b) princípio jurídico seria um padrão (de comportamento) a ser observado por uma questão de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Nesse caso, não se busca a promoção de uma situação ideal do ponto de vista econômico, político ou social. O comportamento deve ser realizado não porque ele se enquadra na descrição de uma regra jurídica válida, que o exige, mas porque ele é o comportamento adequado por uma questão de justiça, equidade ou moralidade[40]. Os princípios, deve-se destacar, são trunfos individuais, referindo-se a direitos individuais, e não a interesses coletivos; e

c) política (*policies* ou diretrizes) é o padrão (de comportamento) adotado que visa atingir um objetivo relevante socialmente, seja ele econômico, social, ambiental etc. Ao contrários do princípios, destaca-se, as diretrizes referem-se a direitos coletivos, difusos, e não a direitos individuais. Por exemplo, pode-se pensar na criação pela Emenda Constitucional n. 73/2013, de mais quatro Tribunais Regionais Federais.

[40] A forma como Neves (2013, p. 54) toma o conceito de princípio parece clarear bem a distinção entre princípios e políticas. Afirma o autor que princípio em sentido estrito é princípio como exigência de moralidade.

> Trata-se de um padrão adotado que visa atingir um objetivo, e não um comportamento necessariamente adequado por uma questão de justiça, equidade ou moralidade.

Como se nota do trecho que foi colacionado acima, o principal objetivo da distinção entre regra, princípio e política, mais do que criar uma classificação taxativa entre espécies de comportamento, é afastar a perspectiva positivista de que só a regra tem conteúdo deontológico e suficiente para definir o que é o Direito de uma comunidade. Para Dworkin, o padrão de comportamento determinado pelos princípios também o tem e faz parte do Direito de uma comunidade, de modo que o juiz, ao aplicá-los, não está criando direito, mas o reconhecendo.

Ou seja, o fato em si de não haver uma descrição prévia do comportamento a ser realizado ou a ser proibido não torna aquela conduta facultativa ou permitida. É preciso, ainda, verificar se ela não fere qualquer princípio jurídico estabelecido por aquela comunidade. Admite-se, todavia, que as regras, do modo pensado pelos positivistas, fazem parte do direito, mas não só elas.

Uma segunda contribuição que se pode extrair do raciocínio de Dworkin refere-se ao papel da argumentação para fundamentar a solução de controvérsias ou aplicação do direito. Na perspectiva deontológica, própria do campo do Direito, a argumentação pode se dar de duas formas: a argumentação por meio de regras, ou seja, a subsunção dos fatos à norma; e a argumentação por meio de princípios, quando se verificar qual o comportamento adequado para se solucionar ou aplicar o direito de forma justa, equânime ou em respeito a algum tipo de moralidade (DWORKIN, 2010a, p.127-135)[41]. Dessa contribuição segue-se a diferença entre as regras e princípios em sua natureza lógica:

> Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (Dworkin, 2010a, p. 39).

Deve-se acrescentar que ao enunciado de uma regra incluem-se todas, pelo menos em tese, as suas exceções, o que Neves (2013, p. 53) chamada de disjunção includente. Nesse

[41] Os argumentos de política (policy) só poderiam fundamentar decisões políticas e devem ser dirigidos aos legisladores, por exemplo. Não podem fundamentar as decisões proferidas pelos juízes. Dworkin, embora defenda essa tese, reconhece que algumas vezes os juízes são expostos a casos que o direito posto, nem mesmo ampliado ou reinterpretado seja é suficiente para resolver o conflito: "Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema" (DWORKIN, 2010a, p. 128-129).

sentido, a regra seria tal como concebida pelos positivistas, tendo em vista que todas as suas exceções estariam previstas[42], podendo ser aplicadas de modo automático, ou pelo menos silogisticamente: verificada a ocorrência das condições expressas na regra, dar-se-ia a aplicação de sua consequência jurídica. Aqui o tratamento, como já mencionado, é binário entre validade e invalidade, na relação condicional "se-então".

Os princípios não seguem esse modo de raciocínio, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras. Não há consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Assim, os princípios de nosso ordenamento jurídico devem ser levados em conta, se eles forem relevantes, pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão que estivesse inclinada numa ou noutra direção. Os princípios, portanto, não descrevem direito e deveres *a priori*, mas os reconhecem no caso como padrões que devem ser adotados. (DWORKIN, 2010a, p.40-43)

Disso decorre outra distinção entre regras e princípios na concepção do autor norte-americano:

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (...).
> As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. (...). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (DWORKIN, 2010a, p. 42-43).

Daí é fácil reconhecer que, quando dois princípios se entrecruzam, ou estão em colisão, não significa dizer que um seja inválido e o outro válido. Podem ser simultaneamente válidos; o fato de serem opostos não faz de um mera exceção do outro. Como se percebe, diferentemente das regras, os princípios não estabelecem condições que tornem sua aplicação obrigatória, mas "ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda mais] não[43] necessita uma decisão particular" (DWORKIN, 2010a, p. 41).

---

[42] "(...) um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra" (DWORKIN, 2010, p. 40).

[43] Acatando observação feita por Neves (2013, p. 53, nota de rodapé n. 45) de que havia na edição brasileira falha na tradução, retornou-se ao texto em inglês original, quando se constatou que procedia a correção do jurista

Dworkin reconhece as dificuldades para diferenciar regras de princípios com base na forma pela qual são expressos. O texto pode não definir em si mesmo se o padrão é uma regra ou um princípio, o que por si só pode ser motivo de controvérsia (DWORKIN, 2010a, p.43-46). Ele dá como exemplo duas expressões:

(a) um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas; e

(b) um homem não pode beneficiar-se de seus atos ilícitos.

Embora as normas possuam formas similares de comando, para ele a primeira pode ser considerada como uma regra, enquanto a segunda um princípio. No primeiro caso seria uma regra, pois sua aplicação se dá no modo de "tudo ou nada". Não sendo assinado por pelo menos três testemunhas, o testamento é inválido. Já no segundo caso é preciso analisar o contexto dos fatos e verificar se não há outros princípios que possam preponderar na solução da controvérsia, tal como no caso da usucapião.

Nos casos em que há controvérsia sobre se o padrão é regra ou princípio, o intérprete que entender ser o padrão uma regra respeitará o modo de aplicação baseado no "tudo ou nada". De outro lado, o intérprete de um padrão como princípio, permitirá que outros princípios sejam possíveis de ser aplicados ao caso, sem invalidar o princípio afastado.

Para ilustrar o argumento acima apresentado da teoria dos princípios, Dworkin cita o caso da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos (2010a, p. 44), que proíbe o cerceamento da liberdade de expressão. Seria a primeira emenda um princípio ou uma regra? Para ele "os que afirmam que a primeira emenda é 'um absoluto' dizem que ela deve ser vista dessa maneira, isto é como uma regra" (2010a, p. 44). Por outro lado, para aqueles que argumentam que a primeira emenda anuncia um princípio, o cerceamento à liberdade de expressão "será inconstitucional a menos que seu contexto revele a existência de uma outra política ou princípio que, nas circunstâncias, tenha força suficiente para permitir esse cerceamento"[44] (2010a, p.44).

---

ao incluir a negação "não" contida no original: "rather, it states a reason that argues in one direction, **but does not** necessitate a particular decision". (Negrito nosso).

[44] O autor não expõe sua opinião sobre se considera a liberdade de expressão como princípio ou regra. Traz como exemplo o precedente do caso *Schenck vs. United States* (1917-1919), em que a Suprema Corte determinou que a liberdade de expressão e de imprensa podem ser limitadas quando estiverem presentes um claro e iminente perigo à comunidade (DWORKIN, 2010a, p. 44; ver, também, PADOVER, 1995, p. 331-333). No caso, *Schenck*, secretario do partido socialista, imprimiu certo material de natureza pacifista objetivando impedir o recrutamento e o alistamento militar. A Suprema Corte decidiu que o conteúdo daquele manifesto poderia ser restringido, pois o país estava em tempo de guerra. No precedente *New York Times Co. Vs. United States* (1971), a Corte afirmou que a censura tem uma forte presunção de inconstitucionalidade. O caso refere-se aos furtados papeis do processo de decisão na política do Vietnam, popularmente conhecido como Papéis do Pentágono. O *New York Times* e o *Washington Post* propuseram publicar o material, embora ele tenha sido classificado com restrições. Apesar das tentativas do governo federal de impedir a publicação do material, a Suprema Corte, por 6 a 3, reverteu decisões de cortes inferiores, e alegou que não foi possível encontrar

Transpondo esse argumento para o caso no Direito Tributário, poder-se-ia perguntar se a previsão constitucional da não-cumulatividade como característica dos impostos sobre o consumo seria uma regra ou um princípio. Baseado na distinção e nos argumentos acima apresentados, a não-cumulatividade, se interpretada como regra, deve ser aplicada no modelo de "tudo ou nada", de tal forma que as restrições legais à compensação na cadeia produtiva dos tributos seriam inválidas. Mas a doutrina tributária nacional a classifica como um princípio, de tal modo que a sua aplicabilidade poderia ficar restrita caso outros princípios, em um determinado contexto, fossem preponderantes para resolver a controvérsia. Essa questão será retomada em momento posterior neste trabalho, mas serve como exercício de aplicabilidade da teoria apresentada[45].

Nesses casos apresentados, tanto o exemplo de Dworkin quanto o do Direito Tributário Nacional, a diferença entre regra e princípio parece estar mais no âmbito argumentativo do que no âmbito estrutural da própria norma, ou na sua essência ontológica. Tanto é que o autor não se posiciona se a liberdade de expressão é regra ou princípio, mas simplesmente afirma que muitas vezes a forma padrão não deixa claro se a norma é regra e princípio e, em outras circunstâncias, a maneira como o padrão deve funcionar é em si mesmo o ponto da controvérsia.

Para o autor, embora não seja possível de ser verificada pela forma, é possível que a forma (entendendo-se, aqui, a escolhida pelo legislador) determine ao hermeneuta o seu modo de operar a interpretação do texto. Assim, nesses casos, aos princípios e às regras lhes são atribuídas quase as mesmas funções (DWORKIN, 2010a, p. 44). A distinção pode acabar se reduzindo à forma, embora a aplicação da regra ou do princípio envolva a consideração, até certo ponto, de princípios e políticas. Isso ocorre principalmente quando o padrão formalmente definido como regra possui em seu comando, explicita ou implicitamente, expressões que tornem a conduta descrita dependente de um juízo sobre justiça, equidade ou moralidade. É o caso de termos tal qual "razoável", "injusto", "significativo".

---

fundamentos para impor restrições. Para alguns juízes da Suprema Corte, nenhuma liberdade de expressão poderia ser limitada, tratando a norma como regra. Mas, a decisão majoritária destacou que qualquer censura tem a presunção de inconstitucionalidade, e que para se aplicá-la deve ser argumentada e fundamentada de maneira muito profunda, o que de fato não teria ocorrido no julgamento, encarando a norma como princípio. (O relato do caso pode ser lido em PADOVER, 1995, p. 343-350). No caso *Dennis vs. United States* (1951), a Suprema Corte decidiu que a primeira emenda não protegia conspiração para golpes de governo (PADOVER, 1995, p. 333-343). Em geral, a Suprema Corte estaria tratando da primeira emenda como princípio, aplicando-se o marco teórico de Dworkin.

[45] Aplicando este marco teórico ao RE n. 200.168 (DJ, 22.11.1996), conclui-se que o STF tratou a não-cumulatividade, como regra, na medida em que a norma não poderia ser ponderada com outros princípios, mas deveria ser aplicada, ainda que no seu núcleo conceitual mínimo.

A Suprema Corte norte-americana, ao interpretar a primeira seção do *Sherman Act*, que afirmava ser nulo todo o contrato que implicasse proibição de comércio, tratou o texto legal como se regra fosse; mas entendeu que a disposição trazia implicitamente a expressão "não razoável", ou seja, a proibição de comércio estabelecida no contrato só tornaria o contrato nulo se não fosse razoável. Segundo Dworkin, "isso permitiu que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra" (2010a, p. 45), já que sempre que o tribunal considerasse uma proibição como "não razoável" deveria declarar a nulidade do contrato. Mas do ponto de vista substancial, os tribunais deveriam tratar a disposição textual como princípio, já que deveria "levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é 'não razoável'"(DWORKIN, 2010a, p. 45).

Aplicando-se a diferenciação a um exemplo nacional, pode-se recorrer ao caso objeto de análise no processo n. 13003.000021/99-14, julgado pela 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes na sessão de 18.10.2000. A legislação tributária federal estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. Desse modo, se uma empresa importasse um determinado produto, deveria ser excluída do programa de pagamento simplificado. Ocorre que, no caso julgado, uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte, aderente ao programa de pagamento simplificado, efetuou a importação de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Contudo, o Conselho de Contribuinte não excluiu a empresa, afirmando que a adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava[46].

Mutatis Mutandis, o Conselho de Contribuintes ao interpretar a legislação federal sobre os requisitos para aderência ao sistema de pagamento simplificado, comércio, tratou o texto legal como se regra fosse; mas entendeu que a disposição trazia implicitamente a expressão "se a importação comprometer o fim que a justifica", ou seja, a exclusão do sistema de pagamento simplificado só seria possível, se a importação colocasse em risco o fim que justifica a proibição da norma. Isso permitiu, argumentaria Dworkin, que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra, já que sempre que o Conselho considerasse que a importação pudesse comprometer o fim da norma, deveria excluir a

[46] O exemplo trazido é apresentado por Humberto Ávila (2012, p.50-51) para demonstrar argumento contrário ao que é abordado aqui. Segundo o autor, as regras não são aplicadas no modelo de "tudo ou nada". Mas, o exemplo serve para ilustrar como Dworkin argumentaria nesse caso aplicando-se a sua teoria, a fim de deixar mais claro ao leitor as diferenças teóricas, pontuando-as com exemplo similares. O argumento de Ávila será melhor detalhado em seção especialmente dedicada ao autor neste trabalho.

empresa do programa de pagamento simplificado. Mas do ponto de vista substancial, o Conselho tratou a disposição textual como princípio, já que deveria levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma importação particular em circunstâncias econômicas particulares compromete a finalidade normativa.

Nota-se outra característica do modelo apresentado e defendido por Dworkin, muitas vezes mal compreendido: mesmo a ideia de regra e princípio não são ontologicamente determinadas. Ou seja, há certa fluidez entre esses conceitos, o que demonstra que a tipologia normativa apresentada pelo autor não é rígida ou determinante, tal como a doutrina tem abordado. Eis argumento que leva a essa conclusão:

> Palavras como "razoável", "negligente", "injusto" e "significativo" desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. Um processo mais longo de avaliação é necessário quando esses termos são omitidos do enunciado das regras, por exemplo, nos casos, em que estamos submetidos à obrigação de uma regra que diz que os contratos "não razoáveis" são nulos ou que os contratos grosseiramente "injustos" (unfair) não serão reconhecidos. (DWORKIN, 2010a, p. 45).

Identificam-se os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, sem, porém, dar a esses conceitos determinação absoluta. Parece tratar-se de padrões tipológicos, no sentido defendido por Weber (1968)[47], segundo o qual a teoria, no caso deste a sociológica, no caso de Dworkin, a jurídica, se utiliza da tipicidade para conferir tratamento científico adequado aos fatos. O tipo ideal, no caso princípios e regras, é a síntese entre o objetivo e o subjetivo, o particular e o geral, útil para compreender a realidade e fenômenos diferentes daqueles originais. Trata-se de uma forma básica ou essencial, sem ser, porém, ontológico[48]. Desse modo, além dos tipos ideais pode-se identificar, tal como Dworkin faz, tipos mistos, que envolve do ponto de vista lógico uma norma, mas do ponto de vista substancial um princípio.

Uma vez reconhecida a existência dentro do conceito de direito, especialmente nos Estados Unidos, de pelo menos padrões do tipo princípios e do tipo regras (DWORKIN, 2010a, p. 47), é preciso compreender a sua aplicabilidade ou força normativa, já que, para

[47] Essa mesma percepção é compartilhada por Derzi (2010, p. 71) interrogando "Estaria DWORKIN pensando em tipos, quando analisa o Direito Constitucional de uma forma geral?". Neves (2013) defende que princípios e regras devem ser analisados como tipos ideais, mas sob o amparo do marco teórico luhmaniano.

[48] Sobre a diferença entre tipos e conceitos sugere-se a leitura de Derzi (2007), e de forma mais resumida Moreira e Ribeiro (2013, p. 517 e seguintes).

Dworkin, os princípios parecem atuar principalmente e de maneira mais vigorosa, com toda a sua força, nas questões judiciais que ele chama de difíceis, caracterizadas principalmente pela ausência de uma regra para determinar a controvérsia.

Assim, na definição do conceito de obrigação jurídica, deve-se dar conta do papel que os princípios podem ter na formulação das decisões jurídicas específicas, ou na aplicação do direito de uma maneira geral. Duas seriam as possibilidades de orientações (DWORKIN, 2010a, p. 46-47):

> a) tratar os princípios da maneira como se tratam as regras, e dizer que os princípios, pelo menos alguns, possuem obrigatoriedade de lei, e que devem ser levados em conta por juízes e juristas ao tomarem suas decisões sobre qual de fato é a obrigação jurídica; ou
>
> b) negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido das regras, e admitir que em casos difíceis os juízes vão além das regras.

Para Dworkin, ao negar a força obrigatória dos princípios, o positivismo jurídico alivia o juiz do dever de descobrir quais os direitos das partes, quando uma regra não dispõe expressamente sobre condição a ser verificada no caso e sua consequência jurídica, permitindo que ele invente novos direitos, e os aplique retroativamente. Os esforços, como se viu, estão na construção de uma teoria que busque tentar se livrar do modelo de regras do positivismo ("*general attack on positivism*"), incapaz de dar conta da complexidade e sofisticação das práticas sociais, reconhecendo, portanto, que princípios possuem caráter deontológico, e devem ser levados a sério pelos juízes. Quanto à aplicação dos argumentos de princípios e a solução de casos difíceis, dedica-se ao tema uma seção especial a seguir.

2.3.1.1 Casos difíceis: a resposta correta e o direito como integridade

Dworkin faz forte ataque ao decisionismo que a teoria positivista acaba por defender nos chamados *hard cases*, quando a regra estabelecida não dispõe de forma clara sobre o caso. Para ele, a discricionariedade que o positivismo jurídico acaba admitindo permite a criação de direitos *ex post facto*, o que geraria uma situação totalmente absurda, admitindo-se a retroatividade da norma.

Para ele, toda controvérsia jurídica possui uma *única resposta correta*, pois mesmo que não se possa encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso, o juiz deve recorrer ao conjunto de princípios vigentes em um sistema jurídico, determinando quem está com a razão

com base neles. Não se admite, portanto, a tese da discricionariedade. Isso terá consequências para a construção da sua teoria.

Afasta-se, assim, desde logo a possibilidade de se utilizar de procedimentos ou métodos mecanicistas para a descoberta do direito das partes, admitindo discordâncias razoáveis entre juízes, advogados, analistas, cidadãos, sobre qual a resposta correta aplicável ao caso (DWORKIN, 2010a, p. 127-128).

O aplicador deve adotar uma postura diante da situação concreta, muito mais do que um simples método de aplicação da norma jurídica. O aplicador deve entender o direito, as regras e os princípios, em sua integridade, ou seja, deve se perceber em "uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum", mas, mais do isso, deve aplicar o direito percebendo sua "dimensão diacrônica", fazendo uma leitura "à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 67). É essa concepção que gera a comparação da construção do direito a um romance em cadeia.

Mas antes de se adentrar mais na ideia do direito como integridade, retorna-se à ideia dos casos difíceis.

Pois bem, para Dworkin, quando uma norma concede um direito com uma clareza suficiente para ser aplicada a uma das partes, quando as razões em contrário são claramente insustentáveis, prevalece o argumento de princípio, ou seja, o argumento de que "a decisão respeita ou garante um direito a um indivíduo ou de um grupo" (DWORKIN, 2010a, p. 129). Às vezes, o direito a ser fundamentado através de um argumento de princípio originou-se no processo legislativo de um argumento político, ou seja, um argumento que justifica uma decisão política, "mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo" (DWORKIN, 2010a, p. 129).

Portanto, os juízes devem se concentrar em aplicar o direito criado por outras instituições, não estando autorizados a criar direito, exceto se o caso que lhe for apresentado submeter à sua apreciação "problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes" (DWORKIN, 2010a, p. 128). Nesse caso, o juiz deve agir como se fosse o próprio legislador, e se colocar no lugar dele, refletindo qual seria a decisão que ele tomaria diante do problema[49].

[49] Ver nota de rodapé n. 41 e texto correspondente.

Juízes não são e nem devem se comportar como legisladores delegados, como já se afirmou. Por isso, mais útil do que a própria distinção entre princípios e regras, Dworkin (2010a, p. 129) apresenta a distinção entre dois tipos de argumentos, os quais podem ser invocados para solucionar os casos difíceis:

a) os argumentos políticos; e

b) os argumentos de princípios.

A integridade do direito só seria atingida se os juízes se concentrassem em tecer argumentos de princípios, abdicando dos argumentos de política, próprios das esferas representativas da sociedade democrática.

Assim "os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo" (DWORKIN, 2010a, p. 141).

Duas conclusões podem ser extraídas dessa tese:

a) primeiro que o papel do juiz estaria limitado a promover justiça individual, no caso que lhe é apresentado, e não articular argumentos consequencialista, ou utilitários; e

b) enquanto princípios descrevem direitos, *policies* descrevem objetivos, não podendo o juiz se comprometer com eles.

Nos casos em que as regras são claras, como se abordou acima, a aplicação da regra eclipsa a diferença entre o argumento de princípio e o argumento de política. Porém, nos casos difíceis, em que há lacunas, indeterminação ou imprecisão, diferenciar os argumentos de princípio dos argumentos políticos será importante para fugir do decisionismo.

No paradigma positivista, especialmente as correntes inauguradas por Hart e Kelsen, a ausência de regras acaba conferindo ao juiz o papel de legislador delegado, permitindo-o utilizar de qualquer argumento, seja de princípio ou de política. A visão tradicional de que o legislador produz a lei e o juiz a aplica não é compartilhada por Kelsen. Para ele, legislador e juiz criam e aplicam o direito, sendo a diferença entre legislação e jurisdição meramente quantitativa (limitação da lei à atividade do juiz é maior do que a da constituição à atividade do legislador) e não qualitativa, como pressupõe a visão tradicional (TRIVISONNO, 2013, p. 200).

Mas se prevalecer o entendimento de que a tese correta é a tese de que a atividade jurisdicional se distingue da atividade legislativa, tal como defendido por Dworkin, os casos difíceis deve ser resolvidos à base dos argumentos de princípios. Isso não afasta somente o decisionismo, mas afasta, também, o consequencialismo e o utilitarismo.

Os argumentos éticos, pragmáticos, utilitaristas, são argumentos próprios do fórum legislativo/político, devendo o juiz se abster de qualquer consideração desse tipo. Mas isso não quer dizer que o juiz tenha que se limitar às regras estabelecidas, em geral lacunosas, imprecisas e indeterminadas, pois todo ordenamento jurídico é feito de uma dimensão principiológica compartilhada pela comunidade.

Direito e moral continuam diferentes, mas os argumentos políticos e éticos/morais podem se traduzir em linguagem jurídica, internalizados no sistema binário deontológico, ressignificando seu conteúdo. Quando o conteúdo moral é traduzido em um código jurídico, os direitos fundamentais que daí emergem passam a ser incondicionalmente aplicados em relação a outros valores sociais, políticos, éticos, que podem ser utilizados para justificar políticas de maximização de finalidades coletivas. Nesses casos, os direitos são trunfos, um escudo contra a política majoritária (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 74). Os princípios neste contexto passam a remeter o intérprete a direitos fundamentais. Para ele,

O princípio jurídico de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção corrente de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Realizada essa distinção, é preciso ainda dar uma atenção à afirmação realizada acima, de que Dworkin admite discordâncias razoáveis entre juízes, advogados, analistas, cidadãos, sobre qual a resposta correta aplicável ao caso. Ora, como manter a integridade do direito admitindo haver discordância sobre qual a melhor solução jurídica para o caso?

Essa é a pergunta que os céticos realizariam, especialmente os que promovem o que Dworkin denominou de ceticismo interior, ou seja, aquelas pessoas, que embora possam estar convictas de que diversas instituições sociais são úteis, não acreditam que o Direito possa ter qualquer valor como instituição social, pois nenhuma interpretação dada a ela terá unidade e coerência (DWORKIN, 2007, p. 96-98). O ceticismo interior defende que "a prática jurídica é por demais contraditória para oferecer qualquer interpretação coerente" (DWORKIN, 2007, p. 319).

Dworkin não nega o fato do direito, como prática social interpretativa, estar longe de ter uma coerência perfeita, especialmente porque a própria legislação promove certas tensões ao dar formalidade a comandos em si contraditórios, tal como poderia ser visto entre uma legislação de âmbito nacional e outra de âmbito local, mas, para ele, "essas contradições não são tão abrangentes e intratáveis dentro de cada ramo ou instituto do direito que sua tarefa se torne impossível" (2007, p. 319).

É possível encontrar um conjunto de princípios razoáveis para cada ramo do direito que promova uma interpretação aceitável daquelas práticas sociais específicas. E ainda que o cético afirme que dentro desses microssegmentos jurídicos ainda há contradições, Dworkin defende que se trata não de contradição, mas de concorrência entre perspectivas.

O exemplo que o autor descreve para expor seu pensamento refere-se ao reconhecimento pelo direito de dois princípios quanto às perdas que se deve permitir às pessoas que sofrem no caso de acidentes. O princípio da solidariedade coletiva informa que o Estado deve proteger as pessoas, evitando que elas sejam arruinadas, ainda que tenham provocado o acidente. O princípio da responsabilidade civil individual orienta que cada um deve arcar pelo prejuízo que produziu: sustenta que o culpado deve arcar com a perda acidental, e não as vítimas ou a sociedade. Para Dworkin:

> Esses são princípios independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal-entendido da lógica dos princípios. Não é incoerente reconhecê-los como princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista moral seria falho se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política (DWORKIN, 2007, p. 320-321).

Assim, as restrições de adequações exigem do intérprete que ele faça um esforço para encontrar uma interpretação geral de nossa prática social que inclua os dois princípios abstratos de solidariedade e responsabilidade, dando a cada um o seu espaço adequado e próprio na solução de controvérsias. Assim, a solução encontrada seria exigir que o indivíduo causador do dano responsabilizasse algumas vítimas, integral ou parcialmente, até um limite que não promovesse a sua ruína pessoal, e, em relação ao restante da indenização, essa seria arcada pela própria sociedade (DWORKIN, 2007, p. 320-322).

Uma solução que negasse totalmente um dos princípios não seria uma solução que atendesse a integridade do direito, especialmente porque na prática social da comunidade hipotética descrita por Dworkin, embora tal caso nunca tivesse ocorrido, de um lado não se poderia negar as responsabilidades individuais e de outro não se poderia levar a uma responsabilidade individual ilimitada. Assim, defende Dworkin que "a integridade exige isso porque exige que eu continue com a série de julgados, na qual os dois princípios ocupam um lugar definido, da melhor maneira possível e após o exame de todos os aspectos da questão" (2007, p. 322).

Isso significa que o intérprete pode reconhecer equívocos na atividade judicial, "mas o número de decisões que devo considerar como equívocos não é nem tão grande nem de

importância tão fundamental, visto a partir da perspectiva da prática social como um todo" (DWORKIN, 2007, p. 323).

Assim, como se pode concluir, tendo em vista a perspectiva de integridade do direito em Dworkin, deve-se vincular o direito não a um sistema de repetição de decisões, mas a uma interpretação construtivista, modelo adequado para se lidar com obras que envolvem a linguagem humana. Assim, as tradições não podem ser legitimadas de uma maneira autônoma e crítica, mas exigem reflexividade, especialmente baseada na ética, com "uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 76).

Por isso é possível que, durante a interpretação, haja debates razoáveis sobre a melhor solução do caso; o direito, porém, respeitando sua integridade, deve ser capaz de fornecer a resposta correta, ou seja, aquela que se vincula às noções de imparcialidade e de igualdade (GALLUPO, 2002, p. 64). Para Gallupo,

> Integridade é um conceito central da teoria de Dworkin, responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico. Integridade não é, como alguns podem pensar, um sinônimo de consistência. Se por consistência entendermos a repetição de soluções passadas para casos aparentemente iguais, então uma decisão inconsistente pode, ainda assim, cumprir a exigência de integridade do direito; da mesma forma, uma decisão consistente pode ferir a exigência de integridade. Integridade (*integrity*) é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986:222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*fairness*) e de igualdade, como assinala Chueiri (1997: 183). Uma decisão é justa (ou seja, respeita a integridade do direito) se fornece a resposta correta ou adequada (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso. (GALLUPO, 2002, p. 184-5).

Os princípios são normas que podem apontar para soluções distintas, já que em muitos casos não se admite sua aplicação em conjunto. Mas só se pode admitir o afastamento de um princípio, se do ponto de vista argumentativo, houver fundamentação suficiente para isso. É o discurso de aplicação, ou seja, a argumentação, que reduzirá a indeterminação contida em toda e qualquer norma principiológica (GALLUPO, 2002, p. 187-187).

A crescente complexidade da vida social só é possível quando o conteúdo moral é incorporado ao direito como direitos fundamentais, servindo de proteção para uma sociedade plural e complexa diante de ações majoritárias. Desse modo, incompatível o ativismo e a tese dworkiniana.

A perspectiva de Dworkin é de sociedades que se caracterizam pelo pluralismo, ou seja, unidos em comunidade apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Assim, os princípios não podem ser enumerados exaustivamente e previamente, e nem hierarquizados

em qualquer circunstância. Mas podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer em concorrência uns com os outros no caso, não podem ser contemporaneamente aplicados. A questão não é de avaliação (valores), mas de hermenêutica, que é a atribuição de sentido e não a sua descoberta.

Assim, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos rechaça a perspectiva decisionista. Admite-se que os princípios são gerais e abstratos, mas que podem ser densificados pelo aplicador, desde que leve em conta a história institucional e a sistematicidade dos princípios. A resposta correta é a resposta justa para aquele caso. Tal como um romance em cadeia, a resolução de um caso deve levar em conta a história construída até aquele momento. Isso não significa a repetição das decisões, mas o tratamento com integridade do direito.

2.3.1.2 As críticas a Dworkin

A literatura jurídica tem qualificado a teoria dos princípios de Dworkin como o ponto de partida da transformação da teoria do direito, ou como expressão mais contundente e influente da teoria contra o utilitarismo e a tese positivista da separação entre direito e moral. Invariavelmente, a parte mais hegemônica do pensamento jurídico ocidental debateu com Dworkin acerca de sua teoria sobre a distinção entre regras e princípios.

A grande vantagem de Dworkin é que o autor investiu boa parte de seus escritos para responder aos seus críticos, comentando as objeções à sua teoria, o que facilitou muito o trabalho aqui a ser desenvolvido.

Em "*Levando os direitos à sério"*, Dworkin dedica quase que integralmente o capítulo 3 para explicitar melhor a sua teoria com base nas críticas a ele formuladas. Assim, necessário fazer uma revisão do ali afirmado para melhor compreensão da teoria; porém, serão essas críticas agrupadas a outro conjunto de críticas, mais esparsas, que são consideradas importantes para compreensão da dimensão da teoria do autor.

Isso afirmado, agrupam-se as críticas em dois conjuntos:

a) o primeiro conjunto de críticas refere-se à estrutura lógica da distinção entre princípios e regras e se desdobra nas seguintes críticas:

a.1) a distinção de Dworkin se perde pois tanto princípios e regras entram em conflito entre si, não sendo critério de distinção suficiente, possuindo ambos dimensão de peso;

a.2) regras podem entrar em conflito com os princípios; e

a.3) não se pode, *prima facie,* falar que regras se distinguem de princípios por sua aplicação no modelo "tudo-ou-nada";

b) o segundo conjunto de críticas refere-se à tradição jusfilosófica que fundamenta a teoria de Dworkin, desdobrando-se nas seguintes críticas:

b.1) a teoria de Dworkin estaria mais para uma concepção moderna de jusnaturalismo do que uma abordagem inovadora;

b.2) há em suas teses uma forte concepção moralista, colocando em risco o combate à tese da discricionariedade; e

b.3) trata-se de uma abordagem que se fundamenta na tradição filosófica do realismo moral.

Além desses dois conjuntos de críticas que serão a seguir explicadas, será abordada, também, a crítica que afirma que o autor norte-americano revisou a sua tese posteriormente, em tempos mais recentes, para afirmar que a distinção entre regras e princípios não é definitiva, abalando a própria estrutura que arquitetou.

2.3.1.2.1 Críticas à estruturação lógica da teoria

A primeira objeção à distinção de Dworkin, afirmando que tanto princípios quanto regras entram em conflito entre si, não sendo este um critério de distinção suficiente, foi formulada principalmente por Raz. O argumento de Dworkin e a crítica é assim por ele resumido:

> Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como "válido". Raz deseja argumentar que não são apenas os princípios que entram em conflito entre si dessa maneira, mas também as regras, e acredita que esse fato solapa a distinção que estabeleci. (DWORKIN, 2010a, p. 114).

O autor responde a essas críticas afirmando que nunca negou que possam existir conflitos entre regras. Porém, esses conflitos ocorreriam em situações emergenciais, "ocasiões que exigem uma decisão que altera o conjunto de padrões de uma maneira dramática" (2010a, p. 115). Dessa forma o juiz não poderá afirmar que utilizou dois padrões. Para ser consistente

terá que retificar uma das regras, ou as duas, ou, até mesmo, rever sua atitude com relação a uma delas, ou ambas, convertendo-as em princípios. O intérprete pode até usar de padrões extrajurídicos, tal como jogar a moeda e decidir pelo cara e coroa. Mas essa atitude incomum não compromete a distinção, pois a distinção será necessária para explicar sua conduta, ou, não se estará diante de uma conduta jurídica (DWORKIN, 2010a, p. 117).

Além disso, afirma Dwokin que muitos dos exemplos trazidos pelos críticos, especialmente Raz, tal como o caso da legítima defesa no Direito Penal, não configura um conflito de regras:

> Mas uma regra que expressa uma exceção à outra regra não está em conflito com ela. Não pelo menos no sentido de que, se um homem acusado de agressão provar que agiu assim em legítima defesa, o juiz se verá diante de duas regras que apontam para direções opostas e cujo peso relativo ele precisará então ponderar para tomar uma decisão. Em conjunto, as duas normas determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa. (DWORKIN, 2010a, p. 117).

Em sentido muito parecido com a crítica anterior, levantada, também, por Raz, há objeções que afirmam que regras podem entrar em conflito com os princípios[50]. Desse modo, não haveria no plano lógico uma distinção entre regra e princípio relativa aos conflitos normativos.

O exemplo de Raz refere-se à regra da usucapião, a qual estaria em conflito com o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Porém, argumenta Dworkin que "o fato de tais regras existirem é (...) uma prova de que o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de seus próprios delitos é, de fato, um princípio, e não uma regra" (2010a, p. 121).

Para ele o fato de existirem tais regras, tal como a usucapião, antes refletem o princípio do que conflitam com ele:

> Isso se deve ao fato de que essas regras têm uma forma diferente da que teriam, caso nenhum peso fosse atribuído ao princípio, quando da decisão. Por exemplo, o grande lapso de tempo geralmente exigido para se adquirir um título de propriedade por usucapião pode ser muito menor, caso não se considere que isso entra em conflito com o princípio. Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a

[50] Essa critica também é realizada por Ávila (2012) e por Figueroa, para quem a interpretação das regras está muito afetada por considerações de princípios, e, como exemplo, traz à tona o problema da analogia, que provoca o efeito de cavalo de troia, pois insere dentro da norma tida como regra um dispositivo semântico que afasta o modo de aplicação "tudo ou nada", e faz com que a regra opere tal como um princípio. A aplicação da analogia de uma norma jurídica conduz a uma extensão de suas consequências jurídicas a um fato suposto diverso do contemplado pela norma. Assim, a aplicação da analogia das regras demonstraria que elas não se aplicam sempre da maneira tudo ou nada, e inclusive podem suportar ponderação no processo interpretativo consistente em encontra o princípio que lhe está subjacente. (1998, p.179-183)

> distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios. (DWORKIN, 2010a, p. 121-122).

Quando o Tribunal está decidindo se um conjunto de princípios se aplica em favor da revogação de uma regra estabelecida, está analisando um conflito entre esse conjunto de princípios e outro que legitimam a manutenção da regra. Raz, então, quando afirma que regras entram em conflito com princípios, na verdade está falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra (DWORKIN, 2010a, p. 122).

Para Dworkin, em relação a essas duas críticas, há por parte principalmente de Raz a adoção de pressupostos diferentes, tal qual a distinção entre regras e princípios adotada por ele, muito mais ligada à perspectiva clássica do que a adotada pelo autor (2010a, p.124).

Outro ponto combatido na teoria de Dworkin, que se correlaciona com o acima descrito, refere-se à tese de que as regras são aplicadas à maneira do "tudo-ou-nada", levando em consideração a perspectiva de que o enunciado de uma regra inclui todas as exceções, pelo menos em tese.

Esse sistema, conforme aponta Neves, utilizando-se de Alexy, seria excessivamente simples, já que "em ordens jurídicas de uma sociedade complexa não cabe falar de exceções enumeráveis" (2013, p. 60)[51]. Assim, *prima facie,* não se pode falar que diante de um novo caso não seja necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.

Qualquer solução pela adoção do tipo cláusulas gerais de reserva, como "e se não for prescrito algo diverso" ou "se as razões a serem consideradas do ponto de vista do direito não exigirem algo diverso", jogaria a distinção entre regras e princípios por "água abaixo", especialmente por dois motivos:

a) a adoção de cláusulas gerais de reserva poderia ser adotada, também, para os princípios e assim eles seriam aplicados na maneira do "tudo-ou-nada"; e

b) excetuadas as regras de aplicação rotineira, "toda e qualquer regra só é aplicável nos termos do 'tudo-ou-nada' no final do processo concretizador", quando forem consideradas ou excluídas todas as possíveis exceções que sejam importantes para solução do caso, ou seja, não seria possível saber se trata-se de uma aplicação no modo "tudo-ou-nada" antes da aplicação do direito.

[51] No mesmo sentido Figueroa (1998, p. 164-166).

Nesse mesmo sentido Humberto Ávila[52] defende que o critério de distinção pelo modo de aplicação não é racionalmente admissível. Para ele, o modo de aplicação não pode ser determinado pelo texto do objeto de interpretação, sendo definido pelo intérprete a partir das conexões lógicas, por ele, construídas (2012, p.49). Assim, as características supostamente absolutas do texto normativo, após interpretadas, poderiam ser completamente modificadas. Conclui o autor, a partir de diversos exemplos, que

> (...) não é adequado afirmar que as regras "possuem" um modo absoluto "tudo ou nada" de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados. (...)
> Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas. Mesmo no caso de regras essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um principio, seja ele uma regra. (ÁVILA, 2012, p. 51-52).

Mesmo a tese de que os princípios têm dimensão de peso mereceria cuidados, já que as regras, também, possuiriam uma dimensão de peso, já que entre a aplicação da regra ou de sua exceção deve-se sopesar[53].

Para Ávila (2012, p.57), "a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios", já que o conflito entre regras, também, exige, tanto abstratamente quanto concretamente, a ponderação. A ideia de que quando duas normas entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas seria uma qualidade contingente e não necessária na distinção entre as espécies normativas (ÁVILA, 2012, p. 59).

Sobre essas considerações, devem-se pontuar duas questões, que correlacionam essa objeção com as objeções anteriormente apresentadas.

A primeira delas refere-se à relação dessa percepção com a primeira crítica de Raz a Dworkin apresentada acima, afirmando que, tal como os princípios, as regras entram em conflito entre si, não sendo, portanto, critério suficientemente distintivo entre as espécies normativas.

---

[52] No tópico 3.2 A doutrina constitucional brasileira: Humberto Ávila, será exposta melhor a teoria de Humberto Ávila acerca dos critérios de distinção das normas entre regras e princípios bem como suas críticas as diversas perspectivas, tal como a de Dworkin e de Alexy. Aqui cabe somente uma menção sobre a similaridade das críticas por ele realizadas com outros autores.

[53] Replicando essa crítica, também, Figueroa (1998, p. 166-168).

Ávila parece desenvolver melhor a crítica de Raz, afirmando que "o importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões" (2012, p.60). Tratar-se-ia de um processo de valoração de argumentos, em que se deve ponderar entre as razões (regras) e as contrarrazões (exceções), superando axiologicamente a razão, decidindo-se por aplicar/criar uma exceção. Para ele "trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação" (2012, p. 60). De forma resumida assim pondera o autor brasileiro:

> Ora, quando o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele se decide pela existência de razões maiores para a aplicação de um princípio em detrimento do outro, que, então, pode deixar de irradiar efeitos sobre o caso objeto da decisão. O mesmo ocorre no caso da exceção à regra: o aplicador decide haver maiores razões para a aplicação da exceção em detrimento da regra. Isso indica que, no caso de conflito entre princípios, o princípio ao qual se atribui um peso menor pode deixar, na verdade, de ser aplicado, do mesmo modo que não relação entre a regra e a exceção, uma vez que a regra ou a exceção na será aplicada. Modos de explicação à parte, o que interessa é que, tanto num quanto noutro caso, há sopesamento de razões e de contrarrazões. (ÁVILA, 2012, p. 60).

Com essas considerações, pode-se chegar à segunda questão a ser abordada sobre essa crítica. Tanto para Raz quanto para Ávila, como se viu, regras e princípios exigem um processo discursivo de sopesamento de razões. Porém, o tipo de argumentação e de justificação não seriam os mesmos para Ávila. Eis o argumento do autor:

> Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. (...) A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso.
> Em segundo lugar, há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância.
> A citada dimensão do peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador (ÁVILA, 2012, p. 65).

Isto posto, arremata o autor:

> Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso. Além disso, a atribuição de peso depende do ponto de vista escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão. (...). A consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas depende do uso que dela se faz (ÁVILA, 2012, p. 67-68).

Em suma, as críticas à Dworkin, referentes à distinção das normas entre princípios e regras quanto a sua estrutura lógica, se concretizam no sentido do acima exposto. Embora não se possa esgotar todas as críticas, tem sido essas a que a literatura mais tem se debruçado para afastar a distinção, muitas vezes fornecendo novos fundamentos distintivos, os quais serão explorados a seguir.

Mas duas considerações podem ser realizadas que acabam tornando essas críticas um tanto quanto supérfluas no debate com Dworkin. Ele não estabelece um esquema rígido de distinção entre princípios e regras (é que o será abordado no tópico 2.3.1.2.3 **A distinção normoteorética em Dworkin: Padrões rígidos?** sendo que essa distinção se dá no plano pragmático, ou seja, pode ser visualizada somente no caso (abordou-se o tema no tópico 2.3.1 *O ponto de partida oferecido por Ronald Dworkin* e esse esquema não é fundamental e indispensável na construção da sua teoria, sendo que o enfoque do autor é o combate à discricionariedade e a construção de uma jurisdição[54] baseada na integridade, que foi visto neste tópico.

Siga-se com as críticas referentes às tradições filosóficas que Dworkin adota.

2.3.1.2.2 Críticas às tradições jusfilosóficas

Há um conjunto de críticas que identificam a teoria de Dworkin como um moderno jusnaturalismo. Para esses críticos, os princípios jurídicos seriam deduzidos de mandamentos morais universais. Neves argumenta que tal crítica não procede, pois, segundo ele

> Os princípios jurídicos [para Dworkin] assentam-se na "moralidade comunitária", entendida como "a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem", e a origem deles embora não resida na "decisão particular de um poder legislativo ou tribunal" nem em uma regra de reconhecimento, encontra-se "na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo". Ou seja, em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico. (NEVES, 2013, p. 54).

Os princípios jurídicos, portanto, são encontrados nos princípios de moralidade política vigentes na comunidade, embora a mera referência à moralidade comunitária não faz com que um princípio tenha validade jurídico-constitucional. O princípio deve passar pelo

[54] Dworkin, também, defende que a integridade deve ser levada em conta no processo legislativo, que deve manter o ordenamento coerente com seus princípios.

crivo da coerência e consistência constitucional, para não se dissipar no meio de conflitos existentes na moralidade comunitária.

As críticas que atribuem à teoria uma concepção fortemente moralista, colocando em risco o combate à tese da discricionariedade, para Neves (2013, p. 55) são mais consistentes, tendo em vista que não há fronteira clara entre moral e direito, pois a noção de princípios serve para enfraquecer ou mesmo diluir essa fronteira.

Neves chama de "ilusão principiológica" (2013, p.56) a tese dworkiniana de que os princípios serveriam para cobrir o espaço da discricionariedade do modelo positivista. Nos termos do modelo de Dworkin estariam encobertos os problemas da complexidade e da contingência. Para ele não seria correto considerar que os intérpretes "em sentido estrito", tal como pretende Häberle, seriam apenas intermediários dos intérpretes em "sentido amplo" (2013, p.56-57). Eles acabam atuando seletivamente, excluindo expectativas normativas em torno de direitos e deveres constitucionais, atribuindo outras em como normas atribuíveis aos respectivos textos normativos. Se os princípios de um lado dão conta melhor da complexidade, por outro, enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa.

Para Neves, portanto,

> Essa não é uma questão de discricionariedade (ou de imprecisão como incerteza cognitiva decorrente da vagueza ou ambiguidade de expressões) nem de única decisão correta. É precisamente um problema de como controlar a contingência mediante decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas à sociedade, implicando um permanente paradoxo na busca da justiça do sistema jurídico. (NEVES, 2013, p. 58).

O ideal regulativo de Dworkin seria muito simplista, já que o juiz Hércules, monológico, solipsista, não é adequado para reconhecer seus próprios limites. Embora Dworkin reconheça que a moralidade da comunidade seja incoerente, a solução que aponta é incompatível com a sociedade contemporânea supercomplexa em que vigora um dissenso profundo. Assim,

> (...) a questão decorre de um normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso. A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. (NEVES, 2013, p. 59-60).

Nesse mesmo sentido caminham as críticas relativas à associação entre Dworkin e o realismo moral, afirmando-se que para o autor os direitos humanos, ou *moral rights*, existem,

ou seja, o seu conteúdo pode ser considerado verdadeiro. Em uma perspectiva diversa, para que se possa compreender a crítica realizada ao autor norte-americano, Habermas prefere utilizar outra perspectiva, não a de que os direitos existem, mas que as comunidades jurídicas criam os direitos, e que alguns deles merecem reconhecimento universal (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 72[55]).

Tanto a teoria dworkiniana, quanto a teoria habermasiana entendem que há uma relação entre direito e moral, mas exigem a compreensão deontológica de suas pretensões de validade. Ou seja, a justificação das decisões jurídicas não pode se dar com base em argumentos extrajurídicos, e nesse sentido quando se utiliza de princípios com conteúdo moral, deve-se pressupor que a moral foi traduzida para o código licitude/ilicitude.

As críticas, portanto, sobre essa perspectiva da adoção da terminologia do realismo moral refletem mais uma questão de fundamentação, do que necessariamente uma crítica à aproximação entre Direito e Moral. Até porque, Dworkin se vale de uma hermenêutica construtivista, ou seja, exige a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos, sem autorizar a legitimação autônoma e acrítica das tradições (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, 71-82).

2.3.1.2.3 A distinção normoteorética em Dworkin: Padrões rígidos?

Há uma percepção por parte da literatura da teoria do direito que afirma que, mais contemporaneamente, o autor norte-americano revisou a sua tese, para afirmar que a distinção entre regras e princípios não é definitiva, o que teria abalado a própria estrutura que arquitetou em seus primeiros escritos[56].

Ávila, comentando a importância do debate sobre a teoria dos princípios e as evoluções sobre o tema, afirma que "a obra de Dworkin, a partir de seu trabalho seminal sobre princípios, deixa de focar na distinção entre princípios e regras, e mantém a distinção unicamente para realçar a existência de diferentes critérios interpretativos no Direito" (2012, p.139-140).

[55] Segundo Carvalho Netto e Scotti (2013, p. 73), "para ambos os autores, portanto, a razão prática implica a possibilidade de um ponto de vista moral, universalista e deontológico, indicador da prevalência normativa do justo sobre o bom, a exigir que a sociedade – por meio de suas instituições, no caso do Direito – trate a todos os seus membros como merecedores de igual respeito e consideração".

[56] Sobre isso já se adiantou anteriormente: nota de rodapé n. 39.

Como se vê, embora não haja uma revisão propriamente dita da sua teoria dos princípios, Dworkin tem sido criticado por não admitir publicamente essa mudança de foco e ter minimizado o impacto de seu esforço em distinguir regras de princípios[57].

Em *Justiça de Toga* (2010b), Dworkin ataca as críticas realizadas à insuficiência e irracionalidade de sua distinção entre princípios e regras afirmando que os seus críticos o compreenderam mal, e afirma que seus argumentos mais recentes não são diferentes dos anteriores em qualquer sentido relevante (DWORKIN, 2010b, p. 329).

Segundo ele, Shapiro diferencia dois conjuntos diferentes de argumentos que ele teria produzido.

O primeiro conjunto de argumentos refere-se aos argumentos mais recentes e ainda desafiam o positivismo a explicar a divergência jurídica: "eles chamam a atenção para o fato de que os juristas frequentemente divergem acerca do que é o direito em determina questão, embora concordem acerca de todos os fatos históricos que os positivistas afirmam ter esgotado as condições de veracidade". (DWORKIN, 2010b, p. 329-330).

Já os argumentos iniciais de Dworkin fariam uma "consideração essencialmente taxonômica", ao afirmar que "os princípios morais que os juízes costumam citar para justificar suas decisões jurídicas (...) também são princípios jurídicos, e que, portanto, os positivistas taxonômicos erram ao separar princípios jurídicos de princípios morais de modo como o fazem" (DWORKIN, 2010b, p. 330).

Para esse segundo conjunto de argumentos, tanto os positivistas inclusivistas, quanto os exclusivistas já teriam respondido a Dworkin. Para os inclusivistas, os princípios morais só possuem efeitos jurídicos, se os princípios jurídicos atribuírem a ele efeitos. Para os exclusivistas, embora os princípios morais possam desempenhar algum papel na argumentação jurídica, isso não significa que sejam jurídicos (2010b, p.330).

Mas Dworkin critica essa abordagem que afirma que ele reviu seus argumentos, afirmando que "se Shapiro estivesse certo ao interpretar meus [seus] argumentos anteriores a *O império do direito* como taxonômicos dessa forma, essas respostas seriam, de fato, pertinentes" (2010b, p.330). Mas para ele, trata-se de uma leitura errônea de sua teoria

[57] Em comunicação oral no auditório da PUC/Minas, em 27 de maio de 2013, o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz criticou as afirmações realizadas por Dworkin em *A Justiça de Toga,* por ter minimizado a importância da sua distinção entre princípios e regras, pois teria gerado ainda mais confusão para a teoria do direito. O professor mineiro tem criticado a tentativa teórica de se distinguir as normas entre princípios e regras, ou outros modelos. Para isso ver Cruz, 2004. Cruz tem, também, criticado Dworkin por não ter sido mais explícito em reconhecer a inutilidade da distinção e atribuir a seus leitores a má interpretação de sua teoria e não a si mesmo (CRUZ, 2011; 2013).

baseado exclusivamente no seu artigo Modelo de Regras I, publicado pela primeira vez em 1967. Eis:

> Sua interpretação, porém, é incorreta, como demonstrei num artigo publicado em 1972 [Modelo de Regras II]. Referindo-me ao artigo de 1967, afirmei: "Não tive a intenção de dizer que 'o direito' contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que 'o direito' seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2010b, p. 331).

Para Dworkin, o alvo era o positivismo doutrinário, responsável por definir quais teses e proposições podem ser consideradas normativamente válidas, ou seja, o que se pode afirmar ser proibido, permitido ou obrigatório dentro de uma determinada jurisdição e não o positivismo taxonômico, responsável por classificar alguma regra ou princípio como um princípio jurídico e não de outro tipo, tal como moral ou simplesmente matemático (2010b, p. 313).

Nesse sentido, ele apresentou "o argumento doutrinário de que não podemos entender a argumentação e a controvérsia jurídicas exceto a partir do pressuposto de que as condições de veracidade das proposições de direito incluem considerações morais" (2010b, p. 331).

Essa confusão entre o alvo de Dworkin, o doutrinário ou o taxonômico, segundo ele, provocou uma forte confusão e "é bem possível que um tempo enorme tenha sido desperdiçado" (2010b, p. 331).

Conclui-se, ao reler a obra de Dworkin, que realmente houve um erro na interpretação de sua teoria ao se entender que a distinção entre regras e princípios seria essencialmente rígida e definitória da forma como se deveria interpretar o direito, ou aplicá-lo, conforme já se argumentou anteriormente neste trabalho.

Em *Levando os Direitos a Sério,* mesmo no Modelo de Regras I, o autor já deixa claro que a distinção entre os padrões jurídicos apresentados não tinha o objetivo de definir uma classificação final. O mesmo se repete nos capítulos Modelo de Regras II e Casos Difíceis.

A distinção entre argumentos de política e de princípio (distinção já apresentada anteriormente), realizada tanto no *Levando os Direitos a Sério,* especialmente no capítulo sobre os Casos Difíceis, e em *Uma questão de Princípio*, especialmente no capítulo sobre Princípio, política, processo, parecem ser mais contributivos do que propriamente a distinção

entre regras e princípios[58]. E nesse sentido pode-se afirmar que Dworkin sempre deixou claro essa posição[59].

Nesse sentido, buscou-se sempre reforçar o ataque geral ao positivismo, e a ideia que essa corrente de pensamento jusfilosófico tem sobre moral e direito. Para ele, "a estratégia de Raz se difere da de Coleman de maneira surpreendente: para Coleman, os juízes só estão comprometidos com a moral na medida em que o direito a incorpore, enquanto para Raz eles estão comprometidos com a moral a não ser na medida em o direito a exclui" (2010b, p. 333).

Como se pode notar, tanto em Raz como em Coleman reconhece-se que juízes refletem sobre a moral para se tomar uma decisão. Porém, para Dworkin, o fato de se reconhecer o reflexo da moral no direito não se pode retirar dele o seu caráter eminentemente deontológico.

Embora as críticas realizadas a Dworkin, Cruz (2004 p. 67-68) reconhece os avanços que a teoria dos princípios trouxe à teoria do Direito. Para ele, a compreensão de Dworkin deve ser vista como contributiva para o rompimento com o modelo de regras positivista, e a busca por uma hermenêutica contemporânea que seja capaz de absorver os ganhos da virada linguística. Conclui:

> Por conseguinte, essa contraposição entre o modelo de regras e de princípios, ao invés de promover uma busca de espécies normativas, deve ser compreendida no contexto de uma alteração paradigmática na própria hermenêutica que se aplica ao Direito, especialmente se lembrarmos a influência de Gadamer sobre o jusfilósofo americano.
> Assim, Dworkin sustenta que a admissão do Direito como integridade implica a transformação da sociedade em uma forma especial de comunidade. Essa forma especial, a "comunidade de princípios" se caracteriza justamente por promover a autoridade moral no emprego do monopólio da força coercitiva estatal, evitando a parcialidade, a fraude, o favoritismo, o revanchismo e a corrupção oficial. Logo, essa comunidade não fica adstrita a um rol de direitos previamente catalogados, mas se abre à construção desse direito. (CRUZ, 2004, p. 318-319).

A grande contribuição, portanto, de Dworkin, está em inaugurar essa perspectiva de que o rol de direitos de uma sociedade não está limitado ao previsto expressamente nas regras, além de que, a perspectiva moral não pode ser simplesmente ignorada pelo aplicador do direito, e que os juízes não possuem ampla liberdade decisória em casos em que não há

[58] Parece que essa distinção é realizada por outros autores com outras palavras, tal como Luhmann, com o conceito de diferenciação sistêmico.

[59] Nesse mesmo sentido pode-se citar Trivisonno ao identificar uma virada interpretativa na teoria de Dworkin: "Ela começou com alguns artigos que Dworkin publicou originalmente em *Levando os Direitos a Sério*, mas se intensificou com *O império do Direito* (1986), obra em que Dworkin apresenta seu empreendimento interpretativo: o direito como integridade" (2013, p. 209).

expressa previsão legal, ou que argumentos utilitaristas e consequencialistas possam ser incorporados nas decisões judiciais a ponto de determinar a solução da controvérsia.

E esse é o fundamento teórico que esta tese adotará como marco teórico, pressupostos que serão utilizados para oferecer uma reinterpretação do Direito Tributário, incorporando as contribuições hermenêuticas contemporâneas sem, contudo, abrir mão dos ganhos advindos do Estado de Direito em relação às limitações ao poder de tributar.

2.3.1.3 A Integridade no Direito Tributário: Pressupostos

A discussão acerca da influência da distinção entre princípios e regras no Direito Tributário será realizada em capítulo próprio adiante. O que se pretende aqui é estabelecer de maneira breve como se pretende trabalhar a releitura da distinção entre princípios e regras no campo do Direito Tributário para superação do paradigma positivista dominante na interpretação desse ramo jurídico, que sobrevaloriza a legalidade e a conceituação determinante.

Assim, é de se constatar que, mesmo no Direito Tributário, a objetividade está irremediavelmente comprometida, sendo que o juiz possui à sua disposição uma gama de razões argumentativas que giram em torno de conceitos interpretativos que podem ser princípios ou regras.

A distinção normoteorética em abstrato é irrelevante[60], sendo importante reconhecer que não há apenas padrões normativos no estilo regras, aliás, nem existem enunciados normativos que, em abstrato, possam ser considerados como regras.

Assim, embora tendo como marco teórico a tese dworkiniana, a distinção entre regras e princípios não será considerada fundamental no sentido de guiar o modo de aplicação do direito, pela subsunção ou ponderação, embora se admita que possa ser utilizada no campo argumentativo, tal como proposto por Cruz e Guimarães, para quem "os princípios podem assumir o significado de "*sumaes",* cânones ou critérios (*Standards)* no campo argumentativo, pois essa compreensão deriva do conceito de Hans-Georg Gadamer de experiência (...)" (2015, p. 156).

[60] O debate sobre a distinção normoteorética só é relevante se for possível de se realizá-la em abstrato, antes da aplicação e da justificação. Por isso, para esta tese, a distinção após a solução do caso não interessa. Em alguma medida poder-se-ia reconhecer uma distinção entre as normas após a solução do caso, mas ai a distinção continuaria sendo irrelevante, pois não apresentaria nenhum ganho interpretativo. E nem mesmo poder-se-ia argumentar que a distinção faria sentido para um futuro caso a ser decidido, uma vez que o texto ou a norma ganhará sentido diverso conforme um novo caso surja, e por si só, o texto ou a norma em abstrato não é capaz de antecipar as condições de aplicação e justificação.

Reconhece-se que, em Dworkin, a construção argumentativa de um caso jurídico está aberta a diversas possibilidades de leitura, sem que isso possa obstruir o intérprete de encontrar, ao caso, a resposta correta (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 150), no sentido de decisão mais adequada e justa para regular as pretensões das partes envolvidas no conflito.

Muito interessa à hermenêutica jurídica tributária a perspectiva do debate sobre os argumentos de princípios e dos argumentos de política, sendo que em razão dos bens jurídicos protegidos, como liberdade e propriedade, a dinâmica da solução do caso deve levar em conta direitos, e não objetivos políticos, embora esses possam ser razões para instituição de direitos e de deveres tributários.

Como consequência do raciocínio acima apresentado, é de se concluir que os juízes não podem agir discricionariamente na solução de um caso tributário, e não possuem ampla liberdade decisória, sendo muito útil para o direito tributário a proposta de direito entendido metaforicamente como romance em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 275).

Essa perspectiva que valoriza a coerência e ao mesmo tempo permite a conformação do direito com a "comunidade de princípios" em que se insere fundamenta-se especialmente na ideia de que a legitimidade se dá pelo convencimento e não apenas pela coação, ideal, também, caro ao Direito Tributário democrático.

Na medida em que a interpretação do Direito é criativa (DWORKIN, 2007, p. 55 e segs), o intérprete do direito, seja ele o juiz ou a doutrina, deve construir a solução do caso levando em conta o passado e o futuro, de forma que a solução seja coerente com o que já se construiu e suficientemente indicativa do caminho que se quer tomar para o futuro.

Nessa perspectiva construtivista, embora deva-se dar valor para os precedentes, não há obrigatoriedade de serem aplicados e não há impedimentos para sua superação (*overrulling*), desde que seja necessário que a decisão judicial integre-se de modo harmônico ao sistema jurídico. Eis o argumento de Dworkin:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico

> poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. (DWORKIN, 2007, p. 274).

Ademais, vale ressaltar que o Direito Tributário possui fundamento ético, tal como a perspectiva defendida por Dworkin, não sendo a moral meramente contingencial, pois uma tributação não pode ser meramente técnica, mas justa e contributiva.

A abordagem realizada até este momento permite avançar pelas contribuições que se seguirão ao trabalho do norte-americano, dando-se atenção à influente teoria de Robert Alexy, apontando nela as inconsistências do seu modelo de regras e princípios.

2.3.2 A abordagem de Alexy

A Teoria dos Princípios em Alexy é uma proposta de reformulação da concepção dworkiniana de princípios visando sua aplicação na construção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição alemã.

Em relação ao segundo aspecto, ou seja, em relação à construção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais na Constituição alemã, é importante destacar que já na introdução de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, livro em que o autor apresenta a sua teoria dos princípios, Alexy deixa claro ao leitor que "não se trata, portanto, nem de uma filosofia dos direitos fundamentais desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica" (ALEXY, 2012, p. 29). Em diversos outros momentos, o autor deixa claro que sua teoria é voltada para a jurisprudência da corte constitucional alemã e sua interpretação do direito positivo[61].

[61] Como se nota, Alexy constrói sua teoria baseando-se na jurisprudência alemã. Deste modo, poderia ser questionado porque esse trabalho não baseou-se na jurisprudência tributária. Isso decorre de duas razões. Em primeiro lugar, o objetivo não é aplicar a teoria dos princípios de Alexy, ou construir uma teoria dos Direitos Fundamentais tributários, mas sim compreender um autor que é mencionado pela doutrina e pela jurisprudência nacional, os quais estão corriqueiramente alegando a aplicação da tese principiológica do autor para defender suas teses e soluções dos casos. Assim, Alexy é estudado porque é citado, e não porque pretende-se construir uma tese baseando-se em seus pressupostos. Em segundo lugar, reconhece-se que seria interessante aos trabalhos acadêmicos tributários esmiuçar-se na jurisprudência da corte constitucional brasileira, especialmente pela natureza *seriatim* das decisões em oposição ao modelo alemão *per curiam*, e na sua interpretação do direito positivo para verificar a aplicação da tese alexyana dentro do direito brasileiro. Porém, como nenhum trabalho no sentido do que aqui desenvolvido foi realizado, especialmente na seara tributária, tal análise seria um estudo diverso do que aqui realizado, embora complementares. Trata-se, portanto, de um recorte de pesquisa, que não desconhece que há outros recortes possíveis e necessários de serem pesquisados.

Neves, a esse respeito, afirma que

> Embora se possa verificar tratar-se de um modelo relacionado a uma reconstrução de uma experiência jurídica de um determinado país em momento específico de seu desenvolvimento constitucional, a sua recepção ultrapassou fronteiras, pretendendo-se dar um caráter de "universalidade" ou racionalidade "universal" à concepção principiológica de Alexy, como se fosse imediatamente válida para toda e qualquer ordem jurídica de Estado constitucional. (NEVES, 2013, p. 63).

No Brasil, em especial, houve ampla repercussão da teoria de Alexy, o que não significa que as pessoas a tenham compreendido de modo adequado. Não interessam a esta tese os aspectos relativos aos direitos fundamentais, embora reconheça-se a sua importância. Interessa, por ora, discutir a reformulação, ou refinamento (CRUZ, 2007, p. 291), da teoria dos princípios de Dworkin por Alexy, uma vez que parte respeitável da doutrina e dos operadores do direito no Brasil, inclusive no Direito Tributário, supostamente utilizam-se das bases teóricas da tese alexyana na descrição e aplicação do Direito[62].

Para apresentar a sua teoria dos princípios, Alexy se preocupa antes de tudo em definir o que seja norma jurídica. Para ele o ponto de partida consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo, sendo norma o significado que se pode extrair de um enunciado normativo. A norma, portanto, pode ser extraída do enunciado, mas é mais ampla do que ele, pois pode ser expressa sem a utilização desses meios linguísticos, tal como ocorre com as luzes de um semáforo. (2012, p. 54).

Para o autor,

> É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. (ALEXY, 2012, p. 54-55).

Se por um lado toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo, por outro, nem todo enunciado normativo ganha a forma de um enunciado deôntico, embora possa ser transformado linguisticamente ou interpretativamente em um enunciado deôntico. Veja-se o caso do art. 121 do Código Penal que simplesmente prevê a conduta típica, "matar alguém".

[62] Essa advertência é importante para destacar que Alexy foi objeto de estudo uma vez que tem sido utilizado, ou há uma pretensão de se aplicá-lo, na doutrina e na jurisprudência brasileira. Não se trata, portanto, de desconhecer a delimitação do recorte teórico que o próprio autor estabeleceu, embora, tal como Neves (2013, p.63) admite, reconhece-se que a tese principiológica de Alexy tem em sua pretensão ter um caráter de universalidade.

Trata-se de um enunciado normativo, mas só interpretativamente ganha o conteúdo deôntico de ser proibido matar alguém.

Pode parecer um cuidado metodológico supérfluo, mas faz todo sentido na medida em que se busca afastar a teoria dos princípios da distinção entre regras e princípios baseada na mera formulação no enunciado normativo.

Além disso, a importância não pode ser subestimada, já que em todos os casos, as normas podem ser construídas nas "formas padrão para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam" (ALEXY, 2012, p. 57). Essas formas padrão são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas. Enquanto os enunciados afirmativos expressam o que algo é, os enunciados normativos, sejam eles permissivos, proibitivos ou obrigatórios, expressam algo que deve-ser (ALEXY, 2012, p. 57-58)[63].

A partir desta compreensão, pode-se adentrar a análise da proposta de estrutura das normas de direitos fundamentais, formando a teoria dos princípios alexyana, utilizando da consagrada distinção entre princípios e regras. Para ele "essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito". (ALEXY, 2012, p. 85). É a coluna mestra do seu edifício da teoria dos direitos fundamentais[64].

Na concepção do autor alemão, princípios, tal como as regras, devem ser considerados como normas, pois dizem o que deve ser, podendo ambos serem formulados por meio de expressões deônticas. Caracteriza-se, portanto, como uma distinção entre duas espécies de normas, e embora a distinção não seja nova, deve ser vista a partir de outros critérios do que os que são comumente defendidos[65].

Alexy identifica três principais teses acerca da distinção entre regras e princípios:

---

[63] Trata-se, como se vê, de uma concepção semântica do conceito de norma, distinguindo-se o conceito da sua validade. Ou seja, nem toda norma é norma válida. Contrapondo-se ao autor alemão, muitos juristas, entre eles Ross, propõe que a validade compõe estruturalmente as normas, assim, normas existentes são por si normas válidas. (ALEXY, 2012, p. 58-59). Não serão discutidos esses critérios, já que não interessam ao que foi proposto. O afirmado aqui é suficiente para compreensão do marco teórico nos limites da pesquisa.

[64] "Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios". Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta". (ALEXY, 2012, p. 86).

[65] "Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (...) Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento". (ALEXY, 2012, p. 87-89).

a) uma primeira tese, a tese da conformidade, é defendida por juristas que afirmam ser fadada ao fracasso toda tentativa de diferenciar normas em duas classes, diante da diversidade de possibilidades existentes;

b) uma segunda tese, classificada como teses fracas ou quantitativas, que diferenciam regras e princípios salientando suas diferenciações de grau; e

c) uma última tese, a tese que chama de tese forte, que sustenta que não existe uma diferença somente gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa.

A distinção do autor, entre princípios e regras, não é difícil de ser compreendida, havendo mais problemas em sua aplicabilidade do que na compreensão dos critérios que o autor adota. Figueroa (2007, p. 342-343) aponta que a teoria dos princípios deve ser compreendida a partir do critério ontológico forte de distinção – otimização/determinação –, mas, também, deve ser entendido a partir do critério funcional, do modo de aplicação - subsunção/ponderação.

Em relação ao critério ontológico, enquanto os princípios devem ser considerados como mandamentos de otimização, devendo ser realizados na maior medida possível, as regras são normas que devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, em sua integralidade:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regra e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (2012, p. 90-91).

Os princípios, portanto, são satisfeitos de forma gradual, enquanto as regras são satisfeitas ou não, em sua integralidade. Ainda que as regras possam prescrever ações que são realizadas em diferentes graus, continuam sendo mandados de determinação, tal como o caso das normas que prescrevem ações que devem ser prudentes. Não se exige um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, a depender do direito que se trata. Assim, "exige-se exatamente que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito, ou não. Esse questionamento é típico das regras" (ALEXY, 2012, 91).

Posteriormente, após críticas, reformulou-se o conceito de princípios para entendê-los não como mandados de otimização, mas mandados a serem otimizados, sendo eles o objeto da ponderação (BUSTAMANTE, 2005; NEVES, 2013).

As diferenças ontológicas podem, também, ser bem entendidas pelas diferenças *prima facie* entre os princípios e as regras.

Como se viu, os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, a depender das possibilidades tanto jurídicas quanto fáticas a serem dadas pelo caso. Isso não tira dele o seu caráter deontológico, pois seus mandamentos devem ser cumpridos. Partindo dessa combinação, então, do seu caráter deontológico com seu caráter de graduação na sua execução, Alexy afirma que os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Ou seja, eles "não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas". (ALEXY, 2012, p. 103-104).

Alexy reconhece, porém, que é possível fortalecer determinados princípios, ou seja, seu caráter *prima facie*, introduzindo cargas argumentativas a seu favor, ou a classes de princípios em que esse princípio se insere, tal como o caso das normas de direitos fundamentais. Mas mesmo esse ônus argumentativo não excluirá "a necessidade de definir as condições de precedência no caso" (ALEXY, 2012, p. 105). A consequência do fortalecimento de um conjunto de princípios ou de um princípio é somente afirmar que estes deverão ter precedência caso, no conflito, as razões a favor da aplicação de ambos sejam equivalentes. (ALEXY, 2012, p. 106).

No caso das regras, em contraposição, o mandamento a ser cumprido deve ser feito exatamente nos termos do ordenado, possuindo "determinação na extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas". (ALEXY, 2012, p. 104).

Mas há um caráter *prima facie* nas regras que é, porém, diverso do caráter *prima facie* nos princípios. Nas regras há a possibilidade de estabelecer cláusulas de exceção quando da decisão de um caso. Se ocorrer, a cláusula de exceção, que pode ser introduzida inclusive em virtude de um princípio, fará com que a regra perca o seu caráter definitivo (ALEXY, 2012, p. 104). Mas, ainda assim o caráter *prima facie* das regras será distinto do caráter dos princípios, já que exijam um ônus argumentativo diferente. Para Alexy,

> (...) o caráter *prima facie* que elas [as regras] adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. **É necessário que sejam superados também aqueles princípios**

> **que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras.** Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que as regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (Alexy, 2012, p. 105 – negrito nosso).

Para se superar uma regra deve-se antes de tudo superar os princípios formais, ou seja, aqueles princípios que estabelecem que a regra deve ser respeitada pois foi criada pelas autoridades legítimas. Isso é especialmente relevante quando se trabalha com o Direito Tributário e Direito Penal, ramos em que os princípios formais da legalidade e da democracia possuem peso maior que em outros ramos.

O próprio jurista alemão percebe que a sua distinção parece se assemelhar à proposta de Dworkin, "mas ela dela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização"[66]. (ALEXY, 2012, p. 91).

Para o jurista norte-americano, como já se expressou anteriormente, princípio jurídico seria um padrão (de comportamento) a ser observado por uma questão de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Nesse caso, não se busca a promoção de uma situação futura, tal como um estado ideal econômico, político ou social. No princípio, o comportamento deve ser realizado não porque ele se enquadra na descrição de uma regra jurídica válida, que o exige, mas porque ele é o comportamento adequado por uma questão de justiça, equidade ou moralidade.

Como mandamentos de otimização, os princípios em Alexy diferem-se principalmente por duas características:

a) a possibilidade de otimização, ou seja, a realização em maior ou menor grau (gradualidade), o que não pode ser extraído do pensamento de Dworkin; e

b) a abrangência, no conceito de princípios, dos direitos individuais e dos direitos coletivos, podendo um princípio, portanto, ter forte carga teleológica, buscando uma situação futura ideal, o que não está, em definitivo, previsto no modelo de Dworkin.

---

[66] Em outro momento da obra: "diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido". (ALEXY, 2012, p. 104).

Em relação ao conceito de regras também há discordância entre ambos. Alexy não aceita a tese de que as regras são aplicadas à maneira do "tudo ou nada", já que para ele, nem mesmo em tese, as exceções poderiam ser exaustivamente prevista pelo ordenamento. Para Alexy, há sempre uma incerteza se no novo caso será ou não necessária a introdução de uma nova regra, não sendo, possível, enumerá-las de antemão. (ALEXY, 2012, p. 104).

Para Cruz, Alexy procurou refinar a perspectiva de Dworkin, considerando as cláusulas de exceção além da questão da validade. Assim, para o autor mineiro, "por cláusulas de exceção podemos entender tanto a possibilidade de enumeração de hipóteses excepcionais para a incidência das regras quanto as clássicas modalidades de afastamento da incidência de uma das regras" (2007, p. 293).

Por clássicas modalidades de afastamento da incidência o autor entende as regras para solucionar antinomias, tal como os critérios de hierarquia, especialidade ou momento de promulgação da lei, de modo, que essas exceções possam não gerar uma invalidade da regra inferior, geral ou anterior, mantendo-as no ordenamento jurídico[67].

Em uma questão tanto Alexy quanto Dworkin concordam: ao afirmarem que a generalidade dos princípios não é um ponto decisivo na distinção, e nem atributo exclusivo dos princípios, sendo a generalidade contingente e não necessária, de forma que não se pode ter esse critério como suficiente na distinção normoteorética (BUSTAMANTE, 2005, 188). O segundo critério de distinção é o critério funcional, em que as regras são aplicadas pelo raciocínio/argumento da subsunção e os princípios pelo raciocínio/argumento da ponderação. O critério funcional será útil especialmente para resolução dos conflitos normativos, e segundo Bustamante "é exatamente isso que torna a classificação de Alexy relevante para a metodologia jurídica" (2005, p. 190).

Dois princípios ou duas regras colidem quando, se aplicadas isoladamente ao mesmo caso, levam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a juízos concretos de dever-ser contraditórios. A forma em que esses conflitos serão solucionados será diferente para os princípios e para as regras (ALEXY, 2012, p. 91-92).

Quando duas regras entram em conflito, há dois modos de se resolvê-lo. Ou se introduz uma cláusula de exceção, eliminando o conflito, ou se declara uma dessas regras inválida. Nesse caso, a validade jurídica não é graduável - ou se é válido ou não:

[67] Confesso que não enxergo as diferenças nesta questão das exceções para Dworkin e Alexy. Se elas existem, não consigo ver grandes diferenças. O modelo tudo ou nada das regras me parece muito similar ao modelo de mandato definitivo, até porque o próprio Dworkin admite a existência de exceções, e que elas são possíveis de serem verificadas a partir do caso, sem que esteja clara a sua previsão legal.

> A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. (ALEXY, 2012, p. 93).

O modelo de aplicação das regras é o da subsunção, que, pelo processo lógico-formal, se caracteriza pelo enquadramento de uma premissa fática numa premissa normativa, obtendo-se a conclusão acerca do que é ou não devido juridicamente.

Bustamante reconhece que há um preconceito acerca do modo de aplicação pela subsunção, especialmente porque a supervalorização da dimensão analítica da ciência jurídica leva a encobrir valorações do intérprete que se esconderia pela ideia de uma falsa dedução formal (2005, p. 196). Mas para ele, a subsunção em Alexy não pode ser compreendida nestes termos:

> O procedimento denominado subsunção pode (...) ser entendido num sentido mais amplo, partindo-se do caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica. Se de um lado a ciência do direito está adstrita às leis da lógica, de outro, o respeito a elas não constitui condição suficiente para um pensamento jurídico correto [Canaris, 1996: 32]. A subsunção, ato que aplica regras jurídicas a partir da verificação dos fatos compreendidos pelo problema jurídico e da sua correspondência com a hipótese de incidência de uma regra jurídica que a abarque, "não é, de modo algum, apenas do tipo lógico-formal, antes surgindo, numa parte essencial, ainda que frequentemente não explícita, numa ordenação valorativa". (BUSTAMANTE, 2005, p. 196).

A subsunção deve ser entendida num sentido mais amplo do que usualmente se a compreende, devendo a subsunção ser aplicada somente depois de superados os problemas interpretativos suscitados por ela.

Já no caso da colisão entre princípios, a solução é diversa, já que, quando contraditórios – imagine-se um exemplo de um conflito entre o princípio a liberdade de informação e o princípio da proteção à vida íntima – um deles deverá ceder ao outro. O princípio cedente não é declarado inválido, nem é necessário nele se introduzir uma cláusula de exceção. Para Alexy, "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta" (2012, p. 93).

A depender do caso analisado pelo intérprete, um princípio terá mais peso que outro, sendo que, no conflito entre os princípios, aquele que possuir maior peso terá precedência na sua aplicação. E isso dependerá **das circunstâncias do caso,** já que um mesmo princípio pode em um caso ter precedência, e em outro ter que ceder**.**

A dimensão em que os conflitos entre regras e os conflitos entre princípios ocorrem é distinta. Enquanto as regras entram em conflito na dimensão da validade, e por isso se aplica o raciocínio da subsunção, conforme já explicado, os princípios colidem na dimensão do peso ou importância, exigindo, portanto, o raciocínio da ponderação[68] (Alexy, 2012, p. 94). Como já se afirmou, o raciocínio da subsunção, para Alexy, possui utilidade, mas é insuficiente para resolver os conflitos normativos existentes.

Para responder as indagações acerca do que se quer dizer quando se fala em "pesos", Alexy apresenta o conceito de relação condicionada de precedência que pode ser assim descrito: "em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto". (ALEXY, 2012, p. 97). "C", como "condição de precedência" desempenha tanto o papel de condição de uma relação de precedência quanto o papel de pressuposto fático de uma regra. (ALEXY, 2012, p. 98).

Como fundamento da teoria dos princípios, Alexy apresenta a lei de colisão, que assim pode ser formulada: "(K) Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C: (P_1 *P* P_2) C, e se do princípio P_1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C => R" (ALEXY, 2012, p. 99).

De forma menos técnica, "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2012, p. 99).

Para dar efetividade à lei da ponderação, o autor alemão (2011) desenvolve a fórmula peso[69], que se trata de um mecanismo aritmético, baseado na teoria da escalação, atribuindo-se "pesos" ou "grandezas" distintos de um princípio em relação ao outro, permitindo ao Direito Constitucional tratar a matemática como um instrumento para justificar e racionalizar a decisão a ser tomada diante de um conflito normativo entre princípios[70]. Para Alexy,

---

[68] Ou sopesamento, como preferem alguns.

[69] No Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional, realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais, na cidade de Belo Horizonte,em fevereiro de 2014, Robert Alexy apresentou uma reformulação de sua fórmula peso. Segundo a apresentação, teria o autor, pela primeira vez, tornado públicas essas alterações. Para aprofundar nos debates ocorridos no referido congresso sugere-se a leitura dos Anais, organizados por Trivisonno, Saliba e Lopes (2014), e da obra Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito (2014), tendo como autor principal Robert Alexy, organizado, também, por Trivisonno, Saliba e Lopes. Os acréscimos não alteram o sentido e os objetivos da construção da fórmula peso. Pelo contrário, parece reforçá-la e trazer mais elementos definidores para o controle da argumentação, tornando-o ainda mais rígido. Desse modo, as complementações em nada tornam as afirmações a seguir ultrapassadas.

[70] Para Bustamante (2006, p. 106), "a argumentação jurídica ganhou muito com a fórmula de ponderação. Justamente naqueles casos nos quais a lei nos deixa mais desamparados, nos quais a ciência do direito menos

> A legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar. Sobre a racionalidade da ponderação, porém, decide a estrutura dela. Caso sua análise mostre que ponderar não pode ser outra coisa senão decidir arbitrário, então estaria com a racionalidade da ponderação posto em dúvida, simultaneamente, a sua legitimidade na aplicação do direito, especialmente, na jurisprudência constitucional. O problema da estrutura da ponderação forma, por isso, o núcleo do problema da ponderação no direito. (ALEXY, 2007, p. 131).

Defendendo sua tese, Alexy argumenta que as críticas dos céticos da ponderação radical, como Habermas, não prosperam, quando afirmam que a ponderação efetiva-se arbitrária e irrefletidamente, segundo modelos e ordens hierarquicamente acostumados, ou que em última instância somente a subjetividade do examinador faz valer (decisionismo). Segundo Alexy, a intensidade não é aferida arbitrariamente. A conclusão deve estar relacionada com a argumentação produzida, e os argumentos a serem expostos publicamente demonstram que a conclusão final não foi obtida sem um processo anterior de reflexão (2011, p. 137).

O argumento jurídico é transformado em relações matemáticas, sendo que somente dessa forma o argumento poderia obter sua consumação extrema. Ou seja, para se efetivar a lei da ponderação, traduzida pela fórmula genérica de "quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro", atribuam-se pesos ou grandezas aos princípios envolvidos.

Enquanto a idoneidade, ou seja, a adequação dos meios ao fim pretendido, e a necessidade, ou seja, a inexistência de meios menos gravosos para se atingir o objetivo visado, expressam o mandado de otimização no plano fático, numa análise das condições materiais para a realização do efeito, adotando-se a causa idônea e necessária, o princípio da proporcionalidade trata da otimização relativa às possibilidades jurídicas, limitando-se, portanto, a essas possibilidades o campo da ponderação[71].

A ponderação, portanto, deve levar em conta três etapas:

a) a comprovação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio;

b) a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e

c) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou o não cumprimento do outro.

---

evoluiu e nos quais a subjetividade (inerente a toda valoração) é mais marcante, foi estabelecido um modelo para classificar e relacionar cada uma das variáveis relevantes para a ponderação jurídica (cumprimento de cada princípio, certeza das premissas empíricas e peso abstrato dos princípios colidentes)".

[71] De forma mais detalhada essa questão será abordada no tópico 2.3.2.1 A máxima da proporcionalidade.

A importância do cumprimento dos princípios e os prejuízos que o seu não cumprimento pode trazer podem ser medidas por três graus: leve, médio ou grave[72]. A avaliação e atribuição de graus devem incidir, portanto, sobre dois aspectos:

a) o não cumprimento ou prejuízo de um princípio, que seria o grau de intervenção; e

b) a importância do cumprimento de outro princípio, que seria o fundamento justificador da intervenção (2007, p.133).

A fórmula traz critérios, pretensamente objetivos, para aplicação da lei da ponderação, já que o não cumprimento de um princípio Pi, e a importância do cumprimento de outro princípio colidente Pj, estão face a face. Três são os fatores que devem ser distinguidos de cada lado, precisando a lei de ponderação. Do lado de Pi devem ser levados em consideração:

1) a intensidade da intervenção sofrida pelo Pi (Ii);

2) o seu peso abstrato (Gi); e

3) a certeza das suposições empíricas sobre isto, ou seja, o que a medida a ser apreciada significa para a realização de Pi (Si).

Do outro lado, de Pj, devem ser considerados os mesmos fatores, sendo que o primeiro fator deve ser analisado sob a seguinte perspectiva: a intensidade da intervenção em Pj por omissão da intervenção em Pi (Ij). (ALEXY, 2011, p. 144 e segs)

Às variáveis da fórmula devem ser atribuídos diferentes graus, ilustrados pelas expressões leve (l), médio (m) e grave (s). A terceira variável, relativa à ponderação epistêmica, receberia também três graus, caracterizados pelas seguintes medidas: certo (g), sustentável (p) e não evidentemente falso (e).

Com isso colocado, Alexy desenvolve seu complexo raciocínio, atribuindo a cada grau um número, enunciando assim a fórmula:

$$Gij = Ii. Gi. Si / Ij. Gj. Sj$$

Na fórmula, Gij representa o peso concreto relativo do princípio que é calculado a partir da intensidade da intervenção concreta em Pi (Ii), multiplicada pelo peso abstrato de Pi (Gi) e a segurança da suposição empírica da não realização de Pi (Si) dividido pelo resultado da multiplicação da importância concreta do princípio em sentido contrário (Ij), o peso

[72] Esclarece Alexy que essa classificação triádica não é fechada. Pode-se ponderar sempre que se esteja diante de pelo menos dois graus, sendo o número de graus aberto, não devendo, porém, serem muito grandes as opções, sob pena de se tornar inviável a aplicação da fórmula.

abstrato do princípio em sentido contrário (Gj) e pelo grau de segurança da suposição empírica da realização de Pj (Sj).

Assim, na aplicação da fórmula, Gij será maior do que 1 em todos os casos em que se puder concluir que Pi tem precedência sobre Pj; da mesma forma, que em todos os casos em que a ordem de prioridade se inverta, o valor de Gij será inferir a 1. Os casos de empate significam que se está diante dos limites da margem de ação do legislador (BUSTAMANTE, 2006, p. 95).

O que é mais importante é compreender o sentido geral da fórmula, pois não interessa para os fins deste trabalho a exatidão de sua aplicação. Segundo Bustamante, "seu caráter estritamente formal, longe de reduzir o raciocínio jurídico a um formalismo, é talvez sua maior vantagem" (2006, p. 96).

A fórmula é um empreendimento teórico que objetiva construir uma teoria procedimental da argumentação jurídica, voltada para formular regras de como se deve argumentar, não podendo ser concebida como uma enunciação de preceitos definitivos (BUSTAMANTE, 2006, p. 96).

Por esse motivo, é necessário advertir que a fórmula apresentada é uma simplificação do raciocínio de Alexy, que, em casos complexos, ainda propõe tríades estendidas ou ampliadas, e como já se mencionou, mais recentemente adicionou mais uma variável à fórmula, que não estava prevista no modelo original.

Como exemplo da aplicação da sua fórmula, Alexy cita o caso da revista Titanic, em que a publicação denominou um ex-oficial hemiplégico como "nascido assassino", e em outra edição, o denominou como "aleijado".

A ponderação em curso era entre a liberdade de manifestação e os direitos de personalidade do oficial.

No recurso, ficou consignado que a condenação para a indenização em dinheiro por um dano imaterial deveria ser considerada uma intervenção grave na liberdade de expressão, já que teria efeito forte e duradouro. Em relação à designação de "nascido assassino", considerou-se-á como dentro do contexto de sátiras publicadas na revista e de repercussão média ou leve na proibição da violação do direito de personalidade. Por outro lado, quanto à designação de "aleijado", a mesma feriria de maneira grave o direito de personalidade, entendendo-a como humilhação.

Assim, no caso em que a repercussão patrimonial grave colidiu com a violação média ao direito de personalidade, foi afastado o dever de indenizar; enquanto a colisão com a grave violação ao direito de personalidade resultou no direito à indenização.

Segundo o autor, portanto, sentenças racionais originam-se dessa atribuição de graus de intensidade e de importância, colocando-se em relação com o fim da fundamentação de um resultado. O resultado do sopesamento, ou seja, o resultado da lei de colisão é o que Alexy convencionou chamar de norma de direito fundamental atribuída, ou seja, uma norma que surge da interpretação do texto constitucional, um direito fundamental desdobrado do enunciado normativo após a sua interpretação, o sentido normativo atribuído ao texto, após o seu refinamento[73].

Assim, a norma de direito fundamental atribuída, ou seja, aquela derivada da interpretação de um princípio, por exemplo, pode ser considerada, também, uma regra, "à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva" (ALEXY, 2012, p. 102).

O resultado do sopesamento é a norma de direito fundamental atribuída que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Haveria, portanto, normas de direito fundamental na estrutura de princípios e na estrutura de regras. (ALEXY, 2012, p. 102).

Para compreender a ideia precedente, é preciso retomar o caráter *prima facie* dos princípios em relação ao caráter definitivo das regras. Para o autor alemão, regras e princípios devem ser considerados como razões para normas, ao contrário do entendimento de Raz, de que as normas são razões para as ações (ALEXY, 2012, p. 107). Para ele,

> Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma razão definitiva. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. (ALEXY, 2012, p. 108).

Assim, toda vez que se pretende tomar uma decisão sobre direitos, deve-se identificar os direitos definitivos. O caminho do princípio para o direito definitivo passa, portanto, pela relação de preferência, que segundo a lei de colisão, é a definição de uma regra. (ALEXY, 2012, p.108).

[73] As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas. (ALEXY, 2012, p. 73).

2.3.2.1 A máxima da proporcionalidade

Ao final do procedimento de ponderação, o resultado a que se chega é uma regra aplicável ao caso, fixando diretivas para casos futuros, mas, mais do que isso, permitindo a subsunção que conduzirá à solução do caso (BUSTAMANTE, 2005, p. 192). A ponderação de princípio, portanto, é procedimento prévio à subsunção.

A ponderação orientar-se-á por três planos distintos, conforme leciona Bustamante (2005, p. 192):

a) o plano da intensidade da intervenção de cada princípio;

b) o plano dos fundamentos justificadores, ou seja, da relação de prioridade que será estabelecida em cada caso; e

c) o plano das pesagens, em que cada princípio receberá um peso determinado no caso.

Para que haja uma racionalidade nesse procedimento, o resultado da ponderação só pode ser válido se superar um teste de racionalidade fornecida pelas regras gerais da argumentação prática (BUSTAMANTE, 2005, p. 193).

Para isso, o procedimento de ponderação deve levar em conta a máxima da proporcionalidade para fornecer respostas para colisões de princípios jurídicos. A própria natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, sendo composta por três máximas parciais: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2012, p. 116-117).

É preciso esclarecer, como faz o autor, que embora a máxima da proporcionalidade seja comumente denominada "princípio da proporcionalidade", são coisas diferentes. Princípio no sentido aqui empregado é algo que deve ser otimizado e ponderado; no caso da máxima da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – não há sopesamento contra algo, nem se pode dizer que algumas vezes possuirá precedência, e outras vezes não. Máxima da proporcionalidade tem mais o sentido de regra do que princípio, pois é uma técnica de aplicação e não algo a ser ponderado. (ALEXY, 2012,117).

Trata-se, portanto, de um limite à liberdade de conformação legislativa, condicionando a validade dos atos do Poder Público ao seu cumprimento (BUSTAMANTE, 2005, p. 194).

Assim, "quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico" (ALEXY, 2012, p. 117). Deve-se, portanto, sopesar nos termos da lei de colisão, já que os princípios, se são considerados válidos, devem ser obrigatoriamente

aplicados, porém, será preciso verificar por meio das condicionantes jurídicas e fáticas qual deles terá precedência para aquele caso.

As máximas parciais devem ser observadas como critérios que dão racionalidade para a decisão a ser tomada, e essenciais para o exercício completo da máxima da proporcionalidade.

A primeira máxima parcial, a da **adequação,** exige que as medidas interventivas adotadas mostrem aptidão para atingir os objetivos pretendidos. Trata-se de uma análise simples: a intervenção é apta a atingir o objetivo para que ela se dispôs?

A máxima parcial da **necessidade** exige que seja verificado se existem outros meios menos gravosos para se atingir o objetivo visado. A análise aqui é: a intervenção poderia ser realizada por um meio menos gravoso?

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que o intérprete analise se o benefício trazido justifica a interferência na esfera dos cidadãos. É a análise se a intervenção gerará mais benefícios do que os prejuízos que ela pode trazer.

Enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito "decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas" (ALEXY, 2012, p. 118), as máximas da necessidade e da adequação "decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas". (ALEXY, 2012, p. 118).

Como se pode notar, o dever de proporcionalidade, exercido pela fórmula de ponderação, exige que o intérprete faça um juízo sobre a interferência de um princípio no âmbito de aplicação de outro.

A proporcionalidade nada diz sobre o peso de cada um dos princípios; a pesagem é realizada no âmbito de argumentação exterior à proporcionalidade, que deve ser compreendida como uma estrutura formal de raciocínio.

2.3.2.2 A defesa de Alexy da proposta do modelo de regras e princípios

Alexy (2012) apresenta três tipos ideais de modelos sobre como podem ser encaradas as normas de direitos fundamentais.

O primeiro modelo seria o modelo puro de princípios, em que todas as garantias estabelecidas nas disposições de direitos fundamentais deveriam ser compreendidas como princípios, sendo que as regras surgiriam somente após a fixação das relações de prevalência

como resultado dos sopesamentos (ALEXY, 2012, 121). As regras, nesse modelo, são totalmente dependentes dos princípios.

O principal problema deste modelo seria não levar a sério a Constituição escrita, especialmente no caso da Constituição alemã, que regula de maneira diferenciada as restrições a direitos fundamentais. Tal consideração poderia ser transplantada, também, para o caso da Constituição Brasileira, que, em diversos casos, como, por exemplo, no que se pode nomear de norma de direito fundamental da legalidade tributária, estabelece uma razão determinante para validade de uma norma jurídica tributária infraconstitucional.

Um modelo puro de princípios "substituiria vinculação por sopesamento e, com isso, ignoraria o caráter da Constituição alemã como uma 'Constituição rígida' com pretensão de clareza normativa e univocidade". (ALEXY, 2012, p. 123).

A contraposição a esse modelo puro de princípios seria o modelo puro de regras, em que seus defensores consideram as normas de direitos fundamentais sempre aplicáveis, livres de sopesamentos, ainda que possam ser carentes de complementação.

Neste caso, renunciar-se-ia ao sopesamento que gera tanta insegurança jurídica, sem abrir mão da tarefa de interpretação, que se utilizaria das "velhas e consolidadas regras da hermenêutica jurídica" (ALEXY, 2012, p. 123).

A grande objeção, nesse caso, é que o modelo de regras não possui funcionalidade, já que os casos concretos exigem constantemente o sopesamento, tendo em vista a constante contraposição de direitos fundamentais, procedimento que não poderia ser descartado.

Alexy propõe, em substituição a esses modelos, encarar as normas de direitos fundamentais pelo modelo misto de regras e princípios. Assim, as normas de direitos fundamentais devem ser vistas tanto como princípios quanto como regras.

Pertencem ao nível dos princípios de direito fundamental todos que, sob a Constituição alemã, sejam relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais, considerando como relevantes aqueles princípios que possam ser utilizados corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito. (ALEXY, 2012, p. 136).

Reforçando a diferença entre Alexy e Dworkin, é curioso notar que Alexy se refere às normas de direitos fundamentais não só como aquelas que se refiram a direitos individuais, mas, também, aquelas que têm "como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possam ser também utilizados como razões favoráveis a eles" (ALEXY, 2012, 136-137).

Para Alexy,

> O conjunto básico dos princípios que conferem direitos fundamentais *prima facie* é facilmente determinável. Sempre que uma disposição de direito fundamental garante um direito subjetivo, a ela é atribuído ao menos um princípios dessa natureza. Mais difícil é responder à pergunta acerca dos princípios relacionados a interesses coletivos. Alguns deles podem ser atribuídos sem maiores exigências a cláusulas de restrição qualificadas; outros, por meio de uma interpretação institucional das disposições de direitos fundamentais, podem ser atribuídos até mesmo ao suporte fático. Outros ainda, como o princípio do Estado Social e o princípio democrático, podem ser atribuídos, sem que isso cause algum problema, a disposições constitucionais que não sejam dispositivos de direitos fundamentais. Problemática é, por outro lado, a atribuição de princípios como a da defesa militar a normas constitucionais de competência, pois o fato de algo ser da competência da União pouco diz sobre sua importância em relação aos direitos fundamentais. Aquilo que é de competência dos Estados – é possível, aqui, pensar na educação e na polícia – pode ter igual ou maior importância. (ALEXY, 2012, p. 136-137).

Atribuir às disposições constitucionais princípios, ou seja, extrair do enunciado normativo constitucional uma norma do tipo princípios, é relevante dada hierarquia destes enunciados. Esse é um critério formal, mas, também, é preciso atribuir princípios a disposições que não sejam constitucionais, mas que são relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais (ALEXY, 2012, p. 137). O conteúdo continua indispensável.

Por conta disso, surge a seguinte dúvida: um princípio atribuído pelo conteúdo do enunciado normativo pode superar um princípio atribuído pela sua posição na hierarquia formal da Constituição?

A solução seria distinguir a hierarquia constitucional de primeiro e de segundo grau. São de primeiro grau os princípios que podem restringir um direito fundamental garantido sem reserva, ou seja, princípios que a Constituição assegurou em sua plenitude. Por exemplo, a colisão entre o princípio da liberdade religiosa (art. 5º, inc. VI, da CF/88) e o do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88), no caso de transfusão de sangue para devotos de religião que condena essa intervenção médica. Ambos os princípios são assegurados sem reserva na Carta Constitucional, sendo que um restringirá o outro, seja qual dos dois for prevalecente na solução do conflito, independente de apoio de normas infraconstitucionais.

São de segundo grau os princípios que podem restringir um direito fundamental "somente com o apoio de uma norma de competência estabelecida em uma disposição de reserva" (ALEXY, 2012, p. 138). É o caso do princípio da proteção da mulher no mercado de trabalho, previsto no inciso XX, do art. 7º, da CF/88. É assegurada às mulheres proteção do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Ou seja, o princípio

da proteção da mulher depende de complemento normativo para restringir o princípio da igualdade entre gêneros no mercado de trabalho.

Os princípios de hierarquia constitucional de segundo grau possuem mais insegurança do que os princípios. Por mais insegurança quer se dizer que os de primeiro grau possuem, também, insegurança. Mas no caso dos princípios de hierarquia constitucional de segundo grau, tanto o aspecto substancial quanto o formal (competência) reforçam reciprocamente para justificar uma restrição.

Alexy divide os princípios entre materiais/substanciais e formais/procedimentais: "um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático" (ALEXY, 2012, p. 138).

Nos princípios estão reunidas coisas extremamente diversas, e mais ainda coisas indeterminadas, havendo espaço para muita coisa. Assim, ao se passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o mundo mais restrito do dever-ser real, surgem as colisões. E ai é inevitável tomar decisões acerca do peso dos princípios colidentes, fixando relações de prevalência (ALEXY, 2012, p. 139).

É nesse momento, em que se exige a tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos, mais do que positivação ou decisões a favor ou contra a princípios, que as disposições de direitos fundamentais entram no segundo nível, no nível das regras:

> Quando, por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, ela é, enquanto regra, incompleta. Na medida em que ela for incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas. Mas isso nada muda no fato de que as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes. A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. (p. 139-140).

Nesse caso, ao adentrar no nível das regras, fixa-se uma decisão a favor de certo princípio. A vinculação à Constituição "significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte" (ALEXY, 2012, p.140).

Assim, o que foi determinado no nível de regra terá primazia sobre as alternativas baseadas em princípios. É o que ocorre, a nosso ver, no caso da legalidade tributária, em que

fixou-se uma decisão a favor da formalidade da regra que institui tributos, dentre outros elementos.

Essa primazia, porém, não é uma primazia estrita:

> Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. (ALEXY, 2012, p. 141).

As normas de direitos fundamentais, portanto, podem ser regras ou princípios, podendo, porém, adquirir caráter duplo se forem construídas de forma em que ambos os níveis estejam nelas reunidos. (ALEXY, 2012, p. 141). Tais normas de caráter duplo "surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis". (ALEXY, 2012, p. 143).

O exemplo que o autor alemão oferece é o estabelecido pelo art. 2º, §2º, 2 e 3 da Constituição alemã[74], que podem ser assim transformado:

> São proibidas intervenções estatais na liberdade pessoal se elas não estiverem baseadas em uma lei ou não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que, devido às circunstâncias do caso, tenham primazia em face do princípio da liberdade pessoal. (ALEXY, 2012, p. 143).

Neste caso os princípios colidentes não precisam passar pelo filtro da hierarquia constitucional já que estabelecidas, pelo legislador constituinte, como normas de reserva não-qualificada, ou seja, o princípio da liberdade pessoal pode ser restringido em virtude de uma "simples" lei. Mas mesmo as normas de reserva qualificada, ou seja, normas que podem restringir direitos fundamentais desde que possua uma qualificação especial[75], necessitam de

---

[74] O texto literal da Constituição Alemã referente a esse artigo é o seguinte: Art. 2º [Direitos de liberdade] (§1º) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (§2º) I - Todos têm o direito à vida e à integridade física. II - A liberdade da pessoa é inviolável. III - Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei. Tradução disponibilizada na internet pelo sítio da Embaixada e dos Consulados Gerais da Alemanhã no Brasil. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> acessado em agosto de 2014.

[75] Alexy aponta como exemplo, o art 13, §3º da Constituição Alemã. Segundo essa norma, a inviolabilidade do domicílio pode ser restringida desde que os fatos justifiquem a suspeita que alguém tenha cometido um delito, determinado de forma específica pela lei como delito especialmente grave. Como se nota, não só exige-se uma "simples" lei, mas, que essa lei tenha um conteúdo qualificado, qual seja, que o delito seja considerado especialmente grave.

uma transformação complementadora, devendo ser sopesadas, e assim, aplicáveis a elas a teoria dos princípios.

Para Alexy, portanto, compreender normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios é insuficiente, sendo o modelo adequado aquele que compreende as disposições de direitos fundamentais tanto como regras quanto como princípios. (ALEXY, 2012, p. 144).

2.3.2.3 Objeções à teoria dos princípios

Compreendidos os argumentos de Alexy sobre as distinções normativas entre regras e princípios, é preciso examinar as críticas realizadas ao autor. Em primeiro lugar, serão apresentadas as três críticas que o próprio autor tenta rebater em sua obra, apresentando seus argumentos de defesa:

> A primeira (1ª) sustenta que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles; a segunda (2ª), que existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em relação de preferência em face de outros princípios; e a terceira (3ª), que o conceito de princípio é muito amplo e, por isso, inútil, porque abarcaria todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento. (ALEXY, 2012, p. 109-110).

Em relação à primeira crítica, Alexy responde que a colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Ou seja, se um dos princípios é considerado inválido, não há uma contradição normativa em sentido amplo, aquela que ocorre dentro do interior do ordenamento, mas uma contradição em sentido estrito, ou seja, acerca da decisão sobre o que deve ou não ficar de fora do ordenamento. É o caso de um eventual princípio da segregação racial. Nos Estados Constitucionais contemporâneos, tal princípio nem sequer faz parte do ordenamento jurídico, logo não pode entrar em colisão no sentido que Alexy pressupõe.

Mas esse não seria, também, o mesmo modo de raciocinar quando se está diante de duas regras contraditórias e necessário é declarar uma como inválida? O que o intérprete acaba fazendo não é concluir que a regra nem sequer faz parte do ordenamento jurídico? Ao mesmo tempo, só é possível dizer que algo é inválido se inseridos discursivamente dentro do próprio sistema, trata-se de um paradoxo da qual não se pode fugir[76]. Logo, a colisão entre

[76] Nesse sentido, Derzi "Como se sabe, a consistência está relacionada com o princípio da não contradição, ou seja, X não pode ser A e não-A. Em termos matemáticos, um sistema será inconsistente, se a fórmula A for teorema e a fórmula não-A também o for. Assim, o sistema totalizante (completo) terá de abrigar A e não-A, o que leva à inconsistência. A completude é o todo e o todo é verdade/mentira. Portanto, se a consistência está

princípios poderia ter como resultado a consideração da invalidade de um deles. A defesa de Alexy a essa crítica torna-se infundada.

O mesmo raciocínio vale para as regras, pois, nesse caso pressupor que entre colisões de regras sempre uma será invalidada, ou a contradição será superada por meio da inserção de uma exceção, desconsidera os conflitos entre possíveis regras a serem aplicadas, sendo que uma será afastada sem que ela seja declarada inválida. É o caso em que se discute qual o tributo que deve incidir sobre o fenômeno contratual conhecido por *leasing*.

Nos RREE 547.245 e 592.905 examinou a questão dos contratos de *leasing* e a possibilidade de incidência de imposto sobre serviços de qualquer natureaza (ISSQN) sobre essas operações. É verdade que nesse caso a pauta restringiu-se a incidência do ISSQN sobre esses contratos, e não se discutiu se outros tributos seriam os adequados, como imposto sobre operações financeiras (IOF). Mas, supondo-se que a União e os Municípios disputassem a incidência de impostos sob sua competência sobre esse fato gerador, a decisão do STF levaria a declaração de invalidade de uma das regras? Pela teoria de Alexy parece que não.

Ainda poder-se-ia argumentar que as regras em conflitos não são as regras do ISSQN e do IOF no seu sentido abstrato, mas as regras que se pode construir a partir do caso. Assim ter-se-iam duas regras em conflito:

a) a realização do contrato de *leasing* resulta no dever de pagar o ISSQN *versus*

b) a realização do contrato de *leasing* resulta no dever de pagar o IOF.

E a solução declararia que uma delas, no caso a regra (b), seria inválida.

Sim, parece bem razoável esse argumento, porém, não é dessa mesma forma que se constrói os conflitos entre princípios? Densifica-se a partir do caso as regras, ou normas, para se encontrar a resposta correta, ou uma resposta correta.

Já em relação à segunda crítica, de que existiriam princípios absolutos, Alexy argumenta que "nem mesmo a norma da dignidade humana é um princípio absoluto" (ALEXY, 2012, p.114).

Isso porque essa ideia de caráter absoluto advém da existência de duas normas da dignidade:

> a) uma regra, nos casos em que a norma é tão relevante que nem sequer se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas somente se ela foi violada ou não, ou, numa segunda possibilidade, trata-se de regra em relação ao conteúdo nuclear do princípio, e;

---

relacionada com o princípio da não contradição, a completude relaciona-se com o princípio do terceiro excluído" (2009, p. 29):.

b) um princípio, sua natureza propriamente dita, na medida em que é possível de ser sopesada[77].

A impressão de que a dignidade sempre prevalece decorre não da natureza do princípio, mas de uma série de condições que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, determinado princípio, no caso a dignidade humana, prevalecerá. Mesmo as regras abstratas de prevalência, ou seja, regras que determinam que um princípio deva prevalecer sobre o outro após a ponderação sem a análise do caso, não são absolutas, embora tenha sido alvo de críticas como se verá a seguir (ALEXY, 2012, p.111-114).

Quanto à crítica de que o conceito de princípio é muito amplo, e por isso inútil, abarcando todo e qualquer interesse, Alexy chama a atenção para o fato de que, diferentemente de Dworkin, considera princípio não só na dimensão dos direitos individuais, mas, também, na dimensão dos direitos sociais e coletivos. E, por conta disso, sua definição é realmente ampla, mas longe de ser inútil, engloba coisas específicas. A questão que permanece em aberto parece ser em relação ao que se pode considerar coisas específicas a serem protegidas? A essa amplitude e ausência de controle intersubjetivo do que possa ser considerado princípio que parecem ser dirigidas as críticas, e não ao fato de incluir direitos coletivos e direitos individuais.

Adicionalmente, podem ser identificados dois outros conjuntos de críticas à teoria dos princípios alexyana que envolvem:

a) críticas à irracionalidade da lei de ponderação, que acabam por englobar algumas das críticas que o próprio autor elenca e combate acima; e

[77] Parece que Alexy acaba por abandonar a definição de princípio como mandamento a ser otimizado, quando assim se posciona: "Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que 'a dignidade humana (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça'. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da 'comunidade estatal', sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana" (ALEXY, 2012, p. 113). Ora, nesse sentido ela estaria mais para regra, já que conforme ele "sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada ou não" (ALEXY, 2012, p. 112). O trecho que ele colaciona, extraído do BVerfGE 45, 187 (242), justamente não debate qual princípio prevalece, mas só se a dignidade humana foi ou não foi violada. Ademais, o próprio princípio da dignidade parece comprometer o sentido de princípio como mandamento a ser otimizado. O conceito de mandamento a ser otimizado pressupõe a possibilidade inclusive de nada do princípio ser realizado, ou muito pouco, a depender do caso. Será que o direito democrático contemporâneo, sob fundamento ético, admitiria uma violação do princípio? Alexy (2012, p. 112) parece que responderia a essa questão afirmando que o princípio possui uma esfera nuclear, tal como decidido no BVerfGE34, 238 (245). Mas essa esfera é regra? Só o restante, fora da esfera, que deve ser otimizado? Mas se é dessa forma, em que muda em relação a definição que apresentou-se, dada pelos teóricos do paradigma moderno tal como Mello (1981, p. 230)? O próprio conceito princípio como mandado a otimizar parece muito complicado, na medida em que há uma grande dificuldade em estabelecer a partir de qual grau de otimização seria lícito, e até qual grau seria ilícito.

b) críticas à insustentabilidade racional dos critérios adotados para a distinção entre regras e princípios.

O primeiro conjunto de críticas, também, é direcionado à teoria dos valores do autor a seguir apresentada, sendo especialmente dirigidas ao fato de que o sopesamento acaba gerando decionismo:

> Com tudo isso, a ponderação de bens, da forma como foi concebida, nada mais é que uma garrafa vazia, um cheque em branco, onde o intérprete, do mais nobre ao mais mal intencionado, pode colocar o que bem entender. Tudo isso se mostra radicalmente incompatível com um sistema jurídico que se julga capaz de fornecer ao destinatário da norma um mínimo de segurança, previsibilidade e objetividade na atividade interpretativa do Direito. (SILVA, 2002, p. 19).

As críticas direcionadas à irracionalidade do método de Alexy gerou uma resposta por parte do autor ainda mais problemática (CRUZ, 2007, p. 295), tal como as regras abstratas de prevalência dos princípios[78]. Tal perspectiva desconecta a teoria alexyana da realidade:

> Alexy parece não perceber que, ao admitir possibilidades de que a lei da ponderação possa estabelecer-se de forma desconectada da realidade, sua teoria acaba definitivamente retornando ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo, porque, ao dizer que as "regras de prevalência da ponderação" podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo, abandona qualquer perspectiva lingüístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, perdem-se até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo. (CRUZ, 2007, p. 295).

Isso resultou em um retorno às noções de lacuna e discricionariedade próprias do positivismo, ou talvez até a uma posição ainda mais permissiva em relação ao direito que os próprios positivistas não admitiriam (pelo menos em tese), baseada na desdiferenciação sistêmica entre direito e moral.

Concorda-se com o argumento de Carvalho Netto e Scotti de que ao admitir que os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisões corretas, Alexy acaba admitindo que cabe ao aplicador escolher aquela mais conveniente (2012, p. 116-117).

---

[78] "Para possibilitar uma metodologia ainda mais detalhada, Alexy apresenta uma escala de interferência num princípio jurídico e não interferência em outro: esta pode ser "leve" (*light*), "moderada" (*moderate*), "séria" (*serious*). Essas interferências são concretas, como ele reconhece; mas pode haver certas medidas ou pesos definidos em abstrato, segundo a relação de um princípio com outro independentemente das circunstâncias de um caso concreto. O direito à vida, por exemplo, teria um peso em abstrato maior do que o direito de liberdade de ação." (MEYER, 2006, p. 362).

A doutrina brasileira tem apontado o Habeas Corpus 82.424/RS, em que se discute a denúncia oferecida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o Senhor Siegfried Ellwanger, sob a acusação do crime de "incitar e induzir a discriminação racial", como paradigmática da insustentabilidade deontológica da teoria alexyana. Na ocasião, dois ministros, Gilmar Mendes pela condenação e Marco Aurélio pela absolvição, tomaram decisões totalmente opostas, baseando-se na ponderação. Nesse sentido é que são dirigidas as críticas de Carvalho Netto e Scotti (2012) e Ommati (2012). Segundo este, o postulado da proporcionalidade não levaria a sério o Direito Moderno, ao tratar direitos como valores, o que faria das decisões judiciais atos arbitrários, "decorrente de caprichos não refletidos e não fundamentados dos magistrados" (2012, p. 147-148).

Em suma, as críticas sustentam que a lei de colisão e ponderação implicaria uma concepção axiologizante do direito, dependendo do intérprete estabelecer o que deve ser preferido em detrimento de outro[79]. Ao assumir tal posição, Alexy trata normas jurídicas como se fossem valores, especialmente "por tentar resolver o problema dos conflitos entre os princípios, o autor adota um procedimento típico da axiologia" (GALUPPO, 2002, p. 179-180).

Alguns, como Jerzy Wrobléwsky (1974), argumentam que a teoria de Alexy não é uma teoria da decisão, mas uma teoria da justificação. Para Cruz e Guimarães essa perspectiva facilita bem a aceitação dos argumentos de Alexy, sendo que "a aceitação das máximas da adequação, da necessidade e da ponderação cumpririam um papel de controle da decisão e não um papel de método para a tomada de decisão" (2014, p. 166).

Como teoria da justificação e não como teoria da decisão, é preciso concordar, a teoria de Alexy apresenta pontos bem mais convincentes e representam um avanço sobre a perspectiva kelseniana. Mas, Alexy, sob esse enfoque, continuaria supervalorizando a dimensão analítica da ciência jurídica, sendo que seu método acabaria por permitir o encobrimento das valorações do intérprete, escondendo-se pela ideia de um falso preenchimento de critérios racionais e matemáticos. Essa crítica realiza-se no mesmo sentido da crítica que Bustamante faz à subsunção em seu restrito sentido lógico-formal[80] (2005, p. 196). Isso conduzirá a abordagem da crítica a seguir.

O segundo grupo de críticas refere-se à insustentabilidade racional da distinção entre regras e princípios, e abarca, por óbvio, algumas das questões já tratadas anteriormente. Para

[79] "Toda a descrição a respeito do método não consegue fugir do relativismo e do subjetivismo". (SILVA, 2002, p.19).
[80] Abordou-se essa questão na página 66.

essa finalidade, adotam-se as razões apresentadas por Figueroa (2007), para quem a tese forte da separação entre regras e princípios pode representar o calcanhar de Aquiles do arcabouço construído por Alexy, pois, ao mesmo tempo em que define um conceito deficiente de princípio, acaba enfraquecendo a descrição das regras. Esse seria, porém, um paradoxo de todas as teorias principialistas, pois não só constroem um conceito de princípio incapaz de dar autonomia às regras, como ainda dinamitam o conceito de regras (2007, p. 346-347).

Se os princípios se distinguem das normas por dois critérios, como apontado anteriormente, o ontológico e o funcional[81], bastaria indicar um caso em que as regras foram objetos de ponderação ou que os princípios foram objetos de subsunção para derrubar todo o castelo construído[82].

Em outras palavras, uma teoria forte da separação deve enfrentar dois problemas básicos:

a) as propriedades funcionais exclusivas das regras estarem presente nos princípios; e

b) as propriedades funcionais exclusivas dos princípios estarem presente nas regras (FIGUEROA, 2007, p. 343).

O argumento de Figueroa passa pela abordagem sobre a admissão das exceções no modelo construído pelos principialistas, especialmente Alexy. Aponta uma questão que para ele seria chave para contaminar todo o modelo. Se nos Estados Constitucionais, a Constituição irradia sobre todo o sistema, de modo que requer interação entre princípios e regras, toda regra teria como possível exceção um princípio (jusfundamental), de modo que as regras acabam não sendo aplicadas como se fossem mandados de determinação, e sendo objeto de ponderação, tornando a distinção supérflua e desnecessária. As exceções produzidas pelos princípios à aplicação das regras representariam o verdadeiro "cavalo de troia" para a distinção normoteorética proposta.

Para ele "(...) el problema de la tesis fuerte de la separación entre reglas y princípios no está causado propriamente por la descripción de los princípios sino más bien por la estrecha descripción de las reglas presupuestas por la descripción de lós princípios" (FIGUEROA, 2007, p. 352).

---

[81] Relembrando. pelo critério ontológico, regras são mandados de determinação, e os princípios de otimização. Pelo critério funcional, regras são aplicadas pelo raciocínio da subsunção, e os princípios pelo da ponderação.

[82] Acrescenta-se a essas críticas relacionadas às diferenças funcionais de regras e princípios a objeção de que subsunção e ponderação são, se levados em conta a perspectiva alexyana, nada mais do que etapas ou momentos da decisão, e não modos distintos e possíveis de serem distinguidos, especialmente porque da ponderação surgiria uma regra, que acabaria sendo aplicada no modo de subsunção. Como teoria da justificação, tal como proposto por Wrobléwsky, a distinção sobre o modo de aplicação nem sequer seria útil, já que, nesse caso, a decisão já estaria tomada. O que não significa que o juiz ao justificar não possa perceber que sua decisão não é a melhor para o caso.

Pior, o conceito rígido de regra proposto acabaria levando à conclusão de que no Estado Constitucional não haveria regras, já que todas elas sofrem o efeito de irradiação dos princípios constitucionais, como já se afirmou. Logo, para ele, não se poderia falar em regras genuínas, sendo, portanto, a distinção forte desnecessária, já que não é empiricamente verificada.

Acerca da proposta deste autor, que, adianta-se, não adota a tese da conformidade, mais à frente serão abordadas as suas concepções. Cabe ainda esclarecer o posicionamento de Alexy sobre a relação entre Direito e Valor.

2.3.2.4 A teoria dos princípios e a teoria dos valores: compatibilidade?

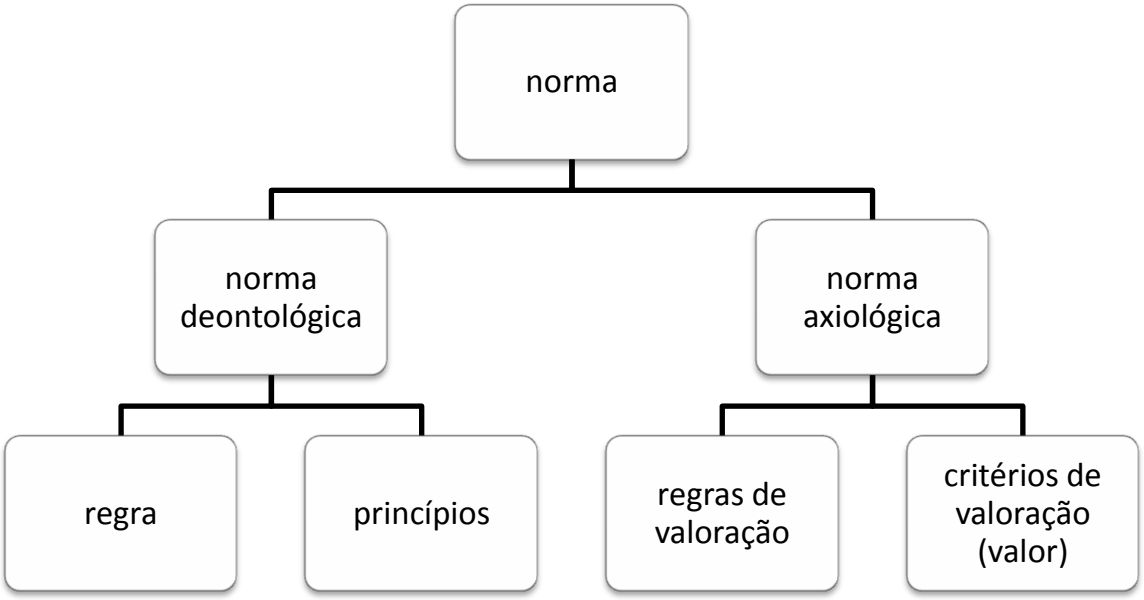
Princípios e valores estão intimamente relacionados na concepção alexyana. É possível falar em colisão, sopesamento e realização gradual dos valores tanto quanto é possível falar em colisão, sopesamento e realização gradual dos princípios. O conteúdo pode inclusive permanecer o mesmo, mudando-se somente a forma como se transformam os enunciados constitucionais (ALEXY, 2012, p. 144).

A diferença entre valores e princípios está no universo a que cada um pertence. Utilizando a divisão entre conceitos práticos de Von Wright, Alexy associa os princípios aos conceitos deontológicos/normativos; os princípios se expressam por ser um dever, uma proibição, uma permissão ou um direito a algo. Já o os valores são considerados conceitos axiológicos, pois expressam conceitos do tipo bom, bonito, justo, seguro etc. Os valores podem assumir a característica de conceitos classificatórios, comparativos e métricos. (ALEXY, 2012, p. 146-147).

Deve-se designar por valor não o objeto em sim, mas os critérios de valoração de um determinado objeto, o que inclui inclusive as normas, que acabam podendo ser objeto de valoração (ALEXY, 2012, p. 149-150).

Há uma correspondência entre os critérios de valoração e os princípios, e as regras de valoração e as regras jurídicas. Eles são aplicados por meio do sopesamento; elas independentemente de sopesamento (ALEXY, 2012, p.150-151). Eis um quadro representativo da concepção alexyana:

Figura 1 - Concepção Normativa



Fonte: ALEXY, 2012, p. 151.

Para a teoria dos princípios, entre as formas que os valores podem assumir – classificatório, métrico ou comparativo –, "são os juízos comparativos que têm a maior importância para o direito constitucional. A relação entre eles e os critérios de valoração conduz à definição da relação entre princípios e valor" (ALEXY, 2012, p. 152).

Assim, as medidas mais elevadas não precisam assumir valores métricos, mas apenas valores na comparação, sendo que qualquer valoração de princípios realizada em abstrato só pode ser realizada *prima facie*, porque "a decisão acerca da situação definitivamente melhor é obtida somente após uma valoração global, na qual todos os critérios válidos de valoração sejam levados em consideração". (ALEXY, 2012, p. 153).

O modelo de princípio passa por esse tipo de juízo, diferenciando-se dos valores em um único ponto: o fato de os princípios serem normas de dever-ser, ou seja, se os valores se comparam pelo melhor, os princípios se comparam, *prima facie*, pelo que é devido. Os modelos de valores e princípios são, em essência, iguais, exceto pelo fato do primeiro estar no âmbito deontológico e o segundo no âmbito axiológico.

2.3.2.5 Objeções à teoria dos valores

Alexy (2012) aponta três tipos de objeções que têm sido formuladas pelos juristas à sua teoria dos valores:

a) objeções filosóficas;

b) objeções metodológicas; e

c) objeções dogmáticas.

Mais recentemente, agrupou essas questões em dois problemas:

> Agora a questão decisiva pode ser formulada. Ela consiste em se saber se, em caso de colisão entre dois direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um bem coletivo, ambos os lados podem realmente ser medidos com base na mesma escala e se essa medição pode realmente ser justificada racionalmente. O primeiro desses dois problemas, que se relacionam mutuamente, é o problema da comensurabilidade, e o segundo é o problema da racionalidade. (ALEXY, 2014, p. 366)

O primeiro desses problemas, o referente ao da comensurabilidade, pode ser tratado no grupo das objeções filosóficas, enquanto o segundo problema pode ser incluído no conjunto das objeções metodológicas, embora elas permeiem todos os grupos de objeções. Conforme exposto, é assim que as críticas serão abordadas neste trabalho.

As objeções filosóficas afirmam que não é possível estabelecer objetividade aos valores, e o intuicionismo "não tem condições de fornecer nenhum critério definitivo para evidências corretas ou equivocadas, verdadeiras ou falsas". (ALEXY, 2012, p. 157). E como falta ao intuicionismo tal critério, ele acaba se igualando ao subjetivismo.

Mas a existência de algo não estaria condicionada à possibilidade de ser conhecido com certeza intersubjetiva. Logo, só porque não se pode conhecer algo com certeza intersubjetiva, isso não significa que ela não exista. Esse argumento estaria mais voltado contra a possibilidade de fundamentar uma teoria científica a partir de sua existência.

Se as críticas ao intuicionismo procedem, não devem ser estendidas às teorias valorativas em geral:

> O fato de o Tribunal Constitucional Federal falar de valores, de uma ordem ou de um sistema de valores não significam, por si só, que ele aceite as concepções acima rejeitadas. (...) Uma tal teoria é obtida quando se pressupõe que valores são critérios de valoração, os quais, como as normas em geral, ou são válidos, ou não. Tanto a validade desses critérios quanto as valorações que a partir deles são possíveis não são objetos de alguma forma de evidência, mas uma questão de fundamentação. A fundamentação depende do tipo de validade de que se trata: jurídica, social ou ética. (ALEXY, 2012, p. 157).

A construção da teoria dos valores em Alexy tenta se afastar desta impossibilidade de objetividade. A fundamentação, ou seja, as regras da argumentação, e não a evidência, faz com que um critério seja válido.

Para isso ele adota alguns pressupostos, que não podem ser ignorados. Primeiro, o problema da comensurabilidade não pode ser resolvido com a adoção de critérios quantitativos comuns a todos os princípios, tal como o dinheiro. Ele é resolvido pela adoção de um ponto de vista comum, que nos Estados Constitucionais é a própria Constituição:

> Ao lado [dos] casos que não oferecem quais dúvidas ou dificilmente oferecem dúvidas, que não devem ser subestimados, porque constituem a terra firme dos direitos humanos e fundamentais, há porém também um considerável número de casos duvidosos e extremamente duvidosos. O aborto e a luta contra o terrorismo servem como exemplos. O caráter duvidoso tem aqui como fonte diferenças religiosas, políticas e filosóficas. As constituições dos estados democráticos de direito representam a tentativa de superar essas diferenças sem removê-las, ou seja, produzir um ponto de vista comum sem que se precise abandonar os respectivos pontos de vista religiosos, políticos ou filosóficos. (ALEXY, 2014, p. 366)

Como se pode notar, o ponto de vista comum seria o da Constituição. Outro pressuposto que deve ser levado em consideração é que a objetividade para Alexy não é uma questão de tudo ou nada, mas de gradualidade, abrindo a possibilidade de conectá-la ao conceito de aproximação:

> A tese do caráter gradual da objetividade constitui uma renúncia à ideia de que a resposta a uma questão jurídica ou moral só pode ser objetiva em um sentido perfeito ou completamente subjetiva. A objetividade em um sentido perfeito pressupõe provabilidade. Tudo abaixo do limiar da provabilidade seria então meramente subjetivo, no sentido de arbitrário. Essa dicotomia estrita entre provabilidade e arbítrio, popular entre os céticos, ampliaria, se verdade, o âmbito do arbítrio em grande medida. A argumentação jurídica deveria ser classificada como amplo arbítrio, mera subjetividade.
> Ora, existe a possibilidade, também abaixo do limiar da provabilidade, de se distinguir bons e maus argumentos. Assim, o conceito de argumento transforma-se em uma peça central da objeção contra a dicotomia estrita entre provabilidade e arbítrio. Entre esses dois exemplos extremos há espaço para conceitos como os de fundamentalidade e razão prática. (ALEXY, 2014, p. 368).

Assim, até mesmo a ideia de objetividade seria algo a ser otimizado, traduzindo-se mais em uma ideia regulativa no sentido de Kant, possuindo, portanto, caráter absoluto. Caberia ao direito, portanto, institucionalizar a razão na maior medida possível (ALEXY, 2014, p. 369). Nesse sentido, Alexy acaba dando razão aos críticos que afirmam que sua teoria acaba por permitir a desdiferenciação sistêmica, adotando critérios que não pautam necessariamente pelas ideias de lícito e ilícito.

As objeções metodológicas se referem justamente a essa perspectiva, afirmando que o aplicador, ao fazer referência a valores ou ordem de valores, deixa de lado os postulados da fundamentação racional. O método de Alexy acabaria deixando uma decisão obscura, ocultando o decisionismo, que ele supostamente tenta afastar, críticas que já se destacou anteriormente e que parecem insuperáveis.

Esses argumentos se voltam tanto contra a concepção de ordem de valores, no sentido de ordem hierarquizada, quanto contra o sopesamento.

Em relação ao primeiro conjunto de críticas, as que se voltam contra a ordem de valores, o autor admite a procedência de quase todas elas. Seria impossível estabelecer um catálogo completo de valores, acerca do qual todos estariam de acordo, e, mais ainda, haveria problemas em ordenar os elementos do catálogo (ALEXY, 2012, p. 159).

Mas, tal impossibilidade, de se estabelecer uma ordenação de valores e princípios "rígida", não impede a ordenação "flexível" dos valores e princípios, muito menos compromete o conceito de sopesamento (ALEXY, 2012, p. 162-163).

O problema da racionalidade, aqui, é que ela tem sido intimamente conectada ao conceito de provabilidade acima descrito, rejeitado pelo autor. Alexy defende, portanto um conceito mais amplo de racionalidade, o qual pode ser terminologicamente designado pela expressão **razoabilidade**, em que tematize, também, "aquilo que vale como "vantagem", ou seja, como objetivo ou princípio desejável" (ALEXY, 2014, 366-367). O problema estaria, portanto, não na teoria dos princípios, mas no problema geral da argumentação jurídica.

Assim, como se pode concluir, críticas contra o sopesamento podem ser respondidas no âmbito do modelo dos princípios que foi defendido pelo autor. Contra o sopesamento, as objeções afirmam que o modelo é aberto a um controle racional, de forma que valores e princípios, ao não disciplinarem sua própria aplicação, deixariam o sopesamento ao arbítrio daquele que interpreta (ALEXY, 2012, p. 164).

O sopesamento termina onde se pode controlar por normas e métodos a aplicação do direito. Levaria a um decisionismo e subjetivismo do juiz. Mas, para Alexy, não se pode concluir que seja um procedimento não racional ou irracional. Só seriam admitidas essas críticas se se buscasse um procedimento que conduzisse a uma resposta única e inequívoca:

> No entanto, a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo de fundamentação, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação.

> Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos a questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios. (ALEXY, 2012, p. 165).

Podem ser utilizados vários argumentos para justificar e fundamentar o enunciado de preferência. A lei do sopesamento prevê que um princípio só pode ser afetado na medida em que o princípio a ser satisfeito for mais importante. Todo peso de um princípio só pode ser medido na relação com o princípio colidente, desta forma o peso e a importância de um princípio, ou de um valor, não se dá por si mesmo, mas na relação em que se estabelece com outro. "A lei de colisão expressa em quê essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos". (ALEXY, 2012, p. 167-168).

A prevalência de um princípio ou de outro se dará no caso, sendo que a lei de colisão simplesmente determina as condições para que ocorra essa prevalência. Não oferece um procedimento decisório definitivo.

Se a argumentação jurídica se torna sempre não-racional ou irracional ao adentrar no âmbito das valorações não definidas de forma cogente, então muito daquilo que a Ciência do direito encara como sua tarefa é também irracional. Juízes de valores e de obrigação são racionalmente fundamentáveis na concepção alexyana. O sopesamento não é uma questão de "tudo-ou-nada", mas uma questão de otimização. O modelo defendido é equivalente ao princípio da concordância prática (ALEXY, 2012, 173-174).

O controle do sopesamento, de fato, não está no conteúdo do que se irá sopesar, mas nas regras da teoria da argumentação jurídica racional, ou seja, nas regras que transformam o discurso argumentativo controlável:

> Também não é procedente a objeção segundo a qual não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma "fórmula vazia". Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado deforma racional. (ALEXY, 2012, p. 173-174).

Por fim, as objeções dogmáticas sustentam que "uma teoria valorativa dos direitos fundamentais conduziria a uma destruição da liberdade constitucional em sentido liberal" (ALEXY, 2012, p. 176). Para essa crítica, a liberdade ligada à subjetividade seria substituída

por uma objetividade dos valores, em que haveria uma vinculação geral aos valores, contrapondo-se à ideia de liberdade constitucional.

Para Alexy, essa interpretação só seria admissível se liberdade e valores fossem coisas distintas, quando, na verdade, a própria liberdade é, em si mesma, princípio e valor. A teoria dos princípios ou dos valores relaciona-se de forma neutra com a liberdade jurídica, no sentido de que ambas a consideram elemento normativo de seus sistemas e suscetível de ponderação (ALEXY, 2012, p. 177).Outra crítica própria deste tipo de objeção apega-se à ideia de Estado de Direito:

> A interpretação das normas de direitos fundamentais como princípios cria a possibilidade de que os mais distintos resultados de sopesamentos sejam considerados como constitucionalmente obrigatórios. Seria possível acompanhar Forsthoff e afirmar que, "dessa maneira, (...) os direitos fundamentais estariam à mercê de possibilidades manipuladoras de sobrevalorização, subvalorização e revalorização, transformando, assim, a decisão fundamental do constituinte em uma outorga de plenos poderes ao intérprete da Constituição. O resultado é a insegurança constitucional (...)". (ALEXY, 2012, p. 178).

Essa objeção leva a duas conclusões:

a) a teoria dos princípios não leva a sério a vinculação à Constituição; e

b) a teoria conduziria a um arbítrio interpretativo (ALEXY, 2012, p. 178).

Alexy responde a essas objeções da seguinte forma:

a) o modelo puro de regras levaria à dificuldade de implementar direitos fundamentais garantidos com reserva simples, ou até o seu total esvaziamento. Logo um modelo de dois níveis, regras e princípios, permite a vinculação à Constituição; e

b) quanto à segurança jurídica, é preciso lembrar que não há alternativas melhores, pois o próprio modelo de regras admite a discricionariedade; além disso, no modelo de dois níveis, no nível de regra garante-se a segurança jurídica. Os precedentes, no caso dos princípios, também seriam uma forma de vinculação. A própria segurança jurídica é algo otimizável, de modo que o modelo misto é mais apto a promover essa otimização.

No modelo de regras e princípios a dedução não é suplantada pelo sopesamento. Ambos são associados.

Todas essas críticas foram abordadas ao longo do texto, e interessam aqui na medida em que se apresentam como a impugnação direta realizada pelo autor a elas. Porém, não parece que a argumentação de Alexy acabe por oferecer razões contra os críticos, mas acabam reforçando os argumentos contra a teoria, especialmente aqueles dirigidos à impossibilidade

de controle intersubjetivo da decisão judicial baseado na fórmula peso e na teoria da ponderação, e a inviabilidade racional da adoção de uma dicotomia fechada entre dois tipos de normas, regras e princípios.

O autor, embora retoricamente combata a perspectiva positivista do direito, acaba dando continuidade aos elementos centrais do posivitismo.

Sem a pretensão de esgotar todas as contribuições de Alexy e das críticas a ele dirigidas, o objetivo do presente capítulo foi repassar suas principais características e contribuições, de modo a subsidiar a análise da doutrina tributária, análise que será feita em momento posterior neste trabalho.

Analisadas as contribuições de Dworkin e Alexy, que são dominantes no debate contemporâneo, necessário investigar as contribuições da doutrina nacional que trabalham inovando sobre o tema, e não somente o repercutindo.

3 A DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Já se mencionou que a teoria de Alexy encontrou forte ressonância na doutrina constitucional brasileira.

Diversos autores têm defendido a distinção entre princípios e regras, como uma distinção útil. Para Trivisonno, "qualquer distinção que tenha por objeto as normas jurídicas tem já alguma importância, na medida em que possibilita compreender melhor seu funcionamento e quão diferente elas se comportam em sua aplicação a casos concretos" (2013, p. 202-203).

Porém, a adoção dos pressupostos alexyianos não veio sem críticas. Além das críticas feitas à própria teoria, abordadas acima, há diversas críticas[83] quanto à forma como ela foi recepcionada, especialmente porque sua utilização acabou favorecendo aquilo que o próprio Alexy tentou afastar com a elaboração da fórmula peso e da ponderação: o decisionismo.

Virgílio Afonso da Silva (2003) insurge-se contra o fenômeno que ocorre na doutrina e na jurisprudência brasileira, que ele chama de "sincretismo metodológico", assim definido por ele:

> Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem. Como exemplo desse fenômeno, pode ser mencionada, para manter-me dentro do tema deste artigo, a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Müller. Um dos traços fundamentais da teoria de Müller é a separação entre programa da norma e âmbito da norma, separação que visa, nas palavras do próprio Müller, a superar a concepção positivista segundo a qual a aplicação do direito seria um mero processo de subsunção do fato a uma norma preexistente a esse mesmo fato. Segundo o autor, isso não passa de uma ilusão, já que a norma não existe antes do confronto com os fatos. Mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito. Segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de "sugestionamento lingüístico", "pré-compreensões mal esclarecidas" e "envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos", cujo resultado não passa de mera suposição".
> (...)
> A distinção entre regras e princípios, como foi visto, tem como uma de suas principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplicá-los. (...). Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de serem incompatíveis, sejam defendidas, no Brasil, como se complementares fossem?". (SILVA, 2003, p. 625-626).

[83] Nesse sentido: "Tendo como ponto de partida o fato de que essa distinção vem sendo cada vez mais levada a cabo sobre uma base teórica determinada, que é aquela difundida por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, pretendo discutir alguns pontos polêmicos, algumas impropriedades metodológicas, enfim, alguns equívocos acerca dessa base teórica e suas consequências". (SILVA, 2010, p 607-608).

Essa percepção do autor paulista parece ser a percepção generalizada que a academia tem realizado sobre a ideia de ponderação. Não são somente as críticas à teoria, mas a maneira como ela tem sido realizada, sem qualquer compromisso com a proposta do autor alemão. E isso não significa, definitivamente, que o pensamento jurídico nacional não possa inovar em relação à distinção normoteorética e em relação à argumentação jurídica. Trata-se de uma crítica à ausência de cuidado e rigor intelectual ao trabalhar com o pensamento do autor, e mesclá-lo com contribuições muitas vezes contraditórias, como se a conciliação se desse somente por um ato de boa vontade.

Silva afirma que

> Desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à Constituição Brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da Constituição Brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria da constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa Constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado. (SILVA, 2010, p. 143).

Nesse sentido, pode-se tomar, como exemplo, a abordagem de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2010, p. 271-316) sobre a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro, mesclando as distinções fortes e fracas, e adotando um sistema de ponderação que envolve princípios, valores e interesses.

Claramente adotando a distinção normoteorética desenvolvida por Alexy e, fortemente influenciado pelos acréscimos realizados por Canotillo à teoria do alemão, estruturando critérios de classificação dos princípios e das regras constitucionais conforme sua generalidade e função no ordenamento, Barroso e Barcellos reconhecem que "a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial" (2010, p. 291). Concluem que é a argumentação a forma de controle da legitimidade das decisões obtidas. E para isso apresentam três parâmetros elementares de controle da argumentação:

> a) a argumentação deve apresentar argumentos normativos, não se referindo a bom senso, justiça pessoal, devendo o caso ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas. Para verificar isso, a argumentação deve ser explicitamente apresentada (2010, p. 293);

b) os critérios adotados pela decisão devem poder ser universalizados. Isso se dá por força do imperativo da isonomia, sendo que os critérios utilizados para um caso devem servir de apoio para o caso seguinte, podendo ser transformado em uma regra geral. Esse exercício facilitaria a visualização de desvios e inconsistências (2010, p. 294);

c) o último parâmetro capaz de balizar a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, seria formado por dois conjuntos de princípios:

c.1) **princípios instrumentais**, critérios de interpretação constitucional, tais como supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, interpretação conforme a constituição, unidade da constituição, proporcionalidade, etc; e

c.2) **princípios constitucionais materiais**, ou seja, princípios que indicam e expressam os valores e os fins a serem alcançados pelo Estado, e os classifica entre princípios fundamentais, gerais e setoriais (2010, p. 295-306).

Pois bem, para ilustrar a sua tese, os autores apresentam um caso (2010, p. 297-298) em que um importante ocupante de um cargo público é flagrado saindo de um motel com sua amante, sendo fotografado. Para impedir que a matéria jornalística seja divulgada, esse agente público ajuíza uma ação em que os princípios da liberdade de imprensa, o direito à informação e o direito à intimidade entram em colisão.

Antes de expor os fundamentos que possam justificar a solução para o caso, os autores afirmam que

> Não é um caso fácil, por envolver um conflito entre direitos fundamentais, sem que o ordenamento jurídico forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá que fazer a ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas. E – reconheça-se- pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema (BARROSO; BARCELOS, 2010, p. 297).

Os critérios que foram levados para se decidir foram os seguintes:

a) a veracidade dos fatos: os fatos narrados são verdadeiros?;

b) o meio lícito pelo qual as fotos foram obtidas; e

c) o interesse público envolvido no caso.

A decisão final foi, portanto, a favor dos princípios da liberdade de imprensa e do direito à informação, pois:

a) as fatos narrados eram verdadeiros;

b) não houve ilicitude nos meios utilizados para obtenção das prova; e

c) havia um interesse público, na medida em que a amante poderia ser uma lobista, ou uma parlamentar responsável por coordenar uma CPI etc.

Para eles, a solução do caso, embora não seja a única possível, trouxe uma argumentação lógica e racional, pretendendo conquistar a adesão das pessoas esclarecidas e bem intencionadas (BARROSO; BARCELOS, 2010, p. 298).

Trata-se de formular mais uma teoria que defenda uma justificação da decisão do que uma teoria que fundamente a tomada de decisão em si[84]. Tem seus méritos, já que uma vez que são expostas as justificativas, desnudam-se os fundamentos da decisão, e pode-se exercer algum tipo de controle sobre ela e sobre o futuro. Mas, ainda assim, não se afasta a discricionariedade do juiz, e "a decisão é predicativa, pois significa a descrição do ato final que pretende convencer o auditório de sua correção e legitimidade" (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 223).

Em relação à premissa de pano de fundo, ou seja, que o controle da objetividade está no controle, que é limitado, do conteúdo dos argumentos jurídicos, havendo ao lado deste um controle da forma e do procedimento, não estão os autores em desacordo com o autor alemão. Alexy admite o fenômeno dos "desacordos razoáveis", que são soluções que, embora questionáveis em si, não colocam em dúvida o sistema jurídico como um todo (ALEXY, 2014, p. 367).

Mas três problemas chamam a atenção na argumentação dos referidos constitucionalistas brasileiros.

Primeiramente, os autores defendem que nos casos difíceis, ou seja, quando há colisão entre princípios (chamados pelos autores como direitos fundamentais), o ordenamento jurídico não fornece, pelo menos explicitamente, solução constitucional adequada.

Eis que afirmam que o caso que foi apresentado acima não é um caso fácil, envolvendo conflito entre direitos fundamentais, "sem que o ordenamento jurídico forneça, em tese, a solução. O juiz, portanto, terá de fazer a ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas" (BARROSO; BARCELOS, 2007, p. 297).

Pois bem, o juiz fará a ponderação dos valores ou dos princípios em conflito? Eles trabalham com a ideia de ponderação, incluindo princípios, interesses e valores como elementos a serem considerados na solução do conflito (2007, p. 185).

Nesse sentido, Barroso e Barcelos argumentam que os princípios, valores e interesses envolvidos levam a soluções distintas, e por causa disso devem ser ponderados, para verificar

[84] Ver observações realizadas a partir da página 83 a respeito desse modo de encarar a ponderação.

no caso qual, dentre as soluções que o ordenamento trás, é a mais adequada. Isso significa que o ordenamento jurídico fornece uma solução que pode ser considerada como constitucionalmente adequada, mas para isso deve o intérprete ponderar, e mais, escolher entre as alternativas possíveis.

Pois bem, os autores, ao admitirem ponderação de valores e interesses, acabam se afastando da perspectiva deontológica, e assumindo o risco de se trazer para o direito argumentos extrassistêmicos. O próprio Alexy não admitiria essa possibilidade de argumentação.

O segundo problema origina-se dessa perspectiva, referindo-se à própria exemplificação. Interessa discutir os critérios adotados para a solução do caso, uma vez que os autores trazem três parâmetros elementares para o controle da argumentação na ponderação, conforme exposto acima.

Ainda adotando esses critérios, Barcelos e Barroso recaem na crítica geral das teorias principiológicas já expostas, mas, mais do que isso, quando apresentam a solução do caso exposto, os autores não fazem referência aos critérios que eles mesmos consideraram como essenciais para se afastar do mero voluntarismo e soluções *ad hoc*. Veracidade dos fatos, o meio lícito pelo qual as fotos foram obtidas e o interesse público envolvido no caso são conteúdos materiais, enquanto, a título de comparação, a ponderação em Alexy passa por atribuir pesos em uma fórmula aritmética, tal como peso do princípio em abstrato e o grau de intervenção no princípio.

O que os autores acabaram por fazer é apresentar uma fórmula qualquer, baseada naquilo que eles consideraram importante, dando margem a forte discricionariedade. É verdade que eles próprios defendem que não é possível se afastar desta perspectiva, já que a atribuição de pesos envolve avaliações de caráter subjetivo, variando em função das circunstâncias pessoas do intérprete e de outras tantas influências (BARCELOS; BARROSO, 2007, p. 289), mas por outro lado defendem que se deve buscar a formulação de critérios argumentativos que sejam possíveis de serem aplicados a todos os casos, promovendo um aprimoramento das decisões judiciais que se baseiam na técnica de ponderação. (BARCELOS; BARROSO, 2007, p. 291).

Não se está defendendo que os autores deveriam seguir a proposta alexyana, nem total ou parcialmente, mas na medida em que valorizam a busca de parâmetros para melhor aplicação da ponderação, espera-se que façam ao menos um esboço de proposta, o que não foi realizado.

Embora possa compreender que talvez essa ausência de detalhamento se dê pela limitação de espaço, tal ausência se torna incoerente com as próprias críticas dos autores às decisões mal fundamentadas (BARROSO; BARCELOS, 2010, p. 293-294).

Por fim, é de se destacar que os autores mesclam critérios da distinção fraca com a distinção forte entre princípios e regras. Ao classificar os princípios instrumentais e materiais; fundamentais, gerais e setoriais, o que os autores acabam por fazer é reproduzir a ideia de que entre regras e princípios há diferenças de fundamentalidade[85]. E mais, ao fazerem isso atraem para si tanto as críticas dirigidas aos modernos, quanto as críticas dirigidas às teorias principiológicas, especialmente as influenciadas por Alexy.

Segundo Silva, a ideia preponderante na doutrina nacional é de que os princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras teriam caráter mais instrumental e menos fundamental. (2010, p. 612). E reforça "o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma". (2010, 613).

Ora, como se admitir que existam princípios fundamentais, gerais e setoriais, se entre regras e princípios, do ponto de vista da distinção forte, não há essa perspectiva?

Diferente, verdade é, se tivessem Barroso e Barcelos se referido às normas fundamentas, gerais e setoriais, englobando regras ou princípios, indistintamente. Uma regra pode ser reconhecida procedimentalmente, pelo sistema de Alexy, como mais fundamental do que outra, tal como a legalidade tributária em relação a outras regras do sistema. Não parece ser esse o tom da abordagem dos autores.

Isso não significa que eles não possam apresentar suas contribuições pessoais à teoria, alterando-a. Os três parâmetros elementares de controle da argumentação parecem formar uma contribuição dos autores à teoria da argumentação.

O problema é que não parece haver uma explicitação dos marcos teóricos a serem adotados, muitas vezes mesclando argumentos e fundamentos que foram desenvolvidos para serem opostos uns aos outros, sem que essa mesclagem seja justificada ou adaptada. O sincretismo metodológico se não for bem estruturado, acaba gerando um arcabouço teórico com pilastras incompatíveis entre si, trazendo mais confusão do que esclarecimento, além de permitir que a argumentação e as decisões judiciais acabem por ganhar contornos ainda mais incontroláveis.

[85] Uma discussão que os autores fazem, mas que não interessa aqui neste momento, refere-se à eficácia dos princípios. Ora, essa discussão acaba por misturar características das regras e dos princípios, pois o que os autores chamam de princípio de eficácia negativa, pode ser uma regra constitucional, adotando a distinção alexyana, tal como a legalidade tributária.

3.1 A doutrina constitucional brasileira: As contribuições de Thomas Bustamante

Uma abordagem da doutrina brasileira que parece ser cuidadosa no trato com o marco teórico é a abordagem realizada por Thomas Bustamante. O autor adota as premissas alexyanas como ponto de referência para a elaboração de suas contribuições teóricas, embora deixe claro que sua adesão não é incondicional (2005, p. 139).

As sugestões de aprimoramento da teoria dos princípios se dão de maneira clara, e abordando os pontos de convergência e divergência, evitando transparecer ao leitor que há uma linha de continuidade, como se o pensamento adotado fosse integralmente de Alexy.

O autor, reforçando o que já foi exposto anteriormente, e defendendo a teoria alemã[86], afirma que:

> A grande novidade desse modelo [de regras e princípios] é que, junto com ele, surge uma nova metodologia jurídica, haja vista que já não é possível utilizar as mesmas regras e formas argumentativas para justificar a aplicação de regras ou de princípios. A ideia de que a maioria dos direitos fundamentais vêm protegidos por princípios faz nascer, também, a necessidade de uma teoria da argumentação jusfundamental, sem a qual dificilmente se poderá conceber a ponderação como um procedimento racional de justificação jurídica. É essa "argumentação jusfundamental" que pode fazer com que a ponderação seja mais que um arbitrário "modelo de decisão". (BUSTAMANTE, 2006, p. 79).

A concepção de racionalidade jurídica de Alexy demonstra a vocação prática de sua teoria, construindo uma teoria dos direitos fundamentais baseada principalmente em uma teoria da argumentação de cunho procedimental. Por meio dela, objetiva formular juízos acerca da correção de enunciados normativos, os quais poderiam ser verificados após o cumprimento de certas regras de argumentação que definem fundamentos do discurso prático.

A preocupação maior da teoria é garantir alguma racionalidade às decisões judiciais, como já se abordou, através do estabelecimento de regras de argumentação, que se pode chamar de código da razão prática (BUSTAMANTE, 2006, p. 78). Entre as ideias fundamentais do autor, destaca-se "a tese de que é possível uma concepção procedimental da razão prática guiada por um conjunto de regras de argumentação, cuja observância garante a racionalidade das decisões encontradas" (ATIENZA, 2001, p. 671).

A partir dessas constatações, Bustamante revisita a fórmula peso, explicando-a conforme os cânones desenvolvidos por Alexy. Uma das preocupações do autor brasileiro diz respeito à determinação do peso abstrato dos princípios ponderados, os quais exigiriam

[86] Thomas Bustamante traz diversas contribuições acerca da teoria de Alexy. Interessa aqui, mais especificamente, a discussão sobre a argumentação jurídica. Por isso não vamos revisitar o autor por completo, sugerindo ao leitor que avance sobre sua obra.

diretrizes adequadas para sua determinação e a construção de uma classificação dos princípios jurídicos em geral por meio de critérios para o enquadramento de cada um deles nessa classificação. (BUSTAMANTE, 2006, p. 98-99). Mas segundo o autor, é preciso ter cuidado com esse tipo de preocupação, já que

> Do ponto de vista jurídico-formal, não existe e nem poderia existir hierarquia entre os vários princípios que estão consagrados na Constituição. Todos foram produzidos da mesma forma e integram o mesmo corpo de normas que constitui a Lei Fundamental do Estado. Todavia, nem por isso devemos ser ingênuos ao ponto de concluir que não exista um certo tipo de hierarquia axiológica entre os enunciados principiológicos.
> De fato, a própria Constituição deixa clara a maior importância dos princípios fundamentais em relação aos demais princípios jurídicos. Ao fazer uma valoração acerca da importância dos princípios jurídicos se está a hierarquizar princípios e valores constitucionais, embora não se trate de uma hierarquia rígida entre normas jurídicas. (BUSTAMANTE, 2006, p. 99).

A classificação que Bustamante propõe leva em conta a classificação dos princípios em três grupos, de acordo com a possibilidade de sua restrição:

4[87]) princípios de restringibilidade excepcional;

2) princípios de restringibilidade ocasional; e

1) princípios de restringibilidade ordinária.

Como se pode notar, o critério não foi o da generalidade, como acontece com outras classificações, mas o grau de dificuldade para a superação concreta de cada princípio jurídico. Muito embora tal critério acabe envolvendo uma distinção quantitativa, é bem verdade que ela é cuidadosa com a distinção normoteorética entre princípios e regras, pois tais distinções referem-se somente àquilo que se pode considerar como uma norma princípio. Nesse ponto, o autor adota como alternativa classificatória a que foi proposta pelo português Gomes Canotilho. Eis:

> Entre as várias sistematizações possíveis dos princípios jurídicos, chama a atenção a de Gomes Canotilho, de acordo com o qual a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização, de modo que existam alguns princípios fundamentais (os denominados princípios estruturantes) que acabam sendo densificados através de uma série de subprincípios e regras mais particulares. A Constituição poderia ser descrita como um sistema interno de regras e princípios, cuja coerência seria garantida pelo esclarecimento recíproco entre os princípios mais específicos e os mais abrangentes. (BUSTAMANTE, 2006, p. 100)

[87] Como o leitor pode perceber, adotou-se uma numeração diferente para o caso. Os números referem-se ao peso de cada princípio na fórmula de ponderação. De forma bem simplificada, cada número refere-se ao peso de um princípio. Ou seja, os princípios de restringibilidade excepcional, possuem peso 4 etc....

Mas a classificação teórica de Canotilho, embora interessante, não basta para determinar os pesos abstratos, pois os elementos tomados como critério para a tipificação dos princípios, qual seja a concretização e a importância para o sistema jurídico, não constituem única variável relevante. Assim, Bustamante, desenvolve um modelo mais complexo baseado no grau de restringilidade, estabelecendo parâmetros para o enquadramento em cada um dos três níveis supra mencionados de superabilidade prática.

Os critérios estabelecidos pelo autor[88] são os seguintes:

a) **critério da importância para a coerência do sistema jurídico**, sendo preciso constatar que o postulado da coerência está na raiz da própria noção de sistema (BUSTAMANTE, 2006, p. 102-104);

b) **critério da ligação com direitos individuais**, sendo que a "precedência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos resulta da necessidade de uma ordem normativa e social que leve a sério o individuo como tal". Isso não significa que direitos individuais nunca devem ser afastados em favor de bens coletivos, mas que isso exige razões mais fortes se estivesse na relação contrária (BUSTAMANTE, 2006, p. 104); e

c) **precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade** (BUSTAMANTE, 2006, p. 104).

Como se vê, adota-se, portanto, a verificação da possibilidade de restrição de um princípio, por base em uma estrutura classificatória que leva em conta o sistema interno constitucional de disposição das normas jurídicas. Não se vai esmiuçar tais classificações, pois o que interessa aqui é o desenvolvimento da teoria da argumentação de Alexy para o terreno das decisões *contra legem*, terreno sobre o qual Alexy não teria avançado (2005, p. 3).

Pois bem, antes de seguir, destaca-se que é possível constatar nesse caso uma mistura entre os critérios quantitativos e qualitativos da distinção. Mas, ao contrário do caso de Barroso e Barcelos (2010), a distinção levando em conta a hierarquia dada pela Constituição, distingue princípios e regras de maneira qualitativa, sem confundi-los. Ademais, a hierarquização realizada pelo constituinte só é relevante para um pedaço da fórmula peso, e

[88] Acredita-se que os critérios, embora possam esbarrar na velha distinção quantitativa entre princípios e regras, baseando-se no modelo de fundamentalidade e generalidade, são interessantes e úteis na justificativa da decisão. A eles incluiria o critério da **reversibilidade**. Na colisão de princípios, a solução para o caso deveria levar em conta a reversibilidade da restrição ao princípio. Assim, o princípio que pudesse ser reestabelecido mais rápido seria mais fácil de ser afastado. Por exemplo, entre o princípio a vida e o princípio a liberdade de escolha sobre o próprio corpo, como no caso da mãe grávida que foi submetida a cesárea contra a sua vontade, o princípio da liberdade deve ceder ao da vida, pois é mais fácil reestabelecer o dano psicológico da mãe que foi privada do parto normal, do que a vida, que estava em risco, se esse fosse realizado. Esse critério ajudaria no estabelecimento do grau de restringibilidade.

não para a ponderação como um todo. Ou seja, trata-se somente de estabelecer um critério para se encontrar o peso abstrato dos princípios, e numerá-los de acordo com um dos elementos da fórmula, e não o conjunto deles. Para o professor da Universidade Federal de Minas Gerais:

> O conteúdo teleológico, o caráter *prima facie*, a vagueza, a generalidade e o qualificativo de mandados de otimização impedem que, no campo dos princípios, seja possível qualquer tipo de classificação rígida, ou seja, formulada por meio de conceitos com pretensão de exaustividade. A fim de saber quando cada princípio deverá ser enquadrado em cada uma das três faixas de restringibilidade, só é possível estabelecer critérios móveis (...) (BUSTAMANTE, 2006, p. 101).

Tais considerações são importantes, pois a preocupação de Bustamante é complementar a teoria de Alexy, avançando sobre a discussão sobre a superabilidade de normas jurídicas válidas, ou seja, a possibilidade de restrição de um princípio, ampliando o código da razão prática, aderindo a ele metanormas específicas para a fundamentação de decisões contrárias aos textos legais (BUSTAMANTE, 2005, p. 3; 2010b, p. 153).

As normas jurídicas seriam sempre superáveis. Isso significa que certas situações exigem que as normas não sejam aplicadas, ou que sejam aplicadas em sentido diferente do extraído do enunciado normativo[89]. Isso se daria porque o sistema jurídico recorre não só às normas em vigor, mas a um sistema de valores que estão implicitamente consignados. Os limites da precisão normativa e da exaustividade dos enunciados dão origem ao reconhecimento de que todo condicional jurídico está sujeito a exceções, que surgem diante dos casos particulares. A aplicação da regra jurídica seria somente ordinariamente necessária e presumidamente suficiente (BUSTAMANTE, 2005, p. 233).

O reconhecimento da superabilidade das normas jurídicas leva à discussão sobre as diferentes formas de superabilidade e os modos de fundamentação para a superação prática delas. Para o autor, enquanto, no caso específico das regras, a superabilidade "diz respeito a situações excepcionais, as quais tenham sido imprevistas e imprevisíveis quando da criação

[89] Até o momento, é preciso notar que todos os teóricos do direito acabam por admitir de certa forma que o ordenamento jurídico parece ser um sistema provisório de normas de condutas e de sanções pelo descumprimento das normas. Ou seja, o sistema jurídico ou é incompleto ou algumas vezes pode gerar injustiças. Logo, nenhum mandado é absolutamente definitivo, no máximo superficialmente definitivo. Isso não implica a defesa de um "vale tudo", e não implica admitir as falha do sistema como algo jurídico. Não, um sistema em que o descumprimento das normas seja uma constante, é um sistema de juridicidade autoritária, o que seria incompatível com a defesa dos direitos fundamentais e individuais. Que eventualmente o sistema falhe, é verdade, como se o sistema político, econômico, etc tentasse a todo custo invadir o sistema jurídico, obtendo eventualmente êxito. O sistema jurídico estável repele essas tentativas ou quando ela obtém êxito, o sistema logo se recompõe. E não parece ser essa a defesa desses autores, ou seja, embora o sistema seja um sistema sempre provisório, o ordenamento jurídico tem uma estabilidade imanente, ou seja, só eventualmente o seu sistema pode ser superado. **A superabilidade das normas não é a falha do sistema, pelo contrário é a sua incidência**.

do enunciado normativo que as originaram", exigindo argumentação mais forte quanto maior é o componente descritivo-comportamental presente na moldura normativa, os princípios possuem superação imanente, não havendo obstáculos institucionais para sua superação. (BUSTAMANTE, 2005, p. 234-235).

Assim, uma regra seria superada pela criação de uma exceção, demandando uma rigorosa observância de metanormas que compõe o código da razão prática, incrementado pelo autor. Tal conjunto de regras ou princípios de argumentação permitiria uma justificação mais segura para fundamentar decisões contrárias aos textos legislativos. (BUSTAMANTE, 2005, p.240; p.294). Já os princípios seriam superados pela ponderação, que teria como resultado a solução do problema da colisão, criando-se, para expressar o resultado, uma regra capaz de pôr fim a disputar e indicar o comportamento devido. O código da razão prática nesse caso já teria sido desenvolvido por Alexy, merecendo apenas algumas emendas pelo autor (BUSTAMANTE, 2005, p. 239-240).

Não vale a pena aqui detalhar essas normas da argumentação, pois a conclusão acima, posteriormente é revista por Bustamante (2010a; 2010b):

> Basicamente, eu sustentava no trabalho anterior que a superabilidade era uma propriedade tanto dos princípios quanto das regras jurídicas. Os princípios seriam normas cuja superabilidade é imanente, ao passo que as regras seriam normas cuja superabilidade é reservada para casos excepcionais (BUSTAMANTE, 2005, p. 220). Esta tese apresenta semelhanças com o entendimento de Humberto ÁVILA (2010, p. 105), para quem "as regras possuem um caráter 'prima facie' forte e superabilidade mais rígida", ao passo que os princípios tem um caráter 'prima facie' fraco e superabilidade mais flexível". A principal razão pela qual me afasto deste tipo de explicação do fenômeno da superabilidade é que penso que esta explicação não leva em consideração o fato de os princípios serem normas cuja institucionalização é parcial (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não poderem ser superadas porque elas não estabelecem nenhuma hipótese de incidência. Os princípios estabelecem apenas uma obrigação de otimizar. Se a superabilidade for definida como a possibilidade de se inserir exceções em uma norma jurídica, então deve-se necessariamente presumir que essa norma tenha a estrutura de uma regra que permita a subsunção de certos fatos ou condutas em sua hipótese de incidência. A tese de que a superabilidade é uma propriedade das regras, e não dos princípios, foi também defendida recentemente por Carsten Bäcker (BUSTAMANTE, 2010a, p. 153).

Bustamante abandona a característica de superabilidade dos princípios, pois superabilidade passa a se relacionar exclusivamente com a possibilidade de se inserir exceções em uma norma, e não com a ponderação[90]. Pois bem, para as regras da ponderação,

[90] O argumento de Bustamante leva a consideração de que o autor dá relevo ao critério de distinção entre regra e princípio pelo caráter hipotético-condicional, que estaria presente nas regras e não nos princípios, uma vez que os princípios não seriam superáveis pois não possuem hipótese de incidência, característica exclusiva das regras. Neste mesmo sentido Bustamante, 2005, p. 216-218. Conclui o autor: "A presença ou não de uma formulação

como o próprio autor defende, o modelo de Alexy já seria o bastante. A contribuição do autor, portanto, seria o desenvolvimento de um modelo argumentativo para justificar as decisões *contra legem.*

Assim, para o autor a introdução de exceções à hipótese de incidência de uma regra jurídica pode se justificar quando um princípio colide com esta regra. Isso significa que Bustamante admite a hipótese de colisão entre regra e princípio, e que os princípios são os requisitos para verificar a superabilidade da norma[91].

Para compreender, portanto, a proposta do autor, é preciso compreender que reconhecer que a regra é superável não significa abandonar a sua pretensão de universalidade. A introdução de uma exceção baseada em um caso só será justificável se for enunciada em termos universais, sendo possível a sua aplicação a todos os casos semelhantes, exceto, claro, se houver razões fortes em sentido contrário. Em razão disso,

> O modelo que se pretende estabelecer para as decisões *contra legem* caminha, portanto, na direção contrária a qualquer tipo de particularismo jurídico. Se uma exceção a uma determinada regra jurídica não puder ser universalmente estabelecida, essa exceção não poderá ser justificada de forma correta. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 157).

Outro pressuposto que deve ser levado em conta é que o discurso jurídico jamais pode abrir mão da pretensão de correção baseado em argumentos morais, pois se a decisão judicial não satisfizer as exigências de uma moralidade procedimental universalista – pressupondo um construtivismo ético *a la* Habermas -, esta será uma decisão defeituosa por razões conceituais.

A própria ideia de princípios fundamentais da Constituição é a ideia de uma moral institucionalizada pelo direito.

A regra nada mais é do que o resultado da ponderação de princípios realizada pelo legislador, que define uma solução com pretensão de definitividade. Sendo uma pretensão, não é uma garantia. Uma sociedade dinâmica não poderia gerar regras fechadas e eternas. Para Bustamante, "quando se fala em uma pretensão, obviamente se refere a algo que deve ser

---

linguística tipo se, então não é irrelevante, pois quanto mais detalhada for a prescrição de uma norma jurídica, menos difícil será a sua adjudicação. É justamente a existência de uma tal hipótese (mais ou menos vaga) que permite que sejamos capazes de saber se, na aplicação prática do direito, teremos de enquadrar um enunciado de fato na moldura definida por uma norma ou, por outro lado, ponderar normas que se remetem a fins que podem ser realizados de diferentes maneiras (...)" (BUSTAMANTE, 2005, p. 218). Críticas a esse posicionamento, com as quais concordamos, ver p. 129.

[91] "Não obstante, apesar da importância central da legislação, a regra nunca perde completamente o contato com os princípios que se escondem por detrás dela. Toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento. Como Aleksander Peczenik explica com clareza, se a distinção entre princípios e regras de Alexy for adotada "toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador" (BUSTAMANTE, 2010b, p. 157).

vindicado ou resgatado discursivamente" (2010b, p. 160). Isso leva à conclusão de que se a pretensão não é bem sucedida, dá-se lugar a superabilidade[92].

Está aí a natureza do caráter *prima facie* das regras jurídicas, ou seja, a possibilidade delas serem superadas. O que constitui o fundamento dessa possibilidade, para Bustamante, nada mais é do que a irradiação dos princípios[93] sob todo o ordenamento jurídico:

> Aplicam-se nesse terreno técnicas como a redução de uma norma jurídica, que consiste na "eliminação de parte do núcleo linguisticamente incontroverso" de uma norma jurídica, ou seja, na introdução de uma "cláusula de exceção" em uma norma estabelecida pelo legislador com fundamento em um princípio. Estabelece-se, porém, uma carga de argumentação especial para quem advogar a não-aplicação de uma regra a uma situação coberta por sua hipótese de incidência, pois sempre haverá princípios formais (ou, como poderíamos chamar, princípios institucionais) que laboram em favor da manutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador. Para se criar uma exceção a uma enumeração taxativa em um dispositivo legal, é necessário incluir no processo de ponderação princípios formais como o princípio democrático, o princípio do Estado de Direito e os demais princípios que justificam as regras do processo legislativo, demonstrando que há razões inclusive para superar o peso do material institucionalmente estabelecido pelo legislador. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 161).

Isso geraria, conforme diversos autores defendem, e o próprio Bustamante reconhece, a "criação do Direito via interpretação", impondo ao jurista prático uma pesada carga de argumentação. Por mais que as regras se caracterizem pelo componente descritivo permitindo a dedução, pós-interpretação, de um comportamento devido, elas são criadas pelo legislador com base em informações limitadas, cabendo, sempre, adicionar informações que tornem essa regra inaplicável, pois construída sem essa nova informação. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 162).

A criação de uma exceção à regra gera uma exclusão da regra original, reconhecendo que aquele caso não se submete à hipótese de incidência, mas não gera sua invalidade, que seria o reconhecimento de sua incapacidade de produzir efeitos jurídicos universalmente.

Para Bustamante, portanto, haveria duas espécies de conflitos normativos em sentido amplo: os conflitos em sentido estrito e as colisões.

O primeiro, os conflitos em sentido estrito se caracterizam pelo choque entre duas normas jurídicas que resulta na declaração de invalidade de uma delas. Isso pode ocorrer tanto com regras quanto com princípios. Para os casos de conflitos de regras, tem-se as já

---

[92] O próprio Alexy reconhecia que nos conflitos entre regras, a solução poderia nem sempre ser a declaração de invalidade de uma delas, mas o estabelecimento de uma exceção.

[93] É preciso recordar as críticas que Figueroa faz a Alexy, apresentado anteriormente. Percebe-se, que em Bustamante, adota-se um conceito de regra, que estaria presente já em Alexy, mais flexível, sendo que a definitividade dela seria meramente provisória.

tradicionais observações sobre as antinomias jurídicas, solucionadas pelas regras cronológicas, de hierarquia e as de especialidade. Para o caso dos princípios, o autor exemplifica com o choque entre o princípio da igualdade e um princípios que admitisse o sistema de segregação racial, consagrando a superioridade de um grupo de seres humanos. Desse conflito, um deles, o da segregação racial, deverá ser declarado inválido, pois não admitido em si, pelo seu conteúdo pela ordem democrática constitucional contemporânea (BUSTAMANTE, 2010b, 166-167).

Os outros conflitos denominados de colisão são resolvidos na dimensão da aplicabilidade, ou seja, ambos continuam válidos, só sua aplicabilidade que é restringida. "O exemplo clássico é a ponderação de princípios" (BUSTAMANTE, 2010b, p. 167).

Não há colisão entre regras, pois, ou uma é declarara inválida, pelos critérios já mencionados, ou ela é excepcionada pela introdução de uma cláusula de exceção. Só que para o autor "essa circunstância não exclui, porém, a possibilidade de uma regra jurídica entrar em colisão com um princípio" (BUSTAMANTE, 2010b, p168). É por causa desse conflito que se pode admitir que uma regra seja superada eventualmente.

Quatro são os conflitos normativos, no mesmo nível hierárquico, que são apresentados por Bustamante (2010b, p. 169):

> **a) conflito (em sentido estrito) entre um princípio e uma regra:** neste caso, a prevalência é da regra, pois a ponderação já foi realizada pelo legislador e a prioridade da decisão é dele;
>
> **b) colisão entre um princípio e outro princípio:** o método é da ponderação, já apresentado;
>
> **c) conflito (em sentido estrito) entre duas regras:** esse conflito é resolvido pelas regras de solução das antinomias aparentes, pelo critério da especialidade, hierarquia e cronológico, ou no caso de um conflito genuíno – que não possa ser solucionado pela aplicação desses critérios –, "o intérprete pode se valer dos princípios constitucionais gerais para tentar encontrar uma solução conciliadora e se aproximar de uma interpretação que elimine a antinomia" (BUSTAMANTE, 2010b, p.170); e
>
> **d) conflito (em sentido estrito) entre dois princípios:** esse caso é raro em nível constitucional, ocorrendo mais no plano da legislação ordinária. Aplicam-se as mesmas diretrizes para solucionar os conflitos entre regras jurídicas.

Mas interessam, também, os conflitos normativos de níveis hierárquicos diferentes. O autor apresenta seis hipóteses de conflitos em sentido amplo, restringindo-se às situações de conflitos entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais[94]:

a) conflito (em sentido estrito) entre uma regra constitucional e uma regra infraconstitucional: refere-se a um conflito que diz respeito à validade, resolvidos pelo critério hierárquico que invalida a norma infraconstitucional;

b) colisão entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional: refere-se a problemas de aplicabilidade das normas, de modo que o afastamento da aplicação da norma não afeta sua validade geral.

Nesse caso, a regra constitucional excluirá aplicação do princípio aos casos que ela prevê, permanecendo ele a gerar razões contributivas para as hipóteses não cobertas pelas regra;

c) conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional: aqui, como no caso (a), o conflito diz respeito à validade, aplicando-se o critério hierárquico;

d) colisão entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional: tal como na hipótese (2), trata-se de um problema referente à aplicabilidade das normas jurídicas, não gerando a invalidade da norma afastada.

Bustamante admite que

> Embora sejam raros os casos em que um princípio infraconstitucional isoladamente considerado pode prevalecer sobre um princípio constitucional, o princípio infraconstitucional pode ter uma relevância importante quando associado a um princípio constitucional que contribui para a mesma decisão que ele indica. Ele pode, principalmente em casos de lacuna ou obscuridade na legislação positiva, contribuir decisivamente para a solução de uma colisão entre princípios constitucionais (BUSTAMANTE, 2010b, p 171-172).

Há uma prioridade do princípio constitucional sobre o princípio infraconstitucional, mas essa prioridade não se traduz na invalidade do princípio hierarquicamente inferior. Gera-se somente no reconhecimento de peso abstrato substancialmente mais elevado a favor do princípio constitucional;

e) conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional: aqui, como no caso (a) e (c), o conflito refere-se à validade da norma jurídica. Em princípio, a norma infraconstitucional deve ser declarada inválida,

[94] Deixa-se de lado, para esta análise, os precedentes judiciais e as normas expedidas pela administração no exercício de seu poder regulamentar.

embora essa conclusão não possa ser considerada óbvia, já que a própria regra infraconstitucional é o produto de uma ponderação realizada pelo legislador, diante da colisão entre princípios constitucionais (pelo menos pressupostamente o legislador teria realizado essa ponderação[95]).

Para Bustamante,

> Embora o legislador possa violar esse princípio se o restringir de forma irracional ou em desconformidade com as exigências processuais estabelecidas pela máxima da proporcionalidade, o princípio democrático estabelece uma presunção de legitimidade para as restrições estabelecidas pelo legislador. Quem quer que argumente pela inconstitucionalidade de uma restrição a um princípio constitucional deve demonstrar que o legislador, ao ponderar esse princípio com o princípio que justifica a regra restritiva, extrapolou os limites da margem de apreciação que lhe fora deixada pelo constituinte. Essa margem de ação, como já se viu, é determinada pelos princípios envolvidos na ponderação. Deve-se ponderar, portanto, os princípios em rota de colisão (o princípio que foi restringido e o princípio que fundamenta a regra restritiva), e essa ponderação pode levar a três situações: (i) a restrição está conclusivamente determinada pela Constituição no caso concreto, ou seja, é possível inferir diretamente da constituição a conclusão de que o princípio P1 deve ser restringido com fundamento em P2; (ii) a restrição está conclusivamente proibida pela Constituição, ou seja, ao se ponderar P1 e P2 se chega com segurança à conclusão de que o princípio restringido tem peso superior ao princípio que justifica sua restrição; (iii) a restrição não está nem conclusivamente proibida nem conclusivamente permitida pelas normas de direito fundamental diretamente instituídas pela Constituição. Nesse último caso, que compreende a vasta maioria de situações, estamos diante da margem de livre apreciação do legislador, e, por conseguinte, a regra infraconstitucional deve prevalecer sobre o princípio constitucional que com ela colide. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 171-172).

A dificuldade, portanto, estaria no fato de que os próprios princípios admitem sua restrição (BUSTAMANTE, 2010b, p. 171): e, por fim,

f) colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional: tal como as hipóteses (b) e (d), refere-se à aplicabilidade das normas jurídicas, referindo-se aos casos excepcionalmente difíceis.

Aqui, o princípio constitucional P, embora não gere razões para se declarar uma norma N inválida, gera razões para introduzir nela exceções em sua hipótese de incidência. A ponderação se dá não entre princípio e regra, mas entre o princípio constitucional P, e o princípio constitucional por trás da regra Pr, servindo de fundamento axiológico da norma N válida. Ao lado da manutenção da norma N e de seu fundamento axiológico, estão os princípios formais da segurança jurídico e da democracia, os quais estabelecem que o juiz deve se vincular ao legislador positivo.

[95] Nota-se aqui, que tal como no positivismo, há a ideia de um legislador consciente de sua atividade, e capaz de produzir normas. Ponto que poderia ser uma crítica a essa ideia de que a ponderação já teria sido realizada pelo legislador.

Mas excepcionalmente, admitem-se hipóteses de introdução de exceção à regra N válida e constitucional. Essa hipótese é a que compreende os "casos genuínos de decisões *contra legem*" (BUSTAMANTE, 2010b, p. 172). Se a solução gera uma decisão *contra legem*, então a prioridade é do princípio constitucional sobre a regra infraconstitucional.

A conclusão do autor é que a superabilidade das regras jurídicas torna possíveis decisões *contra legem*, reconhecidas como parte do universo jurídico, embora exijam forte carga argumentativa. Reconhecendo isto, portanto, a contribuição do autor é no sentido de estabelecer diversas exigências para que uma decisão *contra legem* seja racionalmente justificada.

Assim, uma decisão *contra legem* será possível, se da aplicação de uma regra N, reconhecidamente válida e constitucional, a um caso, o resultado seja uma situação inconstitucional. São necessários, portanto, o reconhecimento das seguintes condições para a tomada de uma decisão *contra legem*:

> (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 174).

Se uma decisão desse tipo, *contra legem*, é tomada sem levar em conta a pretensão de juridicidade para a norma excepcional, que deve ser formulada em termos universais, o que ocorre é a usurpação das prerrogativas da autoridade que a prolata, deixando de ser um caso de aplicação do direito.

> Essa pretensão de juridicidade é algo que tem de ser fundamentado juridicamente em um discurso ou uma argumentação racional a partir de um princípio que fornece um conjunto de razões contributivas para a decisão excepcionadora. Como se trata de uma pretensão, não há nenhuma garantia inicial de que essa decisão poderá ser considerada legítima ao final do processo de argumentação. Para se reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem* – sem o que não tem sentido falar em superabilidade das regras legais – é necessário reconhecer não apenas que Hart estava correto em descrever o direito como uma prática social, mas também que Dworkin está correto ao qualificar essa prática social como uma prática argumentativa. (BUSTAMANTE, 2010b, p. 176).

Considerar que o direito é uma prática argumentativa implica dizer que o direito é construído, e não meramente descoberto segundo um método de dedução lógica. Isso é importante, pois só considerando o direito como algo construído é possível admitir a decisão *contra legem*, e compreender os pressupostos de Bustamante. Mas isso não significa, para o autor, que o processo de argumentação seja livre, pois embora possa se basear em princípios, e por conta disso de conteúdo moral máxima dose de indeterminação, eles possuem o mais alto grau de normatividade (BUSTAMANTE, 2010b, p. 176).

A teoria de Bustamante é bem engenhosa, mas incorre no mesmo problema que já se apontou, relativo a adoção da distinção entre regras e princípios como padrões normativos exaustivos, e que são aplicados de maneira diversa, inclusive em relação ao conceito de princípio como mandado a ser otimizado.

Fosse essa distinção aplicada ao Direito Tributário, como ficaria a situação da irretroatividade, por exemplo? O modo de operar seria no tudo ou nada: ou o tributo foi veiculado por meio de lei anterior à sua cobrança, ou não.

Mas retoricamente a doutrina o menciona como princípio. Eis que se pode argumentar que isso não interessa, na medida em que o *nomen iuris* não determina o conteúdo[96].

O próprio Bustamante poderia argumentar que a irretroatividade tem um aspecto de regra e outro de princípio, na medida em que a irretroatividade das normas devem ser otimizadas, pois ordena a realização de um fim ou um valor (2008, p. 253). Então não seria possível saber de antemão qual a norma, princípio ou regra, só após a solução do caso, de modo que não tem nenhuma serventia a distinção como uma teoria da decisão, podendo ter, porém, como teoria da justificação da decisão.

Ainda sobre esse ponto, destacam-se as críticas de Figueroa (1998, p. 408), que reconhece que tanto Dworkin quanto Alexy se esforçam para restringir a arbitrariedade estatal, núcleo do Estado de Direito. Os esforços são louváveis em sua opinião, mas o meio adotado seria inadequado, ou contraproducente, pois acaba legitimando práticas inaceitáveis, como o próprio decisionismo. Ao juízo dele, "los princípios parecem más bien un instrumento de persuasión en favor del no positivismo jurídico que un autêntico argumento antipositivista de peso"(FIGUEROA, 1998, p. 409).

Para ele tanto os argumentos contra a tese forte, como os argumentos contra a tese da conformidade são úteis para a sobrevivência do Estado de Direito. A tese qualitativa enfrenta

[96] Discutiu-se essa questão em resumo expandido sobre a aplicabilidade da teoria dos princípios de Robert Alexy à Teoria Geral do Direito Tributário apresentado no Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito Constitucional e Direito Constitucional. (RIBEIRO, 2014, p. 181-186).

o dilema do "cavalo de troia", ou seja, as exceções às regras acabariam corrompendo a divisão qualitativa e a tese da conformidade ignora a existência de outros padrões normativos que não as regras. Para ele, a diferença ontológica das regras só é útil funcionalmente, sendo mais adequada a utilização da tese fraca.

Assim, apresenta duas utilidades na distinção, considerando princípio e regra pelo critério da distinção quantitativa:

a) a distinção é pragmática; e

b) a distinção é disposicional.

Em relação à afirmação de que a distinção é meramente pragmática, o autor argumenta que, tal como a distinção entre casos fáceis e difíceis, teoricamente não se pode apontar características que os transforme em ontologicamente diversos. Qualquer norma pode ser princípio, como qualquer norma poderia ser regra, exceto no nível pragmático, em que os juristas trabalham com a distinção com certa claridade. É possível identificar o que se quer dizer, dentro daquela prática, no discurso, o que se refere a princípios ou regras, dependendo inclusive do estado constitucional que se está a vivenciar (FIGUEROA, 2007, p. 368-369). Nesse sentido parece se aliar à ideia de Ávila, acima descrita.

A distinção, também, é meramente disposicional, o que significa dizer que elas são diferenças meramente potenciais. Nos estados constitucionais, todas as normas podem ser derrotáveis. Enquanto os direitos fundamentais são diretamente derrotáveis, outras normas são indiretamente derrotáveis, por meio do efeito da irradiação. Para o autor

> A questão é que, como resultado do efeito de irradiação, toda norma tem a disposição de ter uma exceção *ex post* sobre bases constitucionais e éticas porque nos Estados Constitucionais toda norma apresenta, ao final, uma base ética. A derrotabilidade jurídica nos Estados Constitucionais é uma mera consequência da derrotabilidade prática sob a teoria do discurso (FIGUEROA, 2007,p. 369, tradução nossa[97]).

A distinção para ele seria entre normas que estão sob um estado constitucional, e normas que não estão sob o estado constitucional (FIGUEROA, 2007, p. 370).

Bustamante, criticando a posição de García Figueroa, apresenta-o como um autor que, embora com preocupações idênticas aos dos pós-positivistas criticados[98], acaba caindo no

[97] La cuestión es que, como resultado del efetcto de irradiación, toda norma tiene la disposición de tener una excepción *ex post* sobre bases constitucionales y éticas porque en lós estados constitucionales toda norma presenta finalmente uma base ética. La derrotabilidad jurídica en los estados constitucionales es una mera consecuencia de la derrotabilidade prática bajo la teoria del discurso.

[98] Entre essas teses comuns destaco as seguintes: i) os Estados constitucionais, a partir do momento em que os seus sistemas normativos consagram direitos fundamentais, "estamos submetidos às exigências de justificação moral implícitas nesses direitos e nos conceitos morais a que eles nos remetem"; ii) isso implica a modificação

nominalismo, posição filosófica que compreende que, no Direito, "equivale a entender os conceitos e expressões utilizadas na dogmática jurídica como meros 'úteis instrumentos de descrição' de sistemas jurídicos particulares" (BUSTAMANTE, 2008, p. 220). Assim, não seria possível desenvolver um conceito geral do Direito, pois cada sistema jurídico teria seus próprios traços. García Figueroa estaria mais interessado em discutir como os sistemas jurídicos nos Estados Constitucionais funcionam, do que o que se deve entender por direito. Isso o levaria a uma posição meramente descritiva. Isso faz sentido, com a posição que ele adota em relação às regras e princípios, como meros instrumentos linguísticos da prática, sem nenhuma característica ontológica própria.

Mas ainda assim, argumenta-se, não seria possível estabelecer uma característica ontológica própria para regras e princípios de maneira abstrata e, se possa classificar todo o ordenamento jurídico de antemão, suficiente para orientar o modo de tomada de decisão.

No máximo pode-se classificar diferentes padrões normativos, levando em conta suas características mais ou menos fluídas, no âmbito da argumentação, há, de fato uma grande dificuldade na determinação ontológica da distinção.

Mas um ponto importante a ser destacado da teoria de Bustamante, e que muito útil será a esse trabalho, é a perspectiva da superabilidade das normas jurídicas, encaradas aqui sob o enfoque amplo, e não restrito às regras.

Pode-se reformular, portanto, a classificação dos princípios, elaborada quando o autor ainda defendia que princípios também eram superáveis, e adotá-la como uma classificação argumentativa das normas em geral, sem adotar a distinção entre princípios e regras, em três grupos:

a) normas de restringibilidade excepcional;

b) normas de restringibilidade ocasional; e

c) normas de restringibilidade ordinária. Para isso, os critérios de classificação apontados pelo autor, como o critério da importância para a coerência do sistema

---

de certas concepções dominantes no positivismo, pois os argumentos que os juristas aduzem para cumprir essas demandas de justificação formam parte de um discurso prático em que transitam tanto argumentos morais quanto argumentos especificamente jurídicos; iii) as normas morais e jurídicas, nesses discursos, muitas vezes possuem o mesmo conteúdo ou referência, embora a pertinência a cada um desses sistemas normativos – Direito e Moral – possa lhes atribuir sentidos eventualmente diferentes; iv) as respostas oferecidas até o momento tanto pelo positivismo quanto pelo jusnaturalismo à questão o que é Direito? são inadequadas porque incapazes de captar a complexidade dos sistemas jurídicos dos Estados constitucionais e lidar com as consequências – em especial aquelas que se referem à validade e à aplicação das normas jurídicas – que derivam de soluções apresentadas por cada uma dessas escolas de pensamento jurídico. Em suma, creio que ambos concordamos que estamos vivenciando um momento de crise do positivismo – marcado pela ascensão do constitucionalismo, no plano jurídico, e do construtivismo, no plano ético-moral – e dos dogmas que historicamente o acompanharam no século XIX e na primeira metade do século XX. (BUSTAMANTE, 2008, p. 216).

jurídico, critério da ligação com direitos individuais, e precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade, serão posteriormente debatidos quando da formulação da proposta para o Direito Tributário[99].

3.2 A doutrina constitucional brasileira: Humberto Ávila

Na doutrina nacional, a tese de Humberto Ávila, apresentada principalmente no livro Teoria dos Princípios, publicado em sua primeira edição em 2003, se destaca por ter assumido uma posição original em relação à teoria dos princípios, embora possa-se incluí-lo dentro da doutrina que se fundamenta com forte influência no modelo ponderativo de Robert Alexy, e com seus critérios de proporcionalidade e razoabilidade na solução dos conflitos normativos.

Isso não quer dizer que o autor não tenha se afastado de algumas premissas do autor alemão. Reconhece-se, porém, a influência alexyana no modelo elaborado por ele, principalmente pela assunção de suas contribuições e de várias de suas premissas, as quais serão vistas[100].

Interessa aqui compreender a tese de Ávila e seus impactos na solução de conflitos, muito mais do que suas observações e críticas às teorias que o antecedem. Apesar dessa observação, será preciso resgatá-las em alguma medida a fim de compreender o argumento do autor, bem como as críticas realizadas a ele.

Ávila afirma a busca por uma definição mais precisa de princípios jurídicos, "não tanto pela diferença da denominação, mas pela distinção estrutural entre os fenômenos jurídicos que se procura descrever mediante o emprego de diversas categorias jurídicas" (2001, p.5). Para ele, uma teoria dos princípios deve ser necessariamente conjugada com regras metodológicas de aplicação (2001, p. 17).

---

[99] Em relação a esses aspectos, retornar à página 100 e seguintes.

[100] Afirmando que Ávila defende uma visão alternativa à de Alexy: "(...) a perspectiva de Alexy vem ganhando cada vez mais adeptos na doutrina nacional. Alguns de seus discípulos buscam garantir a pureza de suas lições contra aquilo que denominam de ecletismo, (...) outros procuram demonstrar novas perspectivas para o uso da ponderação, tal como em Humberto Bergmann Ávila e Ana Paula Barcellos. (CRUZ, 2007, p. 298). Reconhecendo sua importância para o contexto nacional: "Quanto à tese de Humberto Ávila, a importância de sua colaboração para o desenvolvimento da teoria dos princípios é significativa no contexto nacional. (...) Ávila desconstrói a tese de Alexy segundo a qual as regras somente poderiam ser aplicadas sob o modelo subsuntivo do "tudo ou nada". Em sua opinião, a ponderação de valores poderia ser perfeitamente aplicável para as regras e não apenas para os princípios. Assim, também as regras teriam seu modo de operar definido por uma dimensão de peso, simplesmente porque a dimensão axiológica do Direito não está circunscrita aos princípios: ela permeia todo o ordenamento jurídico". (CRUZ, 2007, p. 300-301).

Canaris (2012, p.10) resume a tese de Ávila, da seguinte forma:

> Uma tese inicial de central importância afirma que a oposição entre regra e princípio, ambos compreendidos em igual medida como normas, não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no de que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio. Além disso, o Autor não reconhece a especificidade dos princípios no fato de eles poderem e deverem ser ponderados e possuírem uma dimensão de peso, mas prova que isso vale fundamentalmente também para as regras. Correspondentemente, ele busca a distinção entre regras e princípios em outra direção, encontrando-a em primeiro lugar no fato de as regras terem diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência como objeto, visando apenas indiretamente à obtenção de um fim, ao passo que os princípios visam, inversamente, diretamente à consecução de um fim e influem apenas indiretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal. (...)
> A seguir ele amplia sua concepção com um plano adicional, acrescentando às regras e aos princípios os postulados. (CANARIS, 2012, p. 10).

Há uma busca de uma desejável clareza conceitual[101], como já se referiu e de fixar critérios para uma investigação intersubjetivamente controlável (ÁVILA, 2012, p. 28). Reconhece o autor que as normas não são os textos, ou o conjunto deles, mas os sentidos que são construídos a partir da interpretação desses textos. As normas são o resultado da interpretação, enquanto o texto normativo é o objeto da interpretação. Poderia, assim, haver várias normas num só texto, ou uma só norma a depender de um conjunto de textos. (ÁVILA, 2012, p. 33-34).

Assim, a função da Ciência do Direito não seria mera descrição de significados, mas a constituição de significação e sentido de um texto, o qual, porém, não pode ser realizado a partir do nada. Referindo-se a Wittgenstein, bem como a outros filósofos, o autor argumenta que "há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral"; seriam esses os jogos de linguagem (ÁVILA, 2012, p. 35).

Logo, "pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construído na comunidade do discurso". (ÁVILA, 2012, p. 36). A interpretação que se constrói a partir de algo nada mais é que a reconstrução do sentido. Eis o argumento:

[101] Destaque-se que, para o autor, a questão relativa às denominações não é importante: "O decisivo, mesmo, é saber qual o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade. Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo- constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normais jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. (...) Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar a clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal". (ÁVILA, 2012, p. 28-29).

> Daí se dizer *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites á construção de sentidos; a duas, por que manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. (ÁVILA, 2012, p. 36-37).

Sem os limites, ou os desconsiderando, na reconstrução do significado do texto, haveria um descompasso entre o previsto pelo texto constitucional ou pela regra e o construído na aplicação e solução dos conflitos.

Argumenta Ávila que "justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio" (2012, p. 37). Com isso o autor não quer dizer que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a que servem. O intérprete não pode desprezar os pontos de partida referentes aos fins, valores e bens jurídicos definidos pelo ordenamento jurídico como essenciais.

Essa compreensão da hermenêutica faz com que a qualificação da determinação das normas como princípios ou regras não seja possível antes da colaboração constitutiva do intérprete, só pelo texto ou pela sua estrutura hipotética condicional.

Desse modo, Ávila (2012, p. 38-70) tece críticas demonstrando a insustentabilidade de diversos critérios de distinção entre princípios e regras. Agrupa os critérios, englobando os argumentos daqueles autores que foram aqui alocados no paradigma moderno (ESSER, LARENZ, CANARIS[102]) e no paradigma contemporâneo (DWORKIN e ALEXY[103]), da seguinte forma:

a) critério do "**caráter hipotético-condicional**";

b) critério do **modo final de aplicação**;

c) critério do **relacionamento normativo**; e

---

[102] Ávila afirma que esse grupo de teóricos traz uma distinção fraca entre princípios e regras. Segundo ele, a distinção é fraca, pois *"os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes – enquanto os princípios são mais indeterminados, as regras são menos".* (ÁVILA, 2012, p. 91). Essa perspectiva foi abordada de forma mais completa na parte destina ao paradigma moderno da distinção entre princípios e regras. Relembre-se que esse paradigma tem seu principal ponto de crítica pelo fato de atribuir unicamente aos princípios a característica de indeterminação, que é própria da linguagem como um todo, e, por conta disso, constatada, também, nas regras.

[103] Ávila destaca que esses dois autores são a referência mais significativa do que ele chama de distinção forte entre princípios e regras. "A segunda corrente doutrinária, capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, sustenta que os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção. Essa é a teoria moderna do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Filosofia e Teoria Geral do Direito e depois transportada para os trabalhos de Direito Constitucional". (ÁVILA, 2012, p. 93). Essa perspectiva foi abordada de forma mais completa na parte destinada ao paradigma contemporâneo.

d) critério do **fundamento axiológico**.

De forma breve serão demonstradas as críticas do autor a cada um dos critérios, sem por óbvio aprofundar em cada uma delas, pois não é o objetivo desse trabalho.

Em relação ao **critério do "caráter hipotético-condicional"**, as regras possuiriam hipótese e consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios não possuiriam esse "caráter hipotético-condicional". As regras possuíram um elemento frontalmente descrito, e os princípios estabeleceriam uma diretriz.

Esse critério não se sustenta por alguns motivos:

a) o critério é impreciso, na medida em que o conteúdo de qualquer norma, quer seja ela regra ou princípio, dependente das possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação, ou seja, pela interpretação, e não pelo dispositivo, nem pelo significado preliminar da norma. Ademais, essa ideia faria com que o princípio só pudesse se concretizar se fosse dado um último passo, qual seja, se fosse transformado em regra;
b) a hipótese de incidência é mera formulação linguística, não podendo, por si só, ser um elemento distintivo de uma espécie normativa, dependendo mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a uma categoria de normas. Por esse critério, há um equívoco em confundir como a mesma coisa o texto dispositivo e a norma; e
c) o fato em si de ter sido formulado como modo hipotético pelo legislador não significa que não possa ser havido pelo intérprete como princípio.

O que decisivamente distingue as regras dos princípios não seria, definitivamente, a ausência ou a presença de prescrição de comportamentos e de consequências, mas o tipo de prescrição de comportamentos e de consequências, o que é diverso.

O segundo critério criticado por Ávila se refere à consideração da distinção pelo **critério do modo final de aplicação**. Para os defensores desse critério, as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios, de modo gradual *mais ou menos*.

Primeiramente, destaca-se que o modo de aplicação não está determinado pelo texto, objeto da interpretação, mas é dado pelo intérprete e suas conexões axiológicas. Assim, pode ser que, ao considerar todas as circunstâncias do caso, o intérprete reveja o caráter absoluto de uma regra. Assim se deu na interpretação pelo STF do art. 224 do Código Penal, que previa como presunção incondicional de violência para o crime de estupro a relação sexual com menor de 14 anos. Ao analisar o caso, as circunstâncias particulares, tal como a aparência

física e metal da vítima, a sua aquiescência, o STF determinou que não se configurava a violência a relação sexual com a vítima que possuía 12 anos[104].

Nota-se que a regra não foi transformada em princípio, e não deixou de vigorar no ordenamento jurídico nacional através da aplicação do modo de tudo ou nada.

Além disso, para Ávila, "há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto" (2012, p. 52). Assim, para esses casos, o caráter absoluto das regras também ficaria comprometido em favor de uma mais ou menos de aplicação.

Só faria sentido afirmar que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada se todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estivessem sido superadas. Isso, mesmo no caso das regras, não seria facilmente superado, pois a vagueza não é característica exclusiva dos princípios, mas de qualquer enunciado prescritivo. Assim, a implementação de uma consequência predeterminada só poderia ser encontrada após a interpretação do texto:

> Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não poder ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação) tanto de regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam. (ÁVILA, 2012, p. 52).

Para ele, a única diferença que é possível de ser constatada é em relação ao grau de abstração anterior à interpretação para aplicação, verificação que depende, também, de prévia

[104] STF, 2ª turma, HC 73.662-9, relator Min. Marco Aurélio, DJU 20.09.1996. Outro caso relatado pelo autor: "A legislação tributária federal estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. Se fosse feita importação, então a empresa seria excluída do programa de pagamento simplificado. Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagar conjuntamente os tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada por violar a razoabilidade, na medida em que uma interpretação dentro do razoável indica que a interpretação deve ser feita "em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei". Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). (ÁVILA, 2012, p.50-51). Referindo-se à decisão do Processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

interpretação[105]. As consequências dos princípios são mais abstratas em relação às consequências das normas, já que no caso dos princípios esses não se vinculam a uma situação específica. As consequências das regras são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação. Mesmo esse critério é complicado de ser adotado para a distinção entre regras e princípios, já que, também, depende de uma interpretação conjunta dos princípios que digam respeito às regras.

Como se pode ver, tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos individuais e concretos. Segundo Ávila:

> No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interesse é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*). (...).
> Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para a adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto. A autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*). (ÁVILA, 2012, p. 54).

Mas como já se argumentou, a ponderação é ainda necessária, mesmo no caso das regras, pois particularidades e especificidades do caso podem afastar a aplicação da regra, ainda que para isso seja necessário cumprimento do ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra.

O terceiro critério que deve ser analisado é o **critério do conflito normativo**, segundo o qual a antinomia entre as regras consubstancia um verdadeiro conflito, que deve ser resolvido pela declaração de invalidade de uma das regras, ou a criação de uma exceção, enquanto que o relacionamento entre os princípios consiste em uma relação imbricada, sendo um princípio ou outro afastado pela atribuição de uma dimensão de peso ou força, a ser ponderada no caso.

O combate a esse critério é considerado por CRUZ (2007, p. 301) como a principal contribuição dada por Ávila na crítica a Alexy, conforme já foi citados em nota de rodapé

[105] Não é possível separar os fatos das normas na interpretação jurídica: "Não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente" (ÁVILA, 2012, p. 107).

acima. Para o autor, as regras teriam seu modo de operar definido, também, por uma dimensão de peso, já que a dimensão axiológica do Direito não é privativa dos princípios, permeando todo o ordenamento jurídico.

A ponderação ocorre tanto abstratamente, quanto concretamente, sendo essas dimensões onde as regras podem entrar em conflito. Isto posto,

> É preciso, pois, aperfeiçoar o entendimento de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Trata-se de qualidade contingente; não necessária. (ÁVILA, 2012, p. 59).

As regras, também, podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões, já que o próprio processo de estabelecimento de exceções é constituído, também, pela operação de valoração de razões.

Poder-se-ia argumentar, como demonstrou Ávila (2012, p. 60), que a relação entre as regras e suas exceções expressas não são similares às relações que se estabelecem entre os princípios, já que as regras são interpretadas enquanto os princípios são ponderados, e a relação entre a regra e a sua exceção não constituiria em si um conflito, já que somente seria aplicado o conjunto da regra e sua exceção, constituindo em si um bloco, não sendo possível, como seria possível nos princípios, aplicar parcialmente cada uma delas, conforme seu peso.

Porém, não é possível separar a ponderação da própria interpretação e que mesmo no caso da aplicação das regras e de sua exceção, ao analisar o caso, o aplicador decide haver maiores razões para a aplicação da exceção em detrimento da regra[106]. Isso indica que, assim como no conflito entre princípios, na aplicação da regra e da sua exceção há um sopesamento

[106] "O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas –isto, sim – quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menos e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas. (...) Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e entre princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade". A própria regra rejeitada, destaca o autor, é útil para se decidir um caso, na medida em que serve de contraponto para justificar a aplicação da regra contrária. (ÁVILA, 2012, p. 61).

de razões e contrarrazões, ainda que se possa defender que nos caso das regras e de suas exceções há menos espaço interpretativo.

Outra razão a tornar esse critério como insustentável é fato da atividade de ponderação de regras se verificar, também, "na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como *Estado de Direito, certeza do Direito, democracia"* (ÁVILA, 2012, p. 62).

O intérprete, mesmo nesses casos, deverá analisar pontos favoráveis ou contrários à regra ou até mesmo investigar um conjunto de razões suficientes para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos. Sendo os dispositivos hipotéticos construídos resultados das generalizações realizadas pelo legislador, a formulação será ainda potencialmente imprecisa, podendo surgir situações não previstas. O aplicador, mesmo no caso da regra, deverá analisar a sua finalidade, para decidir a abrangência da norma, pois alguns casos deixam de ser mencionados (*under inclusiveness*) e outros são mal incluídos (*over inclusiveness*). Utilizando um exemplo dado pelo próprio autor, imagina-se uma regra que proíba a entrada de cães em um estabelecimento. Nesse caso, o intérprete deverá mais do que analisar o conceito de cão, se fixar nas finalidades da imposição das regras, pois se fosse aplicá-la na sua literalidade, admitir-se-á a entrada de um porco, enquanto proíbe-se a entrada de um cão guia. Assim,

> O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule's purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. Ora, essa decisão depende da ponderação entre razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra. Essa decisão – eis a questão – depende de uma ponderação. (ÁVILA, 2012, p. 63).

A atividade de ponderação de regras, também, é possível de ser verificada nas decisões que envolvem a aplicabilidade de um precedente judicial ao caso objeto de exame. Os precedentes não são autodefiníveis ou autoaplicáveis, embora boa parte da teoria processualista tenha tentado fazer acreditar ao implementar as súmulas vinculantes e julgamento de recursos repetitivos. Afastar ou aplicar uma decisão de precedente já consolidado depende, também, de ponderação de razões.

Por fim, destaca-se que a "atividade de ponderação de regras verifica-se na utilização de formas argumentativas como *analogia* e *argumentum* e *contrario,*cada qual suportada por um conjunto diferente de razões que devem ser sopesadas" (ÁVILA, 2012, p. 63)[107].

Como se pode ver, a atividade de ponderação de razões não é peculiar dos princípios, sendo uma qualidade de qualquer aplicação de normas[108]. O sentido do texto da norma possui um caráter provisório, podendo ser ultrapassado por razões relevantes, havidas pelo aplicador diante de um caso. O que Ávila admite é que a ponderação, considerada no sentido amplo de sopesamento entre razões e contrarrazões, em relação aos princípios e às regras é realizada por um procedimento diferente[109]. Eis o argumento:

> Embora tanto as regras quanto os princípios exijam esse processo discursivo de sopesamento de razões, o tipo de argumentação e de justificação exigidos para a sua aplicação não é o mesmo. Isso é decisivo, especialmente para afastar a concepção de que essas espécies normativas se igualam totalmente apenas porque requerem semelhante processo argumentativo para sua aplicação. O processo argumentativo e justificativo, como ficará mais claro abaixo, é diverso, devendo o intérprete, no caso das regras, avaliar a correspondência conceitual da norma com a construção conceitual dos fatos, com base na finalidade da regra e dentro de um âmbito de normalidade aplicativa, e, no caso dos princípios, avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p. 64).

Nesse sentido, como consequência, deve-se afastar, também, o critério do **fundamento axiológico**, que entende que os princípios são fundamentos axiológicos para a decisão ser tomada, enquanto as regras não o são, sendo mandados definitivos desprovidos de peso, valor ou finalidade. Assim, não se pode afirmar que só os princípios possuem uma dimensão de peso, já que a dimensão axiológica não é privativa dos princípios, sendo elemento integrante de qualquer norma jurídica, como se pode comprovar dos métodos de aplicação extensivo e restritivo do sentido das normas em função dos valores e fins que elas visam a resguardar[110].

---

[107] Para Cruz (2007, p. 304) "o problema não é se devemos estar com Ávila ou se devemos estar com Alexy, mas que estando com um ou com outro, ou seja, ponderando o sistema como um todo, ou só os princípios, a ponderação 'ameaça a legitimidade do Direito por supor que a aplicação do mesmo se dê nos mesmos patamares e limites da aplicação da moral convencional, de forma a fundir os discursos de justificação e aplicação em um mesmo amálgama'"

[108] "(...) em outras palavras, (...) o modo de aplicação dos princípios não é necessariamente a ponderação, nem é a ponderação o modo mais representativo da sua eficácia". (ÁVILA, 2012, p. 133).

[109] Críticas a essa perspectiva: "Em outras palavras, Ávila procura garantir a concepção da técnica de ponderação de valores desconectada da teoria dos princípios alexyana. Contudo, a sequencia de seu trabalho, que se constitui em um esforço de estabelecer novas formas de demonstrar a distinção entre as espécies normativas, acabará por implicar um retorno indireto aos problemas inerentes à teoria da argumentação de Alexy: de um lado, a cisão da ontologia hermenêutica e, de outro, a violação do código binário do Direito". (CRUZ, 2007, p.303-304).

[110] Pode-se observar no direito brasileiro a interpretação extensiva na equiparação do companheiro ao cônjuge para ampliar direitos processuais, tributários, previdenciários etc.

Ademais, vale registrar e defender que a própria afirmação de que os princípios possuem uma dimensão de peso é incorreta, já que as normas não regulam sua própria aplicação, não podendo ter incorporada uma dimensão de peso. Para Ávila, "não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância" (2012, p. 65).

A importância, ou o peso, é uma qualidade das razões e dos fins aos quais as normas fazem referência, devendo ser atribuída pelo aplicador. A consideração ou não de circunstâncias específicas não é pré-determinada, dependendo do uso que se faz dela.

Nesse sentido é que Ávila (2012, p. 68) pontua uma forte crítica a Alexy, afirmando que a definição de princípios como deveres de otimização implicaria que seu conteúdo fosse aplicado na máxima medida. Mas ele aponta quatro situações em que a colisão entre princípios não levaria a esse entendimento (ÁVILA, 2012, p. 68-70):

> a) hipótese em que a realização do fim instituído por um princípio sempre eleve à realização do fim estipulado pelo outro. Nesse caso, um dos princípios não teria seus objetivos realizados na máxima medida, mas na medida necessária. O exemplo dado é a relação entre o princípio da segurança jurídica, que estabelece a estabilidade como estado ideal de coisas a ser promovido, e o princípio do Estado de Direito que também alça a estabilidade como fim a ser perseguido. Assim, um reforçaria o outro, mas o princípio do Estado de Direito não seria elevado a sua máxima potencialidade, mas somente à medida necessária;
>
> b) hipótese em que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro. Na colisão dos princípios, só um poderia ser realizado, de forma que o outro deveria se excluído, solução típica da colisão entre regras;
>
> c) hipótese em que a realização do fim instituído por um princípio leve apenas à realização de parte do fim estipulado pelo outro; e
>
> d) hipótese em que a realização do fim instituído por um princípio não interfira na realização do fim estipulado pelo outro.

Embora só a hipótese (b) seja realmente uma hipótese conflitiva[111], as situações hipotéticas apresentadas por Ávila visam demonstrar que a diferença entre princípios e regras

[111] Ver crítica: "E, quanto às críticas que lhe são dirigidas [dirigidas a Ávila] por Afonso da Silva, cremos ser, em sua maioria, descabidas. Contudo, uma delas acerta em cheio: não há como negar que de todas as hipóteses que Ávila elenca como casos de colisão de princípios apenas uma delas pode ser enquadrada a partir da perspectiva de Alexy". (CRUZ, 2007, p. 300); "Examinemos as quatro categorias propostas por Humberto Ávila com um pouco mais de atenção. Salta aos olhos, logo de início, que apenas a segunda delas configura uma colisão de princípios. Nas outras três hipóteses, simplesmente não há colisão" (AFONSO DA SILVA, 2003, p. 620).

não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios na sua máxima medida. Ambas as espécies normativas deveriam ser realizadas totalmente, já que possuem o conteúdo de dever-ser. Para ele,

> A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, 2012, p. 69)

Assim, conclui-se que os princípios não são mandados de otimização, pois se assim fossem, não poderiam ser aplicados *mais* ou *menos* como se demonstrou pelas hipóteses acima elencadas. O mandado de otimização diz respeito ao uso do princípio, pois é o seu conteúdo que deve ser otimizado no procedimento de ponderação. Segundo Ávila, "*o próprio Alexy passou a aceitar a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados"* (2012, p. 69-70). Como se vê, as regras são também ponderadas quando aplicada, porém é o modo como ele será fundamentada de modo válido que a distinguirá em relação aos princípios.

Até esse momento apresentaram-se as críticas de Ávila a outras concepções da teoria dos princípios, especialmente à de Alexy, sem apresentar de maneira clara qual a proposta de distinção sugerida por Ávila. O grande problema não são as críticas do autor aos critérios distintivos apresentados pela doutrina nacional e estrangeira, mas a sua defesa de que elas não eliminam a importância da distinção entre princípios e regras, apresentando nada mais, nada menos do que outro sistema que incorre nos mesmos problemas da distinção ontológica e prévia entre normas que possam ser princípios e regras.

Para seguir na compreensão do que ele virá a propor, importante estabelecer um conjunto de premissas por ele levantadas no artigo "*A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*", publicado em 2001, de forma didática, para complementar a ideia que se está forjando sobre **o que os princípios não são**:

> a) não se identificam com valores, situam-se no plano deontológico, estabelecendo obrigação de adoção de condutas necessárias para a promoção gradual de um estado de coisas, enquanto os valores estão no mero plano axiológico, atribuindo meramente uma qualidade positiva a determinado elemento (2001, p.18);
>
> b) não se confundem com o mero estabelecimento de fins: (2001, p.18);

> c) não se confundem com axiomas, já estes denotam uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, não podendo ser encontradas no mundo jurídico do dever ser, cuja concretização é sempre prático-institucional. (2001, p.18);
>
> d) não se confundem com postulados, já que esses, "no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto" (2001, p. 18-19). Os postulados nesse sentido variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam. Pode-se dizer, portanto, que há postulados éticos-políticos e postulados normativos, estes interessam ao estudo que será elaborado[112]; e
>
> e) não se confundem com critérios. Os critérios devem responder à questões do tipo "como", "que", "por quê", quando se deve escolher entre dois ou mais elementos envolvidos, qual o melhor. Assim, os princípios da hierarquia, da cronologia, da especialidade, utilizados para resolver problemas de antinomia, devem ser considerados critérios. (ÁVILA, 2001, p.19-20).

A partir dessas anotações, adentra-se à proposta de dissociação entre princípios e regras elaboradas por Ávila. Pois bem, segundo o autor, os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de prover resultados (2012, p. 70).

Em relação à afirmação de que os princípios rementem o intérprete a valores, deve ser reforçado que o autor defende a possibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores, e que é possível distinguir entre a aplicação racional e irracional deles.

Já quanto aos modos de investigação, ou seja, os modos de prover os resultados, é possível encontrar dois modos opostos, sendo um destinado a analisar os princípios exaltando os valores por eles protegidos, sem, porém, examinar quais os comportamentos que seriam indispensáveis para sua realização e quais os instrumentos essenciais à fundamentação controlável de sua aplicação. O outro modo de investigação privilegiaria o exame de sua

[112] "Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito. (...) O que a doutrina comumente denomina de »princípio como ideia normativa geral« (ou princípio explicativo), como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele, são verdadeiros postulados normativos". (ÁVILA, 2001 p.19); No mesmo sentido: "(...) se vamos abordar a questão de uma distinção entre regras e princípios, desde já deixamos claro que estamos examinando o problema sob o ponto de vista de diferentes espécies de normas jurídicas, o que, de plano, afasta um conjunto amplo que a doutrina usualmente designa como 'princípios' e que, na verdade, são postulados jurídicos, ou seja, tanto condições de possibilidade para o conhecimento quanto condições destrancendentalizadas para o reconhecimento da validade desse conhecimento (sic) sistema jurídico". (CRUZ, 2007, p. 269). Para ele os postulados "devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobram a coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma científico específico" (CRUZ, 2007, p. 269). Assim, por exemplo, o princípio da "supremacia da Constituição", se não entendido em termos positivitas, deve ser considerado como um postulado jurídico.

estrutura, buscando um procedimento racional de fundamentação que permita estabelecer condutas necessárias para realizar os valores por eles defendidos, justificar e controlar sua aplicação de forma racional. Esse segundo modo é o prestigiado pelo autor.

Distinguir princípios de regras tem por finalidade fundamental antecipar características de cada uma das espécies de modo a facilitar o processo de interpretação e aplicação do Direito, tendo em vista que tal distinção busca aliviar o ônus de argumentação do aplicador. Ao qualificar as espécies normativas, minimiza-se, sem jamais eliminar, a necessidade de fundamentação, já que indica o que deve ser definitivamente justificado. Assim, o critério só terá validade, ou só será adequado, se fornecer critérios minimamente seguros de antecipação de características normativas, e que esses critérios sejam capazes de minorar a sobrecarga argumentativa imposta ao aplicador.

Os critérios não servem se só podem ser avaliados somente no plano concreto de aplicação das normas; devem, portanto, ser verificáveis no plano abstrato. Esse seria o erro de diversas análises que distinguem os princípios das regras, atribuindo critérios que só podem ser analisados após a aplicação da norma. Como já afirmado, e reforça-se aqui, os critérios devem aliviar o ônus argumentativo, oferecendo um conjunto prévio de categorias que orientam o aplicar por qual caminho seguir, sendo que jamais elimina o dever de argumentar.

Assim, Ávila deixa claro que, para estabelecer se uma norma é princípio ou se é regra, deve-se distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, ou o que se chama de *prima facie* de significação, daquele plano conclusivo de análise concreta das normas, ou o que se denomina nível de *all things considered* de significação.

O primeiro critério distintivo analisado, o do caráter *hipotético-condicional*, é inconsistente tanto no plano preliminar quanto no plano conclusivo. Primeiro que no plano abstrato, qualquer dispositivo normativo pode ser formulado hipoteticamente pelo legislador de maneira a possuir hipótese e consequência. No plano concreto, o aplicador deverá assumir a norma por meio de uma formulação hipotética.

O critério do *modo de aplicação* só ganha sentido no plano conclusivo de significação, e desse modo torna-se inútil, pois a distinção visa facilitar a aplicação das normas por meio da antecipação de qualidades normativas e da descarga argumentativa. Se a diferença só pode ser verificada depois da aplicação, e não antes, de nada serve para a teoria do Direito e a teoria da argumentação jurídica. Assim, há um círculo vicioso no critério do modo de aplicação, pois pretende demonstrar de forma antecipada, em plano abstrato, aquilo que só pode ser comprovado no plano concreto.

O critério do *conflito normativo* segue sendo inconsistente tanto no plano preliminar quanto no plano conclusivo. No plano preliminar, ou seja, no plano abstrato, é verdade que as regras entram em conflito, exigindo a declaração de invalidade de uma das regras, e os princípios, como estabelecem ideais a serem atingidos não entram em conflito direto, apenas se entrelaçando abstratamente. Admite-se, portanto, que seria corretor afirmar essa diferenciação para as espécies normativas. Reconhece Ávila, que "enquanto uma *incompatibilidade lógica total* entre regras pode ser concebida analiticamente e em abstrato, sem a análise das particularidades do caso, uma incompatibilidade abstrata total entre princípios é inconcebível" (2012, p. 73).

Mas esse critério deve ser visto com temperança, já que não se pode categoricamente afirmar que regras e princípios **só entrem em conflito** no plano abstrato e concreto respectivamente. Podem ser verificados conflitos abstratos de princípios, tal como no caso do princípio da liberdade de expressão e o princípio da proteção da esfera privada ou da proteção da vida íntima do cidadão. O mesmo se pode verificar no caso das regras, em que em abstrato sobrevivem harmoniosamente, mas no caso se repelem, tal como o exemplo de dever do médico informar a verdade e utilizar todos os meios para curar seu paciente, enquanto informar a verdade ao paciente pode piorar seu estado.

O critério do fundamento axiológico é importante tanto no plano preliminar quanto no plano concreto, mas é inadequado, pois atribui valor primordial à norma, e não às razões utilizadas pelo aplicador a partir dela.

Assim, "resta saber qual a definição de princípios e regras que abrange essa distinção abstrata entre as categorias normativas no que se refere à incompatibilidade lógica total em nível abstrato" (ÁVILA, 2012, p. 74).

As regras, embora possuam hipótese de incidência, sejam aplicadas de forma subsuntiva, entrem em conflito direto com outras regras, essas são características meramente contingentes.

Assim, a proposta defendida por Ávila, que ele qualifica como heurística, leva em conta que as normas são constituídas pelo intérprete utilizando-se dos textos normativos e de seu significado usual. Assim, as conexões axiológicas não estão incorporadas ao texto, mas são produzidas pelo próprio intérprete, sendo que a distinção entre as espécies normativas deixa de constituir uma distinção com valor empírico, sustentado pelo objeto interpretado

(ontológico), não permitindo antecipar o seu significado normativo e seu modo de obtenção[113]. Para ele,

> Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos. (ÁVILA, 2012, p. 74-75).

A proposta defendida admite a coexistência em um mesmo dispositivo das diferentes espécies normativas. Um ou vários dispositivos podem experimentar alguma das dimensões das espécies normativas, qual seja, a dimensão comportamental, que se classifica como uma **regra**, a dimensão finalística, ou seja, os **princípios**, e/ou uma dimensão metódica, ou seja, os **postulados**. A distinção normoteorética do autor é tripartite, e não dual como as demais. Abandona-se o enfoque baseado numa alternativa exclusiva das espécies normativas, e adota-se uma distinção baseada no caráter pluridimensional dos enunciados normativos. Assim,

> (...) o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização. Por exemplo, o significado do dispositivo que dispõe que os tributos só podem ser instituídos por lei pode ser enquadrado como regra, na medida em que a doção do procedimento parlamentar é o comportamento frontalmente preciso. (ÁVILA, 2012, p. 76-77).

Aos princípios e às regras, acrescenta-se a figura dos postulados, "*instrumentos normativos metódicos*, (...) que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo". (ÁVILA, 2012, p. 77).

Para a dissociação se utilizam três critérios principais:

a) da natureza do comportamento prescrito;

b) da natureza da justificação exigida; e

c) da medida de contribuição para a decisão.

---

[113] "Obviamente que a instituição (positiva) de normas com o qualificativo de princípios (disposição de princípios), ora fundamentais, ora gerais, estabelece uma hierarquia sintática e semântica entre as normas, na medida em que atribui maior importância a alguns fins em detrimento de outros. E qualquer descrição que pretenda manter referência ao ordenamento em que essas normas estão instituídas não poderá desconsiderar essa hierarquia, pelo limite epistemológico que ela impõe". (ÁVILA, 2001, p.22). Desse modo, seria nesses casos uma propriedade empírica, não podendo ser ignorada pelo intérprete.

Em relação **ao critério da natureza do comportamento prescrito,** para Ávila, as "as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento"* (2012, p. 78). As regras seriam normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de uma conduta a ser adota. Já os princípios são normas imediatamente finalísticas estabelecendo um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Concluindo,

> (...) os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impões condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deôntico-teleológico: deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; teleológico, porque as obrigações, permissões e proibição decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Daí afirma-se que os princípios são normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado inicial ideal de coisas (*state of affairs*).
> (...)
> Já as regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido; e, por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. Enfim, as regras são prescrições cujo elemento frontal é o descritivo. Daí possuírem caráter deôntico-deontológico: deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica "o que" deve ser feito. Daí afirma-se que as regras são normas-do-que-fazer (*ought-to-do-norms*): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (*actions*). (ÁVILA, 2012, p. 79).

Não se trata de afirmar que as regras não possuem caráter finalístico ou que os princípios não possuam conteúdo comportamental. Ocorre que o comportamento exigido nas regras são **descritivamente prescritos** e nos princípios são os **comportamentos necessários**, seja eles quais forem, para realizar um estado de coisas. Veja que toda regra é estabelecida para se atingir um determinado fim, mas para isso define-se de imediato o comportamento exigido. Já os princípios estabelecem um determinado fim, mas é omisso em relação às condutas a serem tomadas, devendo o intérprete definir quais são as necessárias[114].

O critério **da natureza da justificação exigida** dissocia as regras dos princípios quanto ao modo de justificar a conduta exigida. Ao interpretar e aplicar a regra, avalia-se a correspondência entre a construção do conceito dos fatos e a construção dos conceitos da

[114] Em outras palavras, o que distingue os princípios não é a sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diverso e alternativos. (...) Princípios não são necessariamente meras razões ou simplesmente argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis. (ÁVILA, 2012, p. 138).

norma e da finalidade que lhe dá suporte, enquanto os princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim, e os efeitos decorrentes da conduta tida por necessária.

As regras possuem um elemento descritivo, pois não é relevante imediatamente o estado de coisas a ser alcançado com o cumprimento da norma. Se na aplicação da regra aos fatos constatar-se que a finalidade da norma não será alcançada, o ônus argumentativo para afastar a aplicação da regra será muito maior, o que se poderia chamar de casos difíceis (ÁVILA, 2012, p. 80). Como se vê, "o traço distintivo das regras não é o modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso" (ÁVILA, 2012, p. 81).

Já no caso dos princípios, o ônus argumentativo é estável, não podendo se falar em casos difíceis e casos fáceis, pois não se trata de demonstrar a correspondência. O argumento para os princípios fundamenta uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual de um estado de coisa exigido. Detecta-se, então,

> (...) a maior necessidade da análise de casos paradigmáticos para a investigação do conteúdo normativo dos princípios: é preciso investigar casos cuja solução, porque baseada em valores passíveis de generalização, possa servir de paradigma para outros casos similares (...). (ÁVILA, 2012, p. 81).

Poder-se-ia afirmar, conforme argumenta Ávila (2012, p. 82), que as regras assumem primariamente um caráter retrospectivo (*past-regarding*), já que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador, enquanto os princípios possuem um caráter primariamente prospectivo (*future-regarding*), determinando um estado de coisas a ser construído[115].

Por fim, o último critério para a distinção é o da **medida de contribuição para a decisão**, eis que

> Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.
> (...)

[115] "Como se vê, a reprovabilidade deve – é o que se defende neste trabalho – estar associada, em primeiro lugar, ao grau de conhecimento do comando e, em segundo lugar, ao grau de pretensão de decidibilidade. Descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de que outras razões para tomar uma futura decisão. Ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio. Até porque, sem outro argumento a modificar a equação, o ônus de superar uma regra é maior do que aquele exigido para superar um princípio. Ao contrário do que se crê, portanto, a opção legislativa pela regra força a sua insuperabilidade preliminar". (ÁVILA, 2012, p. 112).

> Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. (ÁVILA, 2012, p. 83).

Se de um lado as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes[116], de outro lado os princípios são normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras são apenas preliminarmente decisivas, já que embora possam ter suas condições de aplicabilidade preenchidas, podem não ser aplicáveis se razões excepcionais superarem a razão que sustenta a aplicação normal de regra. Denomina-se esse fenômeno de *aptidão para cancelamento* (*defeasibility*).

Ávila apresenta quadro esquemático útil para compreendermos a distinção entre Regras e Princípios:

Figura 2 - Quadro Esquemático

	Princípios	**Regras**
Dever imediato	Promoção de um estado ideal das coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

Fonte: ÁVILA, 2012. p. 85.

[116] "Como já mencionado, as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação sé é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, que na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí por que as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade, adiante analisado. A expressão "trincheira" bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficacional de trincheira das regras". (ÁVILA, 2012, p. 111).

A proposta conceitual do autor assim pode ser sintetizada:

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à suam promoção (ÁVILA, 2012, p. 85).

Vale reforçar o argumento de que o que interessa não é a definição do legislador, mas a estrutura normativa da norma a ser interpretada. Haverá prescrições normativas que, dependendo do ponto de vista por meio do qual são analisadas, podem significar ora princípios, ora regras, como é o caso da igualdade. (Ávila, 2011, p. 22).

Ainda falta analisar a terceira categoria apresentada por Ávila: a categoria dos postulados. Como já foi exposto, não se trata em si de um conceito afastado de pronto pelos teóricos, mas é de se perceber que Ávila o alça à categoria de norma jurídica. É necessário realçar as características úteis para os objetivos a que esse trabalho se propôs.

É de se considerar que um objeto cultural a ser estudado, para ser apreendido, submete-se a condições essenciais sem as quais aquele objeto não teria condições de ser conhecido. Essas condições essenciais são designadas, influenciados pela terminologia de Kant, pelo termo de **postulados** (ÁVILA, 2012, p. 142).

Haveria, segundo o autor dois grandes grupos de postulados, os postulados hermenêuticos, para a compreensão em geral do Direito, e os postulados aplicativos, com a função de estruturar a aplicação concreta da norma jurídica.

Para Ávila,

> Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semânticas e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de

> aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). (ÁVILA, 2012, p. 143).

Como se pode notar, os postulados funcionam de forma diferente em relação aos princípios e as regras. Eles estão em níveis diferentes, sendo que princípios e regras são normas a serem aplicadas na solução da controvérsia jurídica, ou na aplicação do direito em si, enquanto os postulados nada mais são do que normas que orientam a aplicação de outras. Assim, os destinatários dos postulados não são o Poder Público e os contribuintes, tal como as regras e os princípios, mas são destinados aos intérpretes e aplicadores do Direito, seja ele o advogado, o juiz, a autoridade administrativa, o empresário na execução de um negócio jurídico etc. Por fim, destaca-se que eles não se relacionam da mesma forma com outras normas. Os princípios implicam-se reciprocamente de modo preliminarmente complementar, e as regras implicam-se reciprocamente de modo preliminarmente decisivo, já os postulados, situando-se um metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Assim, de forma objetiva, reforça-se que "os postulados estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção" (ÁVILA, 2012, p. 144). Não estabelecem dever-ser ideal, não podem ser cumpridos de forma gradual, e nem mesmo possuem peso móvel ou circunstancial, simplesmente estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constantemente relativa a outras variáveis.

Os postulados não possuem conteúdo para solucionar controvérsias jurídicas, mas possuem conteúdo para estabelecer como aplicar o Direito. Como já afirmado podem ser classificados como postulados hermenêuticos, servindo para a compreensão interna e externa do ordenamento jurídico, e como postulados normativos aplicativos, utilizados para solucionar a aplicação do Direito.

O principal postulado hermenêutico é o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o qual exige que o intérprete relacione a parte o todo, empregando categorias de ordem e unidade. Nesse caso, dois subpostulados são úteis para a compreensão do ordenamento jurídico:

a) O postulado da coerência, obrigando que as normas se relacionem de maneira consistente, completa e sem contradição; e
b) O postulado da hierarquia, que diz respeito às normas prevalecentes do ponto de vista linear, ou seja, responde a questão relativa à qual é a norma substancial e

formalmente mais fundamental, ou superior em relação a uma norma substancial e formalmente inferior (ÁVILA, 2012, p. 144-154).

Os postulados normativos aplicativos são divididos entre (ÁVILA, 2012, p.163-164):

(a) postulados inespecíficos, ou seja, postulados eminentemente formais, constituindo-se por meras ideias gerais, sem um critério orientador de sua aplicação, incondicionais, tal como a ponderação[117], a concordância prática[118] e a proibição de excesso[119]; e

(b) postulados específicos, os quais exigem o relacionamento entre elementos específicos, como critérios que devem orientar a relação entre eles. São, também, formais, mas condicionais, ou seja, relacionam elementos com espécies determinadas. São eles os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade, entre outros (ÁVILA, 2012, p. 155). Importante tecer mais considerações sobre essas espécies para sua melhor compreensão.

Pode-se afirmar, de maneira breve, que o postulado da proporcionalidade aplica-se aos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim perceptível de forma concreta (ÁVILA, 2012, p.182-196). Os meios devem ser:

(c) adequados, ou seja, devem levar à realização de um fim;

(d) necessários, envolvendo a verificação de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido e que possam igualmente promover o fim pretendido sem restringir tanto quanto o meio escolhido; e

(e) proporcionais em sentido estrito, o que significa que deve-se comparar entre a importância do fim a ser realizado e das intensidade de restrição aos direitos fundamentais. De outro modo, é de se perguntar: as vantagens causadas pela promoção do fim compensam as desvantagens?

Já o postulado da razoabilidade (ÁVILA, 2012, p. 173-182; ÁVILA, 2001, p.30), diferente do postulado da proporcionalidade, embora muitas vezes com ele confundido, determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. A relação não é de meio e fim, tal como na proporcionalidade. O dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das consequências normativas. Possui três dimensões:

---

[117] "A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento" (ÁVILA, 2012, p. 164).

[118] A concordância prática é a finalidade que deve direcionar a ponderação, constituindo-se como o "dever de realização máxima de valores que se imbricam" (ÁVILA, 2012, p. 166).

[119] O postulado da proibição de excesso não permite a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. (ÁVILA, 2012, p. 167).

> a) a razoabilidade deve ser tratada como equidade, ou seja, de um lado deve harmonizar a aplicação da lei considerando aquilo que normalmente acontece, pressupondo normalidade, ou exigindo a consideração de aspecto individual na hipótese em que ele é sobremodo desconsiderado pela regra geral;
>
> b) a razoabilidade deve ser tratada como congruência, ou seja, exige que se harmonize as normas com as condições externas de aplicação: a lei deve se referir a um suporte empírico existente, o que afastaria, por exemplo, a instituição do benefício de 1/3 de férias para os inativos, os quais, de fato não tiram férias; a congruência deve se manifestar, também, pela relação entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, ou seja, ao diferenciar, é preciso haver uma razão. Não se pode admitir como razoável contar em dobro o tempo de serviço de um funcionário público em relação a um da iniciativa privada sem que haja condições excepcionais para isso; e, por fim,
>
> c) a razoabilidade deve ser tratada como equivalência, ou seja, a medida adotada deve ser equivalente com o que dimensiona. Não é razoável definir a taxa de um serviço público, por exemplo, com base na altura da pessoa que receberá o serviço. O exagero do exemplo ilustra bem a questão. No plano jurídico, o STF afastou a taxa judiciária de percentual fixo, pois a medida estabelecida não dimensionava de forma equivalente o custo real do serviço, sendo em alguns casos era impeditivo ao exercício de direito fundamental a ação (Representação 1077/ STF).
>
> Por fim destaca-se o postulado da igualdade. A igualdade pode funcionar como:
>
> a) regra, quando proíbe o tratamento discriminatório;
>
> b) princípios ao instituir um estado igualitário como fim a ser promovido; e
>
> c) postulado, ao estruturar a aplicação do Direito em função de critérios de diferenciação e finalidade de distinção, e da relação entre eles, ou seja a congruência entre os critérios e as razões da finalidade proposta (ÁVILA, 2012, p. 171).

O autor cita outros postulados e deixa a entender que sua lista não é taxativa, mas apenas realça os principais postulados para a finalidade que se propõe. Não é, também, o objetivo aqui descrever cada um dos princípios, regras ou postulados, mas repassar as principais características que diferenciam as espécies normativas em estudo dentro do arcabouço teórico do pensamento estudado.

O autor é insistente em afirmar que a distinção normoteorética por ele desenvolvida através da divisão tripartite acima apresentada não se trata de uma questão meramente terminológica.

Eis o argumento:

> O modelo aqui defendido, mais do que separar as espécies normativas, visa a construir critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, dada a constatação de que não são os princípios e as regras, em si mesmos, que definem uma boa ou má aplicação, mas os critérios que vertem sobre eles e direcionam o seu adequado funcionamento. (ÁVILA, 2012, p. 129).

Alerta o autor que a distinção não é um fruto de mero formalismo, mas de uma exigência de clareza, sendo necessário definir cada uma das espécies, ainda que se possa adotar nomes, ou designações distintas. Se há várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas sejam qualificadas de maneira diversa, a fim de que proporcione maiores meios de controle da atividade estatal (ÁVILA, 2012, pág. 29). Assim, o problema não seria necessariamente separar as espécies normativas, mas "municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio". (ÁVILA, 2012, p. 130).

Embora diversas críticas tenham sido realizadas a essa contribuição ao pensamento jurídico nacional e internacional[120], as considerações produzidas representam uma inovação na teoria jurídica e, de certa forma, um avanço significativo. Entre os motivos que se pode listar deve-se destacar que, entre os autores que trabalham com o Direito Tributário, poucos tiveram a preocupação de receber a teoria dos princípios, com influência preponderante das obras de Dworkin e Alexy, de forma crítica e, mais do que isso, de forma ilustrativa, mostrando como a teoria dos princípios poderia ser aplicada ao conjunto normativo desse ramo do Direito.

As críticas efetuadas à teoria de Dworkin e de Alexy, embora seja nítida a influência desse último nas ponderações de Ávila, descortinaram problemas sérios da distinção apresentada por ambos, especialmente em relação aos critérios de distinção entre princípios e regras baseados nos modos de aplicação e de colisão. A própria obra de Dworkin deixou de focar na distinção entre princípios e regras, mas a manteve unicamente com o fim de realçar a existência de diferentes critérios interpretativos no Direito (ÁVILA, 2012, p. 140).

O foco do trabalho de Ávila é demonstrar que "embora as regras e os princípios careçam de um sopesamento de razões para a sua aplicação, eles não se submetem ao mesmo

[120] Ver principalmente as críticas realizadas por Cruz (2007, p. 303-310) em que aponta que, apesar das boas críticas realizadas à teoria de Dworkin e Alexy, o autor não teria conseguido se livrar dos problemas ligados a uma filosofia ontológica, de um direito positivista baseado nas conceituações determinantes e do risco do decisionismo. Ainda há críticas realizadas por Silva (2003, p. 623) e por Bustamante (2002), buscando reafirmar as distinções apresentadas por Alexy.

processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação". (ÁVILA, 2012, p. 140). Para o autor, isso deve ficar bem claro, pois, quando a Constituição contém um dispositivo que se pode classificar como regra, ainda que haja uma dimensão de indeterminação em seu conteúdo, não pode o legislador e o aplicador simplesmente descartar ou afastá-la diante de outros elementos[121]. Não se poderia desconsiderar a rigidez da norma-regra, flexibilizando seu comando normativo, como se fosse um conselho[122] (ÁVILA, 2012, p. 140).

Não se trata de focar no conflito ou na força normativa exteriorizada, mas na justificação da norma. Assim, distingue-se regra de princípios, por três elementos básicos já apresentados e aqui retomados:

a) **natureza da descrição normativa:** as regras descrevem condutas proibidas, permitidas, obrigatórias; os princípios descrevem estados ideias a serem perseguidos ou conservados;

b) **natureza da justificação**: as regras exigem um exame de correspondência[123] entre a descrição normativa e os atos praticados ocorridos, enquanto os princípios exigem uma avaliação de correlação entre meios e fins; e

c) **natureza da contribuição para a decisão**: as regras possuem pretensão de decidibilidade, apresentando uma solução provisória para um problema já conhecido,

[121] "Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal, deve prevalecer a primeira; e se houver um conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isto quer dizer que a prevalência, nessas hipóteses, não depende da espécie normativa, mas da hierarquia. (...) A única hipótese aparentemente plausível de atribuir "prevalência" a um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional seria a de ser constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra". (ÁVILA, 2012, p. 113). (...) "É preciso, por fim, chamar a atenção para o fato de que o caráter descritivo das regras, inicialmente examinado, traz repercussões com relação à análise da linguagem estabelecida pela Constituição. Como mencionado, a escolha das regras estabelece âmbitos de competência muito diversos daqueles porventura existentes no caso da instituição de princípios: enquanto nessa hipótese, o Poder Legislativo pode escolher os meios para promover os fins, naquela outra ele está previamente vinculado ao meio constitucionalmente escolhido. Isso porque as regras têm caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção de conduta, cabendo ao intérprete aplicar a regra cujo conceito seja finalmente-correspondente ao conceito dos fatos". (ÁVILA, 2012, p. 119 e 120).

[122] "A segurança jurídica será tanto mais importante, em primeiro lugar, quanto maior for o valor sobrejacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra. Isso ocorre, por exemplo, nos setores do ordenamento jurídico em que o princípio da segurança jurídica exerce papel primordial, como no Direito Penal e no Direito Tributário. Nesses campos normativos a padronização é importante, devendo a rigidez ser tanto maior quanto maior for a necessidade de generalização e quanto menos danosa for a decisão individual para a implementação do princípio geral da igualdade. Em segundo lugar, a segurança jurídica é importante quanto maior for a vinculação desse valor sobrejacente com o valor subjacente à regra. Isso surge quando o princípio da segurança jurídica é importante para o setor no qual a regra se insere e a finalidade subjacente à regra está relacionada com a promoção da segurança. (...) As regras são, portanto, instrumentos de justiça geral. O grau de resistência da regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetas a promoção da justiça para a maior parte dos casos" (ÁVILA, 2012, p. 126).

[123] O autor não menciona a técnica da subsunção, possivelmente para tentar se afastar dessa perspectiva positivista, embora pareça se tratar disso quando se refere ao exame de correspondência.

> enquanto os princípios possuem uma pretensão de complementaridade, servindo de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.

Como se vê, Ávila tenta reforçar o seu afastamento da perspectiva do decisionismo puro, buscando critérios racionais e controláveis para a aplicação do Direito[124].

Mas duas objeções podem ser realizadas à sua teoria:

> a) novamente a tentativa de se estabelecer distinção entre regras e princípios, especialmente como padrões normativos rígidos não tem encontrado sucesso; e
>
> b) a construção de um método argumentativo acaba recaindo nos problemas já mencionados, fundindo discurso de justificação com discurso de aplicação (CRUZ, 2007, p. 304).

Em relação ao segundo aspecto já foi abordado em relação a outra teorias. Em relação ao primeiro, cumpre repassar alguns pontos específicos da teoria de Ávila. O autor defende que a qualificação das normas como princípios ou regras só é possível com a colaboração constitutiva do intérprete, independendo do texto, devendo ser realizada previamente à aplicação da regra ou do princípio ao caso. Ora, se o intérprete precisa distinguir princípios de regras para antecipar características de cada uma das espécies de modo a facilitar o processo de interpretação e aplicação do Direito, cria-se um círculo vicioso, como um cachorro atrás do próprio rabo, na medida em que o intérprete precisa interpretar algo para auxiliar sua interpretação que será feita com base em uma distinção que ele obteve pela interpretação.

Não se nega que haja textos e enunciados normativos que possuem densidade descritiva maior do que outros. Mas é impossível determinar essas distinções de tal forma que se possa apontar a existência de padrões normativos rígidos. Realmente há uma grande distinção entre a norma constitucional que prescreve que todos os tributos devem levar em conta, na maior medida possível, a capacidade econômica do contribuinte e a norma constitucional que prescreve que todo tributo deve ser veiculado por lei. Mas, ainda haverá a diferença de densidade entre esses padrões e aquela que prescreve que a taxa pela emissão do diploma escolar será no valor de R$ 40,00.

Por exemplo, faria mais sentido uma distinção entre normas que prescrevem fatos a serem tributados e normas que prescrevem como os fatos devem ser tributados. Em todo caso,

---

[124] "É verdade que a linguagem é largamente indeterminada. Do fato, porém, de que a linguagem é indeterminada não segue nem que ela não possui núcleos de determinação, nem que ela seja totalmente indeterminada e, por isso, supérflua. Isso significa, em outras palavras, que, mesmo sendo a linguagem indeterminada, não quer dizer que ela não tenha núcleos de significação, nem que não possa sofrer determinação pelo uso ou pelo próprio sistema no qual esteja inserida" (ÁVILA, 2012, p. 120).

a distinção seria de conteúdo normativo, e não de estrutura ou de função, o que poderia gerar inúmeros outros critérios classificatórios, a depender da utilidade.

É possível, sim, construir padrões normativos que antecipam as características do fenômeno social a ser tributado, mas uma vez ocorrendo o referido fenômeno social, o intérprete terá ainda o ônus de reconstruir os elementos que fazem com que a norma a ser aplicada seja aquela. E é claro que a repetição dos fatos com aquelas determinadas características pode dar a falsa ideia de que seja um caso fácil ou de mera subsunção. Isso deve ser compreendido mais como um hábito do que necessariamente com a subsunção. Assim, os critérios da natureza da justificação exigida e da medida de contribuição para a decisão também parecem falsos.

Da mesma forma a ideia de que regras assumem primariamente um caráter retrospectivo e princípios possuem um caráter primariamente prospectivo não parece ser útil na medida em que princípios e regras, nesse sentido, não estão dissociados de qualquer norma a ser aplicada aos casos. Nenhuma norma é só antecipatória, nem é prospectiva somente. Veja que o suposto princípio da capacidade contributiva descreve uma situação de fato já conhecida pelo legislador, ou seja, que tributos ou impostos podem ser cobrados na proporção da riqueza do contribuinte, e ao mesmo tempo, determina um estado de coisas.

Alguns poderiam argumentar que não, que mesmo que haja um fato já conhecido ele é muito mais genérico do que seria um fato descrito numa norma que estabelece que um dever de pagar imposto de renda pelos salários auferidos mês a mês. Correto. Não há reparos a serem feitos a essa observação de que há normas mais especificadas do que outras. Ocorre que se voltaria à distinção de princípios e regras na base quantitativa, sem ser possível estabelecer qual o grau necessário para uma norma se tornar princípio e qual o grau necessário para ela se tornar regra.

Esta teoria será abordada novamente ao ser realizada a análise de como a doutrina tributária trata a diferenciação entre as espécies normativas; inclusive serão analisados os textos do próprio autor, e como ele realiza a aplicação da teoria na solução das controvérsias jurídicas e na aplicação do direito.

3.3 A doutrina constitucional brasileira: propostas alternativas

Pois bem, até o momento visitou-se o paradigma clássico, logo o rejeitando pela sua inconsistência teórica. Embora o paradigma moderno apresente um avanço, desenvolveu uma

distinção pouco razoável entre princípios e regras. Assim, avançou-se sobre as teorias do paradigma contemporâneo, e constatou-se que a distinção qualitativa, também não apresenta critérios suficientemente racionais para influenciar o modo de decisão do intérprete. Apontou-se que as contribuições de Dworkin serão levadas em conta na apresentação de uma reconstrução do direito tributário baseado na integridade, porém, não será dada relevância para a distinção entre princípios e regras. Além disso, apropriou-se de contribuições de Bustamante, especialmente em relação ao argumento da derrotabilidade das normas jurídicas e dos critérios para sua aferição. Visitaram-se as teorias principiológicas representativas do debate contemporâneo que se considerou suficiente para demonstrar o estado da arte na teoria do direito nacional e internacional.

Interessa encerrar essa revista à teoria dos princípios, com a apresentação de argumentos que, embora não se proponham retornar à tese da conformidade, ou seja, ao paradigma clássico, não veem com muita utilidade a distinção normoteorética qualitativa. Para isso serão apresentados dois autores nacionais: Marcelo Neves e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Esses autores reconhecem os avanços e os esforços realizados para superação do paradigma da consciência, mas não veem nas respostas apresentadas soluções coerentes ou úteis. Isso não quer dizer que as abordagens por eles apresentadas não tenham problemas ou insuficiências. Mas devem ser enxergadas como contraponto dentro do próprio paradigma da linguagem, ou esforços para construção teórica de uma concepção filosófica do direito menos metafísica.

3.3.1 Princípios e Regras como tipos ideais: uma proposta baseada na teoria sistêmica

Neves (2013, p. 95) defende a distinção entre regras e princípios tendo como marco teórico a teoria dos sistemas de Luhmann. Ele argumenta que só no plano da comunicação jurídica a distinção entre princípios e regras torna-se relevante. Não possuiria relevância no plano da ação, ou no campo da mera observância cotidiana dos atos, ou no âmbito do uso de ofertas legais de regulação no exercício corriqueiro da autonomia privada.

Para Neves, a distinção só é útil quando surge uma controvérsia acerca da norma a ser aplicada no caso. “Portanto, apenas quando se passa para o plano da argumentação jurídica essa distinção pode ser problematizada” (NEVES, 2013, p. 95).

Isso quer dizer admitir dois planos, como se argumentou: o da ação e o do discurso. No plano da ação, não se problematizou a validade da norma jurídica, apenas cumprimos.

Porém, quando se discute a pretensão de validade dela, isso significa no plano do discurso, ou na observação de segunda ordem, a distinção entre regras e princípios é útil:

> Na observação de segunda ordem, os envolvidos na comunicação jurídica galgam outro plano, a partir do qual discutem sobre as normas a serem aplicadas, a sua validade, o seu sentido, as condições de seu cumprimento, etc. No que concerne à sociedade e ao direito contemporâneos em um Estado constitucional, não se trata de alcançar uma realidade última, "ontológica", que estaria subjacente. (NEVES, 2013, p. 99).

O sistema jurídico, entendido na perspectiva luhmaniana, portanto, não seria composto de normas indiscutíveis, fechadas, levando-o ao constrangimento de aumentar a sua irritabilidade, construindo-se e reconstruindo-se permanentemente. Assim, princípios e regras devem ser entendidos como normas que são reconstruídas pela argumentação elaborada pelo observador de segundo grau: "não há norma pronta e previamente acabada, a ser aplicada de maneira diversa como regra ou princípio". (NEVES, 2013, p. 100).

Portanto, a demarcação entre teses fortes e teses fracas da distinção entre princípios e regras seriam inadequadas, pois só poderia se identificar regras e princípios dentro da cadeia argumentativa, e não fora, ontologicamente determinadas.

Isso leva à conclusão de que a diferença entre princípios e regras não seria uma distinção de uma "forma-de-dois-lados" (lícito/ilícito; ambiente/sistema etc), tal como as diferenças são apresentadas pela teoria sistêmica:

> Mas a diferença entre princípio e regra é construída e operacionalizada mediante dois conceitos de conteúdo, não sendo propriamente uma forma-de-dois-lados. Mais adequado é admitir que se trata aproximativamente de conceitos típico-ideal nos termos da tradição weberiana. Os tipos ideais, definidos por Weber como "utopias" gnosiológicas, nunca são encontrados em forma pura na realidade social, servindo antes como esquemas de sua interpretação como ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes ao conhecimento que se pretende obter. (NEVES, 2013, p. 102).

Neves alerta que, enquanto Weber trata os tipos ideais, influenciado por Kant, como meios mentais para o controle espiritual do empiricamente dado, ele concebe o tipo ideal como estrutura cognitiva de seleção das ciências sociais em relação à realidade-ambiente, que diante delas, apresenta-se mais complexa e desestruturada (NEVES, 2013, p. 102).

No âmbito normativo, os tipos ideais servem para estabilizar expectativas normativas, e não para orientar expectativas cognitivas. Assim, regras e princípios seriam apenas tipos ideais normativos, podendo ser encontrados em suas formas híbridas, utilizados no processo argumentativo da discussão sobre a validade da norma e de seu conteúdo. Defende o autor,

que um padrão pode até ser estabilizado como regra ou princípio no sistema, estando a maioria das vezes relacionada a textualização constitucional. (NEVES, 2013, p. 103-104).

Sobre esse assunto, já se discutiu na abordagem sobre a suposta taxionomia normativa proposta por Dworkin, em que sua distinção parece ser meramente como tipos ideais, admitindo outros padrões e os sistemas híbridos. O próprio Neves (2013, p. 106), nesse sentido, refere-se a proposta do autor americano quando argumenta sobre normas substancialmente principiológicas ou formalmente como regras, mas diferentemente dele não admite outros padrões normativos. (2013, o. 109).

Para Neves, "os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para normas de decisão são condições de aplicação dos princípios à solução dos casos". Isso quer dizer que "de antemão, não se pode definir qual padrão constitui um princípio ou uma regra", dependendo do modo em que "a norma é incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo" (2013, p. 103).

Assim, ou as normas estão no nível reflexivo da ordem jurídica, ou elas são razões definitivas. Se não comportar nenhuma dessas opções, estar-se-á diante de híbridos, e não de um padrão diferente de regra ou princípio, afastando-se assim da concepção de Dworkin, que não nega a possibilidade de existir outros padrões, ou de Ávila, que admite os postulados.

Neves adere ao debate a ideia de que os princípios constitucionais só fazem sentido como resultantes da positivação do direito, só possível de se pensar em ordenamentos jurídicos que separam direito da moral, que é capaz de diferenciar a ação do discurso. Neves pressupõe para isso uma relação de circularidade entre princípios e regras, na medida em que um pressupõe o outro, sendo a regra a solução do conflito principiológico, e esses os fundamentos das regras.

Ao considerar princípios e regras como tipo ideais, Neves realmente contribui para o debate, apresentando uma tese que retira as distinções ontológicas e demonstra as dificuldades das teses fracas ou fortes. Assim, aceitar que o Direito é composto por regras e princípios vira mera forma de classificação das normas, para compreender os fenômenos jurídicos. Em nada difere da forma como os cientistas sociais tratam os fenômenos sociais, tal como democracia, capitalismo, socialismo, em que tais unidades analíticas são úteis para facilitar a compreensão da realidade complexa. Trata-se de formas analíticas, muletas que o observador precisa, diante da impossibilidade de compreender a realidade em todas as suas facetas e complexidades.

Não há problemas nessa concepção para a organização do fenômeno jurídico, ou para sua compreensão, tal como um sociólogo poderia fazer. Inclusive a validade da classificação poderia ser questionada por estes.

O que interessa aqui é o plano normativo. Em primeiro lugar, vale a objeção ao fato de que se a distinção entre regras e princípios está no campo dos tipos ideais, não se pode argumentar que elas só ganham consistência na cadeia argumentativa normativa. Antes de entrar na cadeia argumentativa normativa, as distinções já entrariam previamente estabelecidas na cadeia argumentativa descritiva. Mesmo que sua interpretação fosse manipulada a ponto de ganhar consistência de regra ou princípio, a norma estaria anteriormente classificada. E muitas das críticas aos pós-positivistas estão justamente nessa prévia classificação.

Ou se admite que é possível pelo texto ou pelos textos identificar se o enunciado é uma regra ou um princípio (o que não afasta a interpretação), ou se admite que a distinção só pode ser verificada após a decisão tomada, aí sim analisando o conteúdo dos argumentos. Que há uma circularidade entre regras e princípios, no sentido de que um pressupõe o outro, nem os próprios autores pós-positivistas negariam.

Mas se somente é possível identificar se algo é regra ou princípio após a decisão tomada, essa distinção não teria utilidade para a aplicação da norma, e isso que interessa ao debate. No máximo teria utilidade para a descrição do direito do ponto de vista sociológico.

Mesmo que se pudesse argumentar que essa decisão serviria para responder casos futuros, isso significaria que após a decisão, a distinção entre regras e princípios sairia do plano argumentativo. Se a distinção só é útil na argumentação, ainda assim deve-se reconhecer que o intérprete, para fazer uso dela na argumentação, deve sacá-la de algum lugar. Logo, o intérprete já pressupõe que algo tem características de regras ou de princípios. E mesmo essa pressuposição poderia ser objeto de debates.

Embora possa reconhecer os pontos fracos das teses quantitativas e qualitativas da distinção e embora possa buscar aquilo que a maioria dos autores tem buscado, ou seja, reagir à desdiferenciação sistêmica do direito, a solução apresentada por Neves ainda não é suficiente para romper com o não positivismo principiológico, inserindo-se dentro dele.

Tanto Figueroa (1998) quanto Neves apresentam críticas às distinções entre princípios e regras, e embora reconheçam o louvável empreendimento "pós-positivista" de superar o positivismo, o esforço teórico que ambos promovem no sentido de enfraquecer a distinção entre princípios e regras, acabam ou caindo no nominalismo, como Figueroa, ou traçando regras de argumentação tal como os pós-positivistas, como Neves.

Com certeza há fortes dificuldades em superar os pressupostos positivistas, os próprios não positivistas principiológicos acabam em algum momento retornando ao juspositivismo ou jusnaturalismo.

3.3.2 Princípios e Regras: uma visão franciscana

Para refletir sobre essas questões, abordam-se as contribuições de Cruz que defende que Dworkin descortinou no Direito a perspectiva de uma hermenêutica crítica e pós positivista, e ainda seria útil para o combate contra o modo de operar o Direito desenvolvido no Brasil, ainda marcado pelo "aguilhão semântico" positivista (2007, p. 270).

O termo desenvolvido por Dworkin refere-se à postura teórica, desenvolvida especialmente pelos positivistas, que defendem o direito como uma questão de fato, sendo que suas bases seriam fixadas de forma não controvertida por meio de um conjunto de regras que seriam semanticamente compartilhadas pelos membros de uma comunidade. Juízes, advogados, professores divergem sobre se uma proposição é falsa ou verdadeira, mas a divergência se daria sob os mesmos critérios sobre o fundamento do direito, ainda que isso não seja explícito. Nessa perspectiva, o papel do intérprete é externo à norma, devendo lhe somente investigar a intenção por detrás do texto ou de seu autor, excluindo sua perspectiva pessoal, ou debates teóricos que apontam divergência sobre os critérios que fundamentam o direito. A controvérsia jurídica se daria na concepção do direito como um fato, e não como teoria: discutir-se-ia se uma interpretação é verdadeira ou falsa, mas não o critério adotado para se considerar isso ou aquilo como direito (DWORKIN, 2007, p. 10-15; 38-44; 55-56).

Aguilhão semântico, portanto, é um ferrão que constrange os intérpretes a se posicionarem como debatedores que acreditam compartilhar os mesmos fundamentos do direito, e se limitam a discutir a falsidade ou veracidade de uma proposição jurídica.

Embora reconheça o papel do autor americano na reviravolta jusfilosófica, Cruz argumenta que o autor parece transitar entre o paradigma semântico[125] e o paradigma pragmático[126], uma disputa travada por sua alma, entre Kant e Wittgenstein (2011, p. 201).

Para Cruz a distinção entre regras e princípios, como distinção entre normas, não possui qualquer racionalidade. Admite, porém, que o termo princípio seja considerado como postulado jurídico, ou seja, "condições de possibilidade para o conhecimento destranscendentalizado do sistema jurídico". (2007, p. 269).

---

[125] "(...) que trabalha com uma racionalidade egológica e que percebe a linguagem como representação do mundo". (CRUZ, 2011, p. 200).

[126] "(…) que foge de uma razão que *a priori* conheça o mundo e que o faz pela percepção de que a linguagem apresenta esse mundo". (CRUZ, 2011, p. 200-201).

Assim, os princípios, ou postulados jurídicos, “devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobra a coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma científico específico” (2007, p.269). Como exemplo, traz o chamado princípio da “supremacia da Constituição”, que, se não entendido em termos positivitas, deve ser considerado como um postulado jurídico. Mas, a distinção entre regras e princípio está na esfera da distinção normoteorética, e não no sentido exposto.

Com forte crítica ao sincretismo metodológico que acaba adotando teorias incompatíveis entre si, tal como criticado por Silva (2008), o autor tenta demonstrar que as teorias contemporâneas não são suficientemente racionais como suporte teórico, ao fazerem a distinção normoteorética, caindo na fundamentação dogmática (CRUZ, 2007, p. 270).

Quatro críticas principais, e correlacionadas, são realizadas por Cruz, às distinções entre regras e princípios:

a) o retorno a uma concepção axiologizante do direito;

b) o fato de que, longe de abandonar o modelo positivista, a distinção acaba colocando um pé em cada paradigma ao admitir a existência de um universo de normas claras e definitivas, as regras, e outro universo de normas mais flexíveis, a depender da complementação linguística da argumentação, tal como os princípios (CRUZ, 2011, p. 208-211; p. 231-232);

c) a insustentabilidade da distinção, já que as características atribuídas a cada um dos padrões normativos não são encontradas na realidade; e

d) a impossibilidade de se criar um método argumentativo racional, sendo que esse esforço acaba voltando à ideia de método, própria da visão cartesiana do mundo.

Essas críticas já foram expostas de forma diluída ao longo deste trabalho, sendo elas acatadas na construção do marco teórico que se propôs utilizar. Alguns pontos merecem ser reforçados.

Para Cruz, Ávila acerta ao afirmar que as regras não são aplicadas somente por meio do modelo subsuntivo do “tudo ou nada”, embora o autor mineiro não reconheça a distinção entre regras e princípios tal como na concepção alexyana ou de Ávila. Ao afirmar que Ávila acerta ao defender que as regras não são aplicadas somente por meio do modelo subsuntivo, o autor está só parcialmente se revelando. A crítica de Cruz é ainda mais radical, colocando em dúvida a própria possibilidade de um método racionalmente controlável para a decisão jurídica[127].

[127] Segundo o autor, em coautoria com Leonardo Martins Wykrota: "Vimos que a resposta pelo 'como' podemos conhecer, principalmente a partir de Kant, ficou atrelada umbilicalmente a uma razão monolítica, alçada à

O autor vai além, não só negando que se possa constatar a existência de espécies normativas do tipo regras ou princípios, mas, também, negando que se possa distinguir a aplicação do direito por modos operativos do tipo subsunção ou ponderação (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 123134; 199-219).

Para Cruz e Duarte, a doutrina que opera a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, baseando-se na ideia de que os primeiros são solucionados pela subsunção, enquanto os segundos são solucionados pela ponderação, constroem seus argumentos pela premissa de que a interpretação poderia se dar exclusivamente, no caso da subsunção, por um processo de descoberta de uma regra geral e abstrata que seria universalmente aplicada a um determinado caso. Rejeitando essa premissa, os autores defendem que cada caso é singular e que a interpretação não é ato que independe do intérprete, uma vez que ao envolver seres humanos implica sempre em um universo de interpretações (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 200).

Então, desconstruindo a ideia de que opera-se, no Direito, pela subsunção, Cruz e Duarte afirmam que no máximo o que pode ser defendido é que "fazemos associações mais diretas do que outras com alguns termos, dependendo do adestramento que recebemos, inclusive nos bancos das Faculdades de Direito" (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 208). Assim, concluem que:

> De um modo geral, é possível afirmar que aquilo que se costuma designar por subsunção é na verdade uma associação conceitual instantânea feita pelo aplicador do direito, sem que nenhuma operação de silogismo tenha na verdade sido feita. Contudo, é preciso deixar claro que adestramento, treinamento e ostensividade não implicam determinação, ausência de ambiguidade ou de vagueza, porquanto sempre dependentes da gramática profunda que se impõe no respectivo jogo de linguagem. Automatismo e instantaneidade não implicam aceitar que existam casos fáceis ou univocidade conceitual. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 209).

Assim, sustentar que a aplicação do direito pelo método da subsunção, ou pela ideia da possibilidade dos casos fáceis, seria um retorno a filosofia de base mentalista e, por

---

condição de Tribunal de nossos juízos. Mas, por detrás dessa postura, está implícito o pressuposto de que a ação deve se sujeitar à razão: o sujeito dá seus passos, realiza suas escolhas e, principalmente, toma suas decisões de modo racional. E, como vimos, é natural que pensemos assim no cotidiano. Porém, quando se pergunta sobre *como* funciona essa razão dita 'pura' a história já não é tão clara... Nosso conhecimento sobre o cérebro mudou muito nos últimos anos, especialmente em razão dos avanços tecnológicos mais recentes da chamada Neurociência. O massivo investimento no estudo desse nosso complexo órgão vem apresentando resultados surpreendentes e mostram um pouco daquilo que Freud pensava ser o iceberg oculto por detrás de nossa mente consciente. Poucas vezes na história da humanidade um avanço científico trouxe tanto impacto quanto o que verificamos neste momento. Agora, toda a crença de que 'capturamos' com perfeição a realidade a nossa volta cai por terra, em razão de nossa própria evolução. Mas, em nosso sentir, a Neurociência provoca uma verdadeira revolução copernicana ao dizer que nosso 'eu consciente', nosso intelecto e razão pura, simplesmente não existem!" (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 42-43).

consequência, à crença de que a linguagem meramente espelha ou representa a realidade (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 201).

Com esse mesmo teor, críticas são direcionadas, também, à ponderação, uma vez que para Cruz e Guimarães, a decisão judicial não é metódica, não havendo subsunção ou ponderação. Para os autores "a 'de-cisão' é fenômeno e sua 'justificação' em grande medida observa o inferencialismo material para qualquer enunciado normativo" (CRUZ; GUIMARÃES, 2015, p. 184).

A ideia de que a ponderação levaria a uma decisão seria uma ilusão daqueles que acreditam em uma racionalidade pura e metódica. Para Cruz e Wikrota, baseados em estudos e avanços da neurociência contemporânea, "mesmo as escolhas aparentemente mais refletidas se mostram fruto de esquemas mentais que não conseguem ser explicados como puramente racionais" (2015, p. 44). Assim, seguindo essas mesmas premissas, Cruz e Guimarães defendem que ponderação, tal como proposto por Alexy, é mero ato de justificar uma decisão, que é tomada antes mesmo de que se opere a ponderação[128] (2015, p. 209).

Mas, seguindo o jogo de linguagens de Ávila, o autor afirma que mesmo as regras possuiriam dimensão de peso, já que a dimensão axiológica não estaria circunscrita somente aos princípios, permeando todo o ordenamento jurídico. Não sendo a dimensão axiológica privativa dos princípios, as próprias regras, ou aquilo que se costuma chamar de regras, passariam por um processo de sopesamento. As interpretações extensivas e restritivas seriam um bom exemplo disso. A própria dimensão de peso não poderia ser aferida no princípio, mas atribuído a ele pela decisão em função das circunstâncias do caso. (CRUZ, 2007, p. 301-302).

Não sendo, portanto, atributo empírico das normas que são chamadas de princípios, não há como justificar uma diferença lógica relativamente às regras com base nessas características[129]:

---

[128] A decisão é tomada, até mesmo, antes que se opere a subsunção. Uma vez tomada a decisão, ao intérprete caberia somente fazer a associação conceitual do fato.

[129] Muito do que Ávila têm chamado de ponderação e sopesamento nos exemplos citados, especialmente nos casos que envolvem matéria penal e tributária não parece ser caso de atribuição de peso. O exemplo ligado ao Código Penal, art. 224, em que a relação sexual com menor de 14 (quatorze) anos deve-se ter por presumida a violência, e no caso o STF afastou a presunção, pois se considerou circunstâncias particulares tal como a aquiescência da vítima e sua aparência física e mental de pessoa com idade superior, é tido como um caso de ponderação (Cf. STF, 2ª turma, HC 73.662-9, relator Min. Marco Aurélio, DJU 20.09.1996). Ora, não se tem dúvida de que o STF interpretou a norma. A interpretação não é atributo exclusivo dos princípios. Seguindo as distinções defendidas por Ávila, poder-se-ia considerar a interpretação como um gênero e a ponderação uma espécie. No caso, a solução, utilizando-se dos conceitos de Ávila, teria sido tipicamente de regra, pois o que o STF reconheceu é que o fato descrito não se enquadra no fato típico, pois a circunstância da realização do fato afastaria um dos elementos do tipo criminal, tal como a culpabilidade ou a ilicitude. A diferença entre regra e princípio não estaria, então, na distinção entre conceitos e tipos, nos termos do abordado por Derzi (2007)? Essa questão será abordada mais para frente neste trabalho, no tópico 4.1.2 *Os princípios jurídicos na doutrina de Misabel de Abreu Machado Derzi*a partir da página n. 185.

> Em outras palavras, tanto regras quanto princípios constituir-se-iam em mandados prima facie, de modo que a técnica da "regra prevalecente com a ponderação de valores" pudesse ser encontrada tanto a partir do emprego de regras quanto de princípios. (CRUZ, 2007, p 303).

Mas Cruz crítica, também, Ávila por tentar garantir a concepção da técnica de ponderação, desconectada da teoria de Alexy. O problema do retorno à filosofia da consciência, desse modo, trazendo os mesmo problemas da teoria alemã, para a sua teoria, quais sejam: a cisão da ontologia da argumentação de Alexy e a violação do código binário do Direito (CRUZ, 2007, p. 303-304).

A cisão hermenêutica permanece ao fazer a distinção entre regras e princípios, adotando critérios diferentes na aplicação. Cruz defende que há violação do código binário do direito pela ponderação:

> Nesse sentido, para nós, o problema não está se devemos empregar a ponderação de valores para todo o ordenamento jurídico, como preconiza Ávila, ou apenas para os princípios, como entende Alexy. A questão, tal como debatido anteriormente, é que a ponderação de valores ameaça a legitimidade do Direito por supor que a aplicação do mesmo se dê nos mesmos patamares e limites da aplicação da mora convencional, de forma a fundir os discursos de justificação e aplicação em um mesmo amálgama. (CRUZ, 2007, p. 304).

Assim, para Cruz não seria possível estabelecer uma contribuição essencial, *a priori*, de cada uma dessas espécies. Questiona, portanto, se essa distinção, entre regras e princípios, seria realmente necessária na contemporaneidade, tal como defende Alexy, para quem, abandonar a distinção seria um retorno à tese da conformidade ou à tese fraca da distinção. Cruz não está de acordo com essa afirmação. Para ele, é a possibilidade da lei da ponderação, estabelecida de forma desconectada da realidade, que permite a retomada do paradigma positivista:

> Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo, porque, ao dizer que as "regras de prevalência da ponderação" podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo, abandona qualquer perspectiva lingüístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, perdem-se até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo.
> Alexy e seus seguidores não percebem o problema e diante das críticas propugnam cada vez mais uma racionalidade em torno de fórmulas matemáticas do peso na lei da ponderação, como se com isso fosse possível tornar racionalizável sua teoria. (CRUZ, 2007, p. 295-296).

A própria dúvida inicial, sobre quais os princípios entram em colisão, seria uma antecipação na interpretação do caso, uma forma já preconcebida de visualizá-lo. Isso pode ser constatado mesmo quando não há ideia alguma, pelo intérprete, para solucionar o caso. Como se verifica, antes de adentrar no processo argumentativo, que deve envolver sempre todo o direito, o intérprete já busca antecipar sua convicção, antecipando soluções possíveis, ou mesmo reconhecendo não tê-las, o que comprova a sua busca em adentrar à análise do caso com alguma ideia.

Cruz (2007, p. 297), baseado em Gadamer, defende que essa antecipação faz parte da forma como se resolvem os conflitos, mas que o intérprete deve aprender a lidar com essas meras antecipações, evitando se conduzir por um processo hermenêutico marcado pelo decisionismo.

Nesse erro não teria incorrido Dworkin[130], não se voltando para uma perspectiva de aplicação axiológica do Direito tal como em Alexy, pois a expressão "ponderação" em sua teoria estaria mais ligada à noção de reflexão, "reconhecendo que o ordenamento jurídico é constituído por dispositivos *prima facie* e que, como tais, podem excepcionar-se reciprocamente diante dos casos concretos". (CRUZ, 2007, p. 312).

Cruz admite que, se encarar o direito como modelo de princípio significar um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação entre regras e princípios, é possível concordar com Dworkin, reconhecendo "que o ordenamento jurídico contém somente normas *prima facie* vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso para se tornarem uma norma jurídica definitiva" (CRUZ, 2007, p. 318). A distinção entre argumentos de política e de princípio poderia ser considerada a melhor contribuição do autor americano à teoria do direito, preservando o caráter deontológico do direito sem precisar de espécies normativas.

Nenhuma teoria normoteorética convenceu Cruz da sua racionalidade, já que para ele, uma norma só existe após a sua aplicação, tal como Gadamer defende, não havendo motivos para se fazer distinções prévias à interpretação, pois a norma só existiria após ela (CRUZ, 2007, p. 321). A premissa é de que não podem ser antecipadas as experiências futuras, de modo que a norma não está dada antes da interpretação[131].

---

[130] Embora a sua suposta insistência na distinção entre regra e princípio seja considerada por Cruz um erro, tal como teria errado Alexy.

[131] Parece que o autor entende "aplicação do direito" não só como a solução do conflito judicial, mas a própria norma que é extraída pelo cidadão após a interpretação do direito. Essa observação faz sentido na medida em que para Neves o cidadão cumpre o direito ou por hábito, ou estrategicamente, ou por ter internalizado um determinado comando. No primeiro caso e no terceiro, o cumprimento da norma seria sem reflexão, ou interpretação sobre aquele ato. Assim, a questão que fica é: pressupõe-se interpretação em todos os casos? Parece que sim, pois, ainda que seja o cumprimento da regra de maneira supostamente automática, o cidadão pressupõe, pelo menos, que sua conduta é correta ou incorreta. O que não parece esclarecido na teoria de Cruz é

Uma questão que fica sem resposta em Cruz, é como tomar uma decisão, solucionando um caso, sem incorrer no decisionismo. À questão, assim responde o autor, juntamente com Duarte:

> De outro lado, com tantas possibilidades, com tantas variáveis, a discricionariedade nos "casos difíceis"seria inexorável? Seria vã a busca pela resposta correta? Não, na medida em que a pretensão de correção também está relacionada com a antropologia humana. Evidentemente, isso não faz com que a resposta correta, adequada para a solução de caso, se torne imune a todo e qualquer tipo de crítica. Novos argumentos sempre são passíveis de surgir no contexto de um futuro-presente, de modo a legitimar o questionamento da justificação anteriormente alcançada. Faz sentido falar em discricionariedade no âmbito das decisões judiciais? Em sentido fraco, a indicar (a) a imprescindibilidade de reflexão quando ao uso de padrões norteadores de uma decisão ou, ainda, (b) a "liberdade vinculada" que determinados funcionários públicos possuem, em vista de sua competência e autoridade, para tomar decisões em última instância, a discricionariedade é simplesmente inquestionável. Mas, no sentido forte, como querem os juspositivistas contemporâneos, ela é inadmissível. Quais são os objetivos do Direito e como podem ser perseguidos? Em nossa concepção, se a ética e se a responsabilidade são ek-stases humanos, a resposta é: gerar segurança jurídica e, principalmente, promover a inclusão social. As abordagens positivistas, além de não atentarem suficientemente para a segunda função, ainda possuem uma visão ofuscada da segurança jurídica. Esta não decorre apenas da previsibilidade das expectativas de conduta, mas da validade e da adequação dos argumentos que pretendem justificar os programas normativos voltados para a regulação do convívio em sociedade. Logo, ela só pode ser aferida discursivamente. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 218-219)

Logo, admite-se a discricionariedade no sentido fraco e faz-se uma releitura da segurança jurídica, baseando-a na validade e na adequação de argumentos justificadores do programa normativo. Para ele não é possível, do ponto de vista pragmático, acreditar que exista um "porto seguro" baseado em métodos ou modelos *a priori*. (CRUZ, 2011, p. 231).

Admite-se, porém, a renovação do conceito de método, abandonando a ideia de um caminho sequencial, previamente concebido, que mais serve para referendar uma decisão já tomada, do que para encontrar a resposta correta, substituindo-o pela fenomenologia ou na dialética contemporânea, essa que vai além da fragmentação das categorias aristotélicas e/ou kantianas (CRUZ, 2011, p. 232).

Portanto, embora não defenda que se possa estacionar em um porto seguro sustentado pela racionalidade tal como a ilusão iluminista propunha, "o controle argumentativo é

---

que, embora não se possa antecipar o futuro, há expectativas, especialmente em relação a aplicação do direito no passado. As normas passadas só seriam normas no sentido provisório? A sua obrigatoriedade só surgiria posterior a interpretação? De qualquer maneira, qualquer que fosse a resposta, não retiraria o fundamento das críticas de Cruz à distinção, tomando por base a teoria dos princípios, pois nesse caso a norma passada seria sempre no tipo regra, logo, não havendo porque se falar em utilidade da distinção. Só se deve distinguir, se da distinção resultar duas categorias úteis. Sendo que uma nunca existirá, pois a decisão no caso concreto sempre será uma regra, pelo modelo da teoria principiológico, e sendo que a norma só surge após a decisão, nunca poderia se cogitar a existência de princípios.

imprescindível em um Estado Democrático de Direito" (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 209). Não se pode negar aos interessados o direito de compreender os fundamentos que levam os seus direitos a serem reconhecidos ou negados. A proposta de Cruz para que se evite o decisionismo passa pela defesa de um controle argumentativo participativo, por meio de uma perspectiva crítica deliberativa, tal como defendido por Habermas (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 209)[132].

O essencial seria construir uma hermenêutica não baseada em regras e princípios, pois o próprio conceito semântico de regra seria anacrônico, diante a da insuficiência do "cálculo" exegético (CRUZ, 2011, p.232). Admite uma "argumentação de princípios", sendo fundamentada na "filosofia da linguagem, concretista e aberta, livre, pois, dos padrões formalistas e subsuntivos do positivismo e da filosofia da consciência" (CRUZ, 2007, p. 322[133]). Tal como os demais autores,Cruz defende que discursivamente é que se afere se a regulação do convívio teria sido realizada de maneira deontológica ou não.

O autor ainda enfrenta as seguintes questões, para rebater as teorias não positivistas principiológicas:

a) quando o intérprete sabe que encontrou a resposta correta? (CRUZ, 2011, p. 232); e

b) é possível defender a ideia de resposta correta? (CRUZ, 2011, p. 235).

Para a primeira questão, ele responde que a "resposta correta" jamais se dá *ex ante*, ou que pode ser havida como ficção ou estratégia política. A resposta deve ser encontrada dentro de um "jogo" específico de linguagem. Não se admitiria nem os "consequencialistas fortes", que conduziriam a uma desdiferenciação, tão pouco seriam admitido os métodos tradicionais da subsunção[134] ou da ponderação, como já se pontuou anteriormente.

---

[132] Sobre a questão da argumentação participativa, da racionalidade das decisões e das contribuições da neurociência para desmistificar o papel neutro e objetivo do juiz ao tomar uma decisão: "Toda reconstrução normativa pensada em bases democráticas é participada, mas essa dimensão de participação é ainda mais escancarada quando se tem a noção de que todo o âmbito do processo decisório deve ser influenciado pelos argumentos que as partes apresentam. No jogo dialógico do contraditório, em regra, as partes já trazem uma seleção prévia de *precedentes* e *standards* (ambos entendidos como "razões generalizáveis"), que deverão influenciar (sempre numa perspectiva revisitável) a decisão do magistrado". (CRUZ; WIKROTA, 2015, p. 50). E continuam os autores, em nota de rodapé n. 129 da citada referência: "Participação não é uma varinha de condão. É um signo cujo significado se estabelece nas relações sociais e na luta pelo reconhecimento. Hoje ainda ela tem sido empregada como 'pharmakon' de todas as moléstias do Direito e da democracia representativa. Mas, o que é 'participar' sem poder decidir? Simples ornamento! Simples retórica! Mesmo no Direito Processual o desequilíbrio entre as partes se avoluma por 'ação do dinheiro' e da 'burocracia'".

[133] Mas no fim, o juiz não deveria aplicar uma regra ao caso, solucionando-o, descrevendo o comportamento lícito ou ilícito? Não seria ao final, uma subsunção?

[134] "Não se trata, pois, de dizer que o problema é mera implicância dos autores com a palavra 'subsunção'. O que está em jogo é aquilo que a crença na subsunção traz consigo e com ela o prejuízo na análise da aplicação do direito. Crer na subsunção implica crer que a interpretação é metódica, o que vela a infinitude que expressa esse evento" (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 213).

A decisão não é uma, ou seja, um ato, mas "um procedimento. A interpretação não pode ser realizada por meio de um método cuja a decisão é seu objetivo (CRUZ; GUIMARÃES, 2015, p. 214). Quando lemos um processo, a decisão se apresenta a nós como um acontecimento, como um fenômeno" (CRUZ, 2011, p. 233). Para ele, "esse *insight*, esse clique, essa clareira se apresenta a nós sem que possamos explicar essa ocorrência" (CRUZ, 2011, p. 233).

Como os juristas são treinados ostensivamente para lidar com métodos, abertos a argumentos utilitários e consequencialistas fortes, tomam suas decisões, lamentavelmente, até mesmo antes de se ler as razões contrárias, e redigem os seus votos "racionalmente", sem se darem conta de que estão apenas a justificar tecnicamente aquilo que se deu como um fenômeno (CRUZ, 2011, p. 233).

Cruz defende, então, contra essa posição, que se admita que a sentença seja uma decisão fenomenológica, e que a decisão não possa ser tomada a partir de um método e de argumentos estranhos ao jogo do Direito, fazendo com que o intérprete seja obrigado a se mostrar, se desvelar, julgar os seus próprios preconceitos, reforçando-os ou superando-os, a julgar a interpretação da Corte Superior, e manifestar por que concorda ou discorda dela, sem reproduzir acriticamente as decisões já tomadas (CRUZ, 2011, p. 234). Apontando criticamente um caminho, Cruz e Wikrota afirmam:

> (...) O juiz precisa justificar sua "de-cisão". Precisa explicar seus fundamentos. Torná-la razoável para o auditório. Precisa se justificar diante do Outro e do Terceiro.
> É quando automaticamente "aplica" as técnicas interpretativas que aprendeu na Academia.
> (...)
> Em seu poder, o juiz "pode" justificar sua decisão. E ao justificar convence o Outro de sua racionalidade. Assim foi e assim tem sido. Bom senso, phronesis, razoabilidade, equidade! Tudo é consciência!
> Tudo? Tudo mesmo? Não ficaria nada de fora? Não "há" nada mais a ser "dito". Il y a! There is! Es gibt! υπάρχει! יש האם! Há! O quê? O dizer! O que não foi dito! O que não foi revelado. O olhar da testemunha. A compaixão pelo sofrimento alheio. O orgulho de ser o melhor. A vaidade de impor sua vontade. A cobiça! A volúpia! O desejo! Não há compreensão sem afecção. Não há compreensão sem criação. Não há compreensão sem ética.
> O "dizer" denuncia o "dito" iluminista que pretende reduzir a "de-cisão" a sua "justificação racional". O "dizer" revela o mito iluminista de equiparar o "ser da de-cisão" ao ente de sua justificação!
> A "de-cisão" é difer...nte do esforço que é preciso ser feito para o controle argumentativo daquilo que foi decidido, que a tradição iluminista costuma chamar de "justificação". Mesmo sabendo que não há uma divisão clara entre esses momentos de "de-cisão" e "justificação", podemos assumir que, depois de decidido é possível refletir sobre aquilo que se decidiu e se deve, então, partir para o esforço de rever o que foi decidido e para se permitir que outros examinem alguma fundamentação a título de controle. Aqui a dimensão de "justificativa" permite o

> controle argumentativo daquilo que foi decidido, até mesmo para uma reflexão sobre a etapa de adequação pelo filtro ético. (CRUZ; WRIKOTA, 2015, p. 53-54).

Ao invés de adotar um método, a reviravolta linguística não aponta um trajeto para se chegar à "resposta correta", mas indica caminhos a não serem seguidos. A "pretensão de correção" se dá pelo modo dialético, "como mecanismo de alerta para aquilo que não deve ser tentado ou repetido" (CRUZ, 2011, p. 234). Espera-se que o intérprete acabe aprendendo com a crítica, fazendo-o não cometer mais erros e ensinando-o a identificar argumentos e argumentações que não fazem parte do Direito. Complementam, Cruz e Wikrota:

> Em verdade, descremos da possibilidade de se desvincular aquilo que seria a "descoberta" daquilo que seria o contexto de justificação de uma decisão. Até porque, sempre será possível a revisão de uma decisão nessa etapa de justificação. Daí nossa opção por trabalhar a argumentação em bases para além do iluminismo. A argumentação deixa de ser método que congela a decisão. Tampouco ela é simples justificativa que tenha a pretensão de "descrever" a decisão. Entendemos que a argumentação deve ser atestada como um processo narrativo da "de-cisão". (CRUZ; WRIKOTA, 2015, p. 54).

Quanto à questão de haver ou ser possível uma resposta correta, Cruz se posiciona afirmativamente à questão. Só que a resposta correta não é uma "chegar a", mas um "caminhar para", o que pressupõe que a resposta dada para aquela situação contingente no tempo e no espaço é a resposta correta, mas correta, pois assim se "a-presenta". É uma resposta provisória, e sujeita a críticas (CRUZ, 2011, p. 235-236) [135].

[135] A angústia em relação ao caminho apresentado pela pragmática, ou seja, trabalhar com os erros, com intuito de não repeti-los e aprender constantemente, a possibilidade de desvelar os preconceitos e emoções do julgador, sem muitas vezes ter como protegê-lo das reações adversas por ter se desnudado na decisão, e a ausência de categoriais ou trajetos a seguir, pode tornar insuportável, ou mesmo impossível de se realizar. Ora, perguntaria o Matuto (seria mesmo o matuto?), personagem tanto ao gosto do autor mineiro: será que a vida sem categorias, paredes e compartimentos, nos permitira viver ou compreender os fenômenos da realidade? Os tipos ideais, as ficções, ou as compreensões difusas que geram segurança, não seriam necessárias? Alguém ciente da brevidade da vida jogar-se-ia, demonstraria interesse em desvelar-se, e buscar decisões judiciais tão arrojadas? Para o sociólogo, "estamos cercados de trevas por todos os lados enquanto nos precipitamos pelo curto período de vida em direção à morte inevitável. A terrível pergunta 'por quê?', que quase todo homem faz num momento ou outro ao tomar consciência de sua condição, é rapidamente sufocada pelas respostas convencionais da sociedade. A sociedade nos oferece sistemas religiosos e rituais sociais que nos livram de tal exame de consciência. O 'mundo aceito sem discussão', o mundo social que nos diz que tudo está bem, constitui a localização de nossa inautenticidade. Suponhamos um homem que desperte de noite, de um desses pesadelos em que se perde todo o senso de identidade e localização. Mesmo no momento de despertar, a realidade do próprio ser e do próprio mundo parece uma fantasmagoria onírica que poderia desaparecer ou metamorfosear-se a um piscar de olhos. A pessoa jaz na cama numa espécie de paralisia metafísica, tendo consciência de si, mas um passo além daquele aniquilamento que avultara sobre ela no pensamento recém-findo. Durante alguns momentos de consciência dolorosamente clara, pode quase sentir o cheiro da lenta aproximação da morte e, com ela, do nada. E então estende a mão para pegar um cigarro e, como se diz, 'volta à realidade'. A pessoa se lembra de seu nome, endereço, ocupação, bem como dos planos para os dias seguinte. Caminha pela casa, cheia de provas do passado e da presente identidade. Escuta o ruídos da cidade. Talvez desperte a mulher e as crianças, reconfortando-se com seus irritados protestos. Logo acha graça da tolice, vai à geladeira ou ao barzinho da sala, e volta a dormir resolvido a sonhar com a próxima promoção (...) A sociedade nos oferece nomes para nos proteger do nada.

Mas parece que ainda restam perguntas a serem respondidas: como fugir do decisionismo? Seria possível? Pela concepção do autor, viver é correr o risco de se enfrentar decisões subjetivas pelo judiciário? E como identificar sem subjetivismos uma decisão que seja subjetiva em contraponto a uma decisão que não seja subjetiva? Como impedir decisões consequencialistas? Como distinguir decisões consequencialistas fracas e fortes[136]? E seria impossível isso? Ou isso deve ser considerado como o risco de se viver em uma sociedade complexa, cabendo ao Direito só reduzir esse risco, administrá-lo e compensar quando o sinistro acontecer?

Para o autor, não há como "ex-plicar" a decisão, sendo uma tarefa impossível, que apesar disso, deve ser eticamente buscada, pois sem ela a pretensão de correção se perderia. É preciso, também, advertir, que essa constatação não significa afirmar que uma decisão seja completamente irracional. Segundo Cruz e Wykrota:

> (...) isso não nos leva ao outro extremo, ou seja, não estamos dizendo que as decisões são ou devam ser totalmente irracionais, ou mesmo aderindo a alguma forma de realismo jurídico. Apenas apontamos a necessidade de se repensar a razão, a partir das contribuições da Neurociência, muitas já antevistas por alguns caminhos que vimos da Filosofia. A nosso ver, uma nova revolução copernicana se instaurou: o próprio conceito de racionalidade implodiu e, ao que parece, não há uma só decisão que o ser humano tome sem que elementos do "piloto automático" do cérebro estejam presentes! A razão neutra, pura, uniforme, fruto de uma mente supostamente homogênea foi, na expressão EAGLEMAN (2012), destronada, e a perspectiva de que a objetividade deva ser encarada como algo construído pela nossa

---

Constrói um mundo para vivermos e assim nos protege do caos em que estamos ilhados. Oferece-nos uma linguagem e significados que tornam esse mundo verossímil. E proporciona um coro firme de vozes que confirmam nossas crenças e calam nossas dúvidas latentes (...) As paredes da sociedade são uma autêntica aldeia Potemkin levantada diante do abismo do ser; têm a função de proteger-nos do terror, de organizar para nós um cosmo de significado dentro do qual nossa vida tenha sentido". (BERGER,"2001, p. 164-165). A essas questões responderia Cruz e Guimarães (ou o matuto?): "O problema não está apenas na classificação. O problema não está apenas na ontologia. O problema é de ordem epistemológica,pois o intérprete precisa 'conhecer' qual tipo de argumento para empregar seu método de decisão. O problema não está na distinção entre os métodos da subsunção e da ponderação, está na crença de que o nosso primado ôntico e ontológico se dê de forma metódica"(2014, p. 224).

[136] "O consequencialismo pode ser visto de duas formas, o chamado **consequencialismo forte** que está presente na interpretação econômica de Richard Posner, do *Critical Legal Studies* e do pragmatismo, assim como na ponderação de valores de fundo alexyano e, de outra banda, um chamado **consequencialismo brando**, que defende que nenhum operador do direito pode desconsiderar as circunstâncias concretas. (§) O **consequencialismo forte** afeta a chamada ética deontológica do direito, uma vez que ele possibilita que o julgador passe a decidir livremente de acordo com suas próprias preferências pessoais, com aquilo que ele acha que é melhor para a sociedade, ignorando o direito vigente. Aspectos funcionais ligados à conveniência e oportunidade dominam os fundamentos da decisão, impedindo qualquer possibilidade de abertura aos elementos dogmáticos e normativos do direito. (...) O **consequencialismo forte** pode ser entendido como uma autorização argumentativa ao Judiciário para se afastar da deontologia normativa e adotar decisões "mais convenientes" ou "mais preocupadas" com as consequências econômicas, políticas, sociais e morais para a comunidade. Tanto o realismo jurídico, quanto as correntes da interpretação econômica e do **pragmatismo jurídico** assumem de modo mais ou menos acentuado esse consequencialismo. Pela mesma maneira, uma das mais importantes críticas contrárias à técnica de **ponderação de valores** giza justamente essa questão, pois a prevalência do exame de consequências práticas acaba suprimindo qualquer exame do próprio direito, restando a decisão no âmbito da mera conveniência política ou econômica do julgador". (CRUZ, p. 15-17).

> interação com o ambiente (ou seja, não é tão "objetiva" assim...) tem ficado ainda mais clara com as descobertas atuais da Neurociência (CRUZ; WRIKOTA, 2015, p. 45).

Assim, Cruz não admite a subsunção e a ponderação como métodos, pois ambos pressuporiam uma dicotomia entre o "ser" e o "dever ser", "verdade como correspondência, racionalidade pura, a decisão como fim de um processo intelectivo da consciência, o mentalismo que ontologiza enunciados linguísticos em taxionomias estritas: regras e princípios" (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 217).

Bem, parece ser sim possível fugir do decisionismo, embora viver seja um risco. Defende-se que os intérpretes devem mudar sua perspectiva sobre os conceitos jurídicos. Eles seriam peças de um tabuleiro construído por essas mesmas peças, de modo que, não se trata de adotar uma postura baseada no *know that* mas no *know how*.

O que se nota é que não se pode compreender a norma jurídica como um conceito estanque de um só caso, mas o conceito, sentido provisório, que aquela comunidade desenvolve, ao longo de sua história. Assim, será possível perceber se um juiz foi discricionário ou não, subjetivo ou não, pela história que se formou, pelas interpretações que diversos atores deram àquela prática. Porém, não há controle absoluto, e, tal como Dworkin, acredita-se que Cruz defenderia que os equívocos na interpretação não são tão grandes a ponto de comprometer a prática social como um todo (DWORKIN, 2007, p. 322)[137]

É no plano pragmático da linguagem que se pode aferir e construir as significações, rejeitando-se a ideia de conceitos determinados e indeterminados em si mesmo. Toda a argumentação pode ser considerada, desde que "dentro da lingugagem deontológica", pela qual pode-se considerar "a reflexão sobre qual o enunciado normativo comporá a norma jurídica dentro da conceitualidade que se dá aos elementos probatórios do caso concreto" (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 222).

A semântica não é descartada, ocorre que a semântica passa a ser associada aos demais aspectos analíticos da linguagem como a sintática e a pragmática. Isso significa que os conceitos não podem ganhar qualquer conotação.

Para esta tese interessa muito o desenvolvimento da ideia de argumentação como narrativa, que se associa muito a ideia do direito como romance em cadeia, em contraponto à argumentação como justificativa.

---

[137] Derzi parece ter essa mesma posição em relação ao fato de que pequenos desvios semânticos não promove desdiferenciação o sistema como um todo, tendo, no caso, o marco teórico humaniano (2009, p. 42-43).

Para Cruz e Guimarães, a decisão na argumentação como justificação, é um ato de junção racional "dos conceitos que formulamos das razões generalizáveis contidas no enunciado normativo com os conceitos que fazemos dos fatos (versão dos fatos)" (2014, p. 223). Ou seja, trata-se da compreensão que o intérprete tem das provas e evidências dos autos. A decisão nesse caso é predicativa, e descreve a decisão. Para os autores esse tipo de argumentação é "ato de retórica e da razão, mas antes de tudo um ato típico da ciência copernicana" (2014, p. 223).

Já a argumentação como narrativa,

> (...) a "decisão" jamais será uma decisão. Quando afirmamos que a "de-cisão" é um *insight*, um clique, um fenômeno, a narrativa desde sempre sabe da insuficiência de seu esforço para "fechar" o conceito.Esforço que não é um método ou uma descrição. Esforço que se compõe, não como método, mas como uma atitude. Como uma promessa de si na resposta que o dito tem diante do dizer. Sim, a argumentação entendida como narrativa percede que a "de-cisão"está para além do dito, para além da ontologia. Sua "des-crição" sabe que a junção conceitual entre "razões generalizáveis" e a "versão do fato" "des-creve" apenas a sombra, o vestígio de um ser que "dobrou a esquina", que não se permite desvelar por inteiro, a "de-cisão". (CRUZ, GUIMARÃES, 2014, p. 223).

Mas Cruz, em coautoria com Wikrota alerta que narrar não é meramente descrever. Eles não supõe " ser possível a "des-crição" do real, como nos mostra Derrida". Afasta-se, portanto, da ideia de decisão como ato meramente racional, prestando-se, a narrativa, a entificar o ser (do ente) da "de-cisão". Segundo os autores

> Desse modo, não é apenas uma questão semântica trocar a "justificação" pela narrativa, pois esta última não pretende ser o "espelho" da "de-cisão". Não há representação da "de-cisão". A narrativa "a-presenta" a "de-cisão" a nós! É, portanto, uma narrativa de fundo ricoueriana, como uma atestação do fenômeno. Uma narrativa histórica do evento que se deu na "de-cisão", e que nossos pontos cegos sempre a tornarão, em parte, uma ficção. Não conduz à decisão e nem tampouco a "reconstrói". Mas, o desfiar de seu enredo permite que nossa ipseidade, um "eu" que se sabe deposto da pretensão de que sua razão seja pura e que sabe que é sempre lhe dado "ver" apenas parte do fenômeno da "de-cisão", tal qual um historiador, que não assistiu um evento "des-cre-ve". (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 54-55).

Assim, a ideia de argumentação como narrativa é mais adequada para o conceito que se desenvolve do direito como romance em cadeia e sob a perspectiva da integridade[138], que

[138] "O que o julgador faz é uma narrativa, não uma justificação. Mas, enquanto narrativa, a "de-cisão" se torna promessa de justiça. Ela se torna íntegra pelo compromisso ético de justiça. Ela não "é" ato de cognição nem tampouco atitude cínica. O Outro e o terceiro não são fantoches. A narrativa expõe o juiz. Expõe sua evasão. Testemunha sua epifania. Se vem das sombras do inconsciente, se é fenômeno, também joga luzes sobre o que

será aqui adotada. O julgador não buscará um desculpa para a sua aplicação e decisão[139], mas deve agir com responsabilidade, e dar coerência ao direito.

3.4 Conclusões gerais a respeito do marco teórico

Convém nesse momento, em que se encerram as abordagens teóricas acerca da distinção entre princípios e regras, fazer um apanhado geral do marco teórico que irá subsidiar o que se pretende defender nesta tese. Trata-se, portanto, de ligar os pontos das argumentações até aqui apresentadas.

Pretende-se nesta tese, como já se argumentou anteriormente, trabalhar a releitura da distinção entre princípios e regras no campo do Direito Tributário para superação do paradigma positivista dominante na interpretação desse ramo jurídico.

Não se pretende, porém, contra-atacar o positivismo baseado na distinção normoteorética em abstrato, pois, como se argumentou, ela foi considerada irrelevante para a aplicação do direito[140]. Não existem enunciados normativos que, em abstrato, possam ser considerados como regras ou princípios, de modo contraposto.

A distinção entre regras e princípios, portanto, não será considerada fundamental no sentido de guiar o modo de aplicação do direito, pela subsunção ou ponderação, embora se admita que possa ser utilizada no campo argumentativo com outros sentidos.

Tem-se por correto e admissível que seja possível ao intérprete encontrar a resposta correta para o caso, sendo esta considerada aquela decisão mais adequada e justa na regulação dos interesses das partes, mesmo reconhecendo que a construção argumentativa de um caso jurídico está aberta a diversas possibilidades de leitura.

Assim, será adotada a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política para compreensão do processo de tomada de decisões, seja pelo legislativo, seja pelo judiciário. A preponderância dos argumentos de princípio no debate judicial é importante,

---

foi dito e o que ficou por dizer. Permite o diálogo, pois é abertura ao Outro. Autoriza o "debate" de razões. Questiona a ontologia empregada. Exige a revelação do que se esconde pelas paredes do "túnel do processo". Pede a visão dos invisíveis, a inclusão dos excluídos". (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 55).

[139] "Se a ponderação é um método que conduz à decisão, o controle de uma racionalidade que se presume plena como pressupõe Alexy, parece-nos inteiramente divorciada da realidade. Expliquemo-nos melhor. Se Pulido está certo, Alexy propõe que o sopesamento das premissas normativas leve à decisão. E, se assim o for, a objeção de Habermas prevaleceria, pois a decisão seria pautada exclusivamente pelos valores inerentes ao julgador. Assim, se sou um juiz comunitarista entendo que a restrição ao comércio de cigarros é legítima, e se sou um juiz libertário entenderei que ela é ilegítima. Por conseguinte, a decisão estaria tomada antes da aplicação da ponderação e não o contrário como sustenta Pulido. Ao contrário, entendemos que o sopesamento das premissas simplesmente sirva como uma 'justificativa racional' de uma decisão já tomada previamente. Assim, em nossa opinião, assiste razão à Wroblewski em sua disputa com Pulido". (CRUZ; GUIMARÃES, 2015, p. 211).

[140] Ver observação na nota de rodapé n. 60.

uma vez que deve-se reconhecer que os juízes não podem agir discricionariamente na solução de um caso tributário, não possuindo ampla liberdade decisória.

Ao invés de um processo de justificava singular da decisão do caso que é apresentado aos tribunais, deve-se encarar o processo decisório no mesmo sentido da proposta de direito entendido metaforicamente como romance em cadeia, uma vez que essa perspectiva valoriza a coerência e ao mesmo tempo permite a conformação do direito com a "comunidade de princípios" em que se insere e fundamenta-se especialmente na ideia de que a legitimidade se dá pelo convencimento e não apenas pela coação, ideal, também, caro ao Direito Tributário democrático.

Para construção da solução do caso os tribunais precisam levar em conta o passado e o futuro para que solução seja coerente com o que já se construiu e suficientemente indicativa do caminho que se quer tomar para o futuro.

Os precedentes passam a ter valor, mas eles não vinculam as decisões futuras de maneira absoluta. A perspectiva construtivista, e por isso criativa, exige que a decisão judicial integre-se de modo harmônico ao sistema jurídico, e não que seja uma manifestação arcaica e engessada das decisões tomadas no passado.

Interessa, também, a esse trabalho, a ideia de superabilidade das normas jurídicas, que são somente, *prima facie*, razões definitivas para decisão. As ideias desenvolvidas por Bustamante serão aqui levadas em conta. O princípio formal democrático informa que as normas produzidas legitimamente pelo poder legislativo devem ser cumpridas, isso significa que há uma presunção relativa a favor da aplicação das normas em detrimento da sua flexibilização.

Assim, embora as normas sejam superáveis, essa superação não pode ocorrer de tal maneira que a norma passe a ser só sugestiva. Logo, critérios como o da importância da norma para a coerência do sistema jurídico, da ligação da norma com direitos individuais, reconhecendo a precedência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos, e precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade devem ser levadas em conta para só depois admitir a superação de uma norma.

Como não se adota a distinção entre princípios e regras, tem-se que a superabilidade é uma características das normas jurídicas em geral, embora possa-se reconhecer que há normas que contingencialmente sejam insuperáveis, ou pelo menos sua superabilidade é inimaginável, dentro de um determinado Estado Constitucional, como a proibição de escravidão ou

tortura[141]. Logo, as normas jurídicas seriam sempre superáveis. Como já se afirmou, isso significa que certas situações exigem que as normas não sejam aplicadas, ou que sejam aplicadas em sentido diferente do extraído do enunciado normativo. Isso se daria porque o sistema jurídico recorre não só às normas em vigor, mas a um sistema de valores que estão implicitamente consignados. Os limites da precisão normativa e da exaustividade dos enunciados dão origem ao reconhecimento de que todo condicional jurídico está sujeito a exceções, que surgem diante dos casos particulares. A aplicação da regra jurídica seria somente ordinariamente necessária e presumidamente suficiente (BUSTAMANTE, 2005, p. 233).

Por fim, tenta-se avançar da perspectiva do romance em cadeia para a perspectiva da ideia de argumentação como narrativa, pois consideram-se tais perspectivas como mais adequadas para construção do sentido de direito sob a concepção da integridade, que será aqui adotada.

O que importa no raciocínio de Cruz, para esta tese, são as críticas já examinadas à distinção entre princípios e regras, e a perspectiva de que não há um engessamento conceitual que faça com que os termos legislativos enquadrem-se perfeitamente aos fatos correspondentes da realidade.

É claro, como já afirmou, mas é necessário reforçar, não se trata de admitir que os conceitos sejam igualmente flexíveis, ou que todo tipo de argumentação é admissível. Como será visto, há aspectos a serem considerados, como expressões linguísticas cujo uso é menos flexível e que a alteração pragmática de conteúdo seja mais restrita[142].

Essas questões, tanto as apresentadas aqui por Cruz quanto as demais desenvolvidas ao longo destes dois capítulos, são importantes para se pensar como o Direito Tributário (ou até mesmo, o Direito Penal) contemporâneo poderia incorporar essas reviravoltas linguísticas,

---

[141] Acatou-se ponderações realizadas em sala de aula do Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, para quem a ideia de que as normas jurídicas tenham como característica a sua superabilidade esbarra na interdição, nos Estados Democráticos, da escravidão ou da tortura. Realmente , é de se concordar que tais proibições são, dentro da nossa ordem constitucional, impossíveis de serem superadas, especialmente se considerarmos que a superação dessas normas se daria a favor do estado ou a favor da sociedade. A questão que ficaria ainda em aberto, seria acerca da possibilidade de superar essas regras pro individuo. Um exemplo seria o caso em que da tortura resultasse uma confissão que inocentasse um homem condenado de um crime. É certo que o fruto da árvore envenenada, está, também envenenado. Mas se desse veneno resultasse em um antídoto, tal como a confissão de que alguém, antes considerado culpado, não o é, mas outro seria no seu lugar? Manteríamos a condenação do individuo inocente? Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz esse não seria um contra-argumento válido, uma vez que a tortura continuaria antijurídica, só seu efeito que seria atenuado. Ainda, é de se argumentar que tal proibição é contingencial da nossa ordem constitucional, e de tantas outras que protegem a dignidade da pessoa humana, sendo inimaginável uma hipótese de sua superação. Mas, as normas em geral, e em especial as de Direito Tributário, operam-se sob a característica de sua superabilidade.

[142] Ver Oliveira, 2010, p. 241-243.

pois se trata de um ramo que avoca para si um jogo de linguagem mais rígido[143], em que a intervenção estatal na propriedade (ou na liberdade) é considerada como ação que deve ser controlada e limitada, sendo a legalidade estrita um trunfo do individuo em face do Estado e da coletividade.

Esses pontos serão desenvolvidos no capítulo, especificamente quando se pretende fazer uma proposta de reconstrução do paradigma do Direito Tributário. Por ora, cumpre localizar a doutrina tributária nacional dentro deste debate, verificando a inserção da doutrina tributária brasileira dentro dos paradigmas, as formas como tem incorporado ou não as contribuições mais recentes, e como isso se dá na aplicação do Direito Tributário.

[143] Rigidez que se pode ser verificada pela análise do discurso da tradição jurídica da doutrina brasileira e do sistema jurídico constitucional adotado. Adota-se o termo inspirado em Wittgenstein (2002) e nas lições de Cruz (2011; 2007; 2013; 2014 e comunicações orais em sala de aula). Ávila destaca a rigidez e exaustividade como características peculiares do sistema tributário: "O sistema tributário nacional é um sistema rígido. Essas há muito conhecidas rigidez e exaustividade decorrem de dois fundamentos: de um lado, as regras de competência e a repartição das receitas são intensamente reguladas pela própria Constituição. (...) De outro, a instituição dessas regras de competência em nível constitucional conduz a uma rigidez modificativa do Sistema Tributário Nacional. (...) A rigidez especifica das normas tributárias é também direta e indiretamente instituída: algumas são denominadas "garantias" (art. 150: legalidade, igualdade, irretroatividade, anterioridade, proibição de tributo com efeito de confisco, imunidades); outras normas mantêm relação com os princípios fundamentais (princípio federativo, democrático e da separação dos poderes) ou com os direitos e garantias individuais cuja modificação é vedada". (Ávila, 2011b, p. 163-164).

4 A DOUTRINA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Uma vez vistos os paradigmas teóricos que tratam da distinção entre princípios e regras dentro da Teoria do Direito, cumpre agora compreender como a doutrina tributária nacional se insere dentro desse debate, e como esse debate é de fato incorporado pelos doutrinadores para a solução das controvérsias tributárias. Trata-se, portanto, de analisar como a doutrina do Direito Tributário incorpora essas contribuições dos diferentes paradigmas e quais os efeitos práticos na solução dos conflitos.

Na dogmática tributária tal pesquisa se torna relevante especialmente por três questões:

a) há no Direito Tributário uma forte vinculação ao *"princípio da legalidade"*, que exige uma estrita observância à lei formal, ou seja, àquilo que a Doutrina classificaria dentro do conceito de regra;

b) em consequência, há forte apego ao "princípio da conceituação determinante", ou "tipicidade", compreensão desenvolvida sob forte influência positivista e sob o paradigma da Filosofia da Consciência, o que inclui suas dificuldades ao elaborar uma hermenêutica alienada da história efetual e do mundo da vida; e, por fim,

c) embora seja uma doutrina fortemente influenciada por essa epistemologia, costuma manejar um vasto conjunto de princípios como limitações constitucionais ao poder de tributar, de conteúdo fortemente axiológico.

Em relação aos dois primeiros aspectos, adverte-se que, embora sejam predominantes na fundamentação teórica do direito tributário, a dogmática contemporânea se constrói em uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica, onde a precisão linguística fica cada vez mais difícil e proliferam os *hard cases* e os arrojados negócios jurídicos. Isso deve refletir na revisão da Teoria do Direito Tributário. Mas será que refletiu? Como tem a doutrina trabalhado com essas questões?

Sobre o terceiro aspecto, pode-se citar observação do tributarista Sacha Calmon Navarro, que destaca como o Direito Tributário brasileiro foi fortemente constitucionalizado, em comparação com outros países da mesma tradição jurídica romano-germânica. O autor mineiro destaca que:

> Os países europeus de tradição jurídica romano-germânica, a que pertencemos pela filiação lusa, trazem em suas Constituições alguns princípios tributários, sempre poucos. Os que são Estados Federais colocam nas Cartas Políticas outros tantos princípios relativos à repartição das competências, inclusive tributárias. A Inglaterra,

> matriz do *Common Law*, em seus documentos históricos, os quais em conjunto formam a Constituição inglesa, igualmente, mas de maneira esparsa, agasalha alguns princípios sobre o exercício do poder de tributar. Os EUA, que nos inspiraram a República, o Presidencialismo, o sistema difuso de controle de constitucionalidade e a Federação (certo que imprimimos à Federação a nossa feição centralizante), tampouco são um país que se demora em cuidados justributários no corpo da Constituição (COELHO, 2014, p. 43).

O caso brasileiro destoa, portanto dessa história jurídica, e a nossa Constituição está inundada de princípios e regras atinentes ao Direito Tributário (COÊLHO, 2014, p. 43[144]). O próprio autor demarca essa distinção durante o seu texto, separando as normas em princípios e regras.

Assim, o estudo da teoria dos princípios e a maneira como a doutrina tributária a desenvolve (e se desenvolve) para elaboração de respostas corretas aos conflitos sociais nos permitirá uma melhor compreensão do estágio atual do conhecimento jurídico tributário dentro de um paradigma de Estado Democrático de Direito, e permitirá avançar para oferecer uma proposta de revisão ou de entendimento da questão.

Busca-se, aqui, portanto, responder à seguinte questão: é possível perceber uma distinção normoteorética na Doutrina Tributária? Como a doutrina trabalha essa distinção e à quais paradigmas se filia? Há alguma metodologia ou impacto normativo na atribuição da designação princípio para uma norma em contraponto às regras?

Para responder a essas perguntas, será adotado o esquema analítico apresentado no capítulo 2 deste trabalho, em que foram abordados os paradigmas sobre a distinção entre princípios e regras no modelo apresentado por CRUZ (2007), que em resumo os dividiu em:

a) **paradigma clássico**, enfoque analítico em que os princípios não possuem qualquer normatividade;

b) **paradigma moderno**, enfoque analítico em que a distinção entre princípios e regras se dá principalmente por questões quantitativas, principalmente no critério da generalidade ou fundamentalidade, distinções que ALEXY (2012) e FIGUEROA (1998) classificam como fracas, baseados, ainda, em um modelo positivista de argumentação; e

c) paradigma contemporâneo, baseado em uma distinção qualitativa entre regras e princípios, tendo como principais expoentes ALEXY (2012) e DWORKIN (2010), distinções que são, também, classificadas como fortes, baseadas em um modelo pós positivista de argumentação.

[144] No mesmo sentido ver Ávila, 2011a, p. 58.

Com esse esquema analítico alçado a marco teórico do trabalho, pesquisaram-se diversos autores da doutrina tributária nacional, adotando-se os seguintes critérios para a pesquisa:

a) pesquisaram-se somente os autores que produziram sob o enfoque da Constituição de 1988, pois trata-se de compreender a hermenêutica tributária constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado a partir desse marco constitucional;

b) excluíram-se da pesquisa autores que produzem exclusivamente manuais, sem produção de teoria relevante, focado especialmente em transmitir o estado da doutrina e da jurisprudência, sem inovar na esfera teórica[145], mas priorizaram-se autores que, embora tenham forte produção acadêmica, ainda assim possuem manuais e livros doutrinários de direito tributário, que acabam tendo maior impacto na propagação do conhecimento;

c) buscaram se, por questões práticas, representantes das diversas correntes do pensamento tributário, levando em conta sua importância dentro da construção da teoria, buscando contribuições mais clássicas do pensamento tributário e as mais contemporâneas formadas por novos pesquisadores, embora, reconheça-se, seja um critério mais afeito às experiências do autor, em discussões com outros profissionais da aérea do Direito Tributário, do que algo que se possa ter um consenso; e

d) buscou-se trabalhar com autores de diferentes Universidades Brasileiras.

É claro que a seleção realizada tem suas arbitrariedades, e outros autores poderiam ser visitados. Acredita-se que a amostragem tomada é suficiente para dar visão profunda sobre como a doutrina nacional trabalha com o tema. Assim, optou-se pelos autores de Direito Tributário: Hugo de Brito Machado, Humberto Ávila, Marco Aurélio Greco, Misabel de Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho, Ricardo Lobo Torres e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Após o estudo dessas diferentes correntes de pensamento, optou-se por agrupá-los levando em conta as similaridades no desenvolvimento do pensamento dogmático, conforme será exposto a seguir.

Informa-se que não se encontraram, na doutrina contemporânea, pesquisadores que não reconhecem normatividade às normas regularmente chamadas de princípios jurídicos.

[145] É claro que esses manuais apresentam grande utilidade no estudo do Direito Tributário, especialmente quando voltado para a finalidade de conhecer o estado da arte. Reconhece o mérito de obras voltadas para os estudantes de concurso ou de graduação, porém, para não servem aos fins a que se propôs este trabalho.

Embora haja o reconhecimento do abuso no uso dos princípios, os autores tratam desta espécie normativa, e atribuem a elas aspectos deontológicos.

Assim, o paradigma clássico não encontra ressonância dentro da doutrina nacional contemporânea no que se refere à caracterização do que seja norma jurídica e seu impacto na distinção entre princípios e regras.

Entretanto, como se demonstrará, as influências do modelo positivista ainda são percebidas, especialmente quanto à clara adoção do modelo de aplicação das normas através da subsunção e o fetiche normativo referente à ideia da possibilidade de se aferida um conteúdo fechado, seguro e exato ao tipo tributário, necessários à segurança jurídica.

Os autores serão apresentados, portanto, em três grupos:

a) os predominantemente modernos, que extraem a distinção entre princípios e regras de critérios quantitativos, ou fracos, que compreendem os princípios sob a ótica das limitações constitucionais ao poder de tributar, ou seja, como defesa do contribuinte no plano da solução individual dos conflitos;

b) os fortemente influenciados pelo paradigma moderno, compreendendo os princípios sob uma ótica global, fundamentadores de todo o sistema jurídico, mas incorporando contribuições contemporâneas, seja admitindo a ponderação e o consequencialismo, seja rompendo com a ideia de que princípios são prevalentemente instrumentos de defesa do contribuinte;

c) e Humberto Ávila, que incorpora a distinção qualitativa/forte entre princípios e regras, inovando a teoria do direito nacional e a dogmática tributária. Dedica-se especial atenção ao autor, pois é, dentre os autores do Direito Tributário nacional, aquele que apresenta uma contribuição inovadora acerca da distinção apresentada.

Assim, apresentam-se as concepções dos autores analisando-os levando em conta principalmente cinco pontos:

a) o conceito de princípios adotado para a construção do raciocínio jurídico;

b) o contraponto dos princípios em relação às regras;

c) o modo como essa distinção impacta a aplicação e solução de controvérsias, sendo que nesse ponto interessa verificar a forma como trabalham (e se trabalham) a ideia de subsunção e ponderação;

d) se dialogam com teorias mais contemporâneas como a de Dworkin, Alexy, Ávila, Bustamante, ou outros; e

e) qual a relação que estabelecem entre princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar, tema caro à doutrina tributária.

Para isso, buscou-se tanto compreender a forma como tratam teoricamente o conceito de princípio, quanto como isso repercutirá na descrição do conteúdo de alguns princípios tributários.

Foram analisados, principalmente, os princípios da capacidade contributiva e da não cumulatividade. Isto porque tais princípios encontram peculiaridades distintas.

A não cumulatividade, prevista nos artigos 153, IV e §3º, II, 155, II e § 2º, I e II, 154, I, 195, §4º e §12, todos da Constituição Federal, requer um conjunto de regras muito mais detalhado sobre o modo como será operacionalizado, sendo relevante, pois nas teorias dos princípios contemporâneas é o tipo de norma que seria logicamente reconhecido como regra, muitas vezes nomeado pela doutrina como técnica (MACHADO, 2009[146], p. 202; MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2009, p. 252; DERZI, 2012, p. 287-288, entre outros).

Já o chamado princípio da capacidade contributiva tem dois aspectos importantes:

a) ao contrário da não cumulatividade, não há discussão sobre se é ou não um princípio, sendo que todos o consideram como princípio jurídico tributário; e

b) em relação a esse princípio, há discussão clara sobre se constitui ou não limitação ao poder de tributar (ver, por exemplo, MACHADO, 2010, p. 44-47; GRECO, 2006a, p. 119-121; 2008a[147]).

---

[146] A título de exemplo: A técnica da não-cumulatividade, a seu turno, é o modo pelo qual se realiza o princípio. Técnica é "maneira ou habilidade especial de executar algo" (MACHADO, 2009, p. 202); Conclusão que me parece absolutamente correta, visto que a técnica adotada – continuo preferindo o termo a "sistemática", visto que se trata, efetivamente, de mera técnica de arrecadação (...) (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2009, p. 252). Esses trechos podem ser encontrados em livro organizado por Hugo de Brito Machado, intitulado Não-Cumulatividade Tributária (2009). Nele foi realizada a seguinte pergunta a diversos tributaristas: "É possível falar-se hoje, no Brasil, em um princípio constitucional da não-cumulatividade?". A essa pergunta seguiu-se diversas respostas, sendo que vários autores enfrentaram o debate da teoria dos princípios, alguns o menciona, sem se deterem tempo na exposição dos argumentos sobre a temática, e outros como Godoi (2009, p.264-2366) não o menciona. Ver, por exemplo, Pinto (2009, p. 16) que assim mencionou "(...) sem considerações aos valores constitucionais, impõe-se o reconhecimento de que sob qualquer variação acadêmica que possa fazer distinção entre princípios e regras, existe um comando decorrente da supremacia da Constitucional (sic) para que seja a imposição tributária excluída de superposições de incidências fiscais". Furlan e Velloso (p. 31-32), adotando como marco teórico a distinção de Dworkin afirma que "à luz dessas concepções, é fácil constatar que os preceitos dos arts. 153, parágrafo 3º, II (IPI) e 155, parágrafo 2º, I (ICMS) introduzem no sistema jurídico regras, ou seja, normas que: a) conferem uma determinação precisa para uma situação específica; b) devem ser aplicadas de um modo "tudo ou nada"; c) somente podem ser cumpridas ou não; e d) não estão sujeitas à ponderação". Carvalho (2009, p. 74-75) discorre sobre as distinções, mas adota a perspectiva de Paulo de Barros Carvalho, afirmando ser a não-cumulatividade princípio. Cintra (2009, p. 122) afirma que "a partir de tais premissas concluímos não ser apropriado considerar que no Brasil a não-cumulatividade constitui princípio jurídico em sentido estrito (...)".

[147] Ademais, destaca-se que o próprio conteúdo da capacidade contributiva é alvo de inúmeros debates. Greco pontua bem esse debate: "Ao falar em capacidade contributiva, é preciso estar atento para não instaurar uma discussão de caráter meramente subjetivo. Para alguns, isto seria inevitável, pois a figura é impossível de definir e, portanto, deveria haver uma avaliação de capacidade contributiva individual, o que tornaria o conceito totalmente não operativo. (...) Outros sustentam ser um conceito vazio por ser impossível identificar o que seja capacidade contributiva em si, posto não ter substância própria. É fato que se pode identificar a capacidade

Mas a análise não se restringiu a esses princípios. Avançou-se na análise de outros fenômenos jurídicos que os autores nomeiam como princípios, quando contribuiu para a análise que se objetivou, sem ser mera repetição de argumentos ou exemplos.

4.1 A doutrina tributária moderna: Princípios como mandamentos nucleares do sistema e as limitações constitucionais ao poder de tributar

Entre os autores estudados**,** pode-se incluir no paradigma moderno os autores Hugo de Brito Machado, Misabel de Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho e Sacha Calmon Navarro Coelho. Ou seja, a maioria dos que foram pesquisados.

Embora possuam a convergência no compartilhamento de uma concepção moderna sobre a distinção entre princípios e regras, não possuem o mesmo entendimento sobre o que essa distinção possa significar e como devam ser trabalhadas.

Para esse conjunto de autores, os princípios são **primordialmente** limitações constitucionais ao poder de tributar, e distinguem-se como uma espécie normativa na medida em que apresentam um grau de generalidade e fundamentalidade maior que as regras.

Como limitação constitucional, entendem-se os princípios como argumentos normativos de defesa do contribuinte em face do poder estatal. Trata-se, como se vê, inclusive, de uma perspectiva constitucional clássica, vendo a Constituição como um sistema normativo de regulação do Estado em benefício da propriedade e da liberdade individual.

Isso não quer dizer que os autores não defendam a possibilidade do fisco argumentar com princípios, ou que os legisladores os utilizem para criar ou aumentar tributos, tal como o princípio da capacidade contributiva. Por conta dessa afirmação, que destacou-se o termo "primordialmente" acima. Em muitos casos simplesmente ignoram o debate acerca da utilização dos princípios na argumentação do fisco. No caso do uso pelo legislador, compreendem que informam o processo legislativo principalmente sob a perspectiva política, sendo jurídica no sentido de limitar e determinar o âmbito de atuação do legislador tributário, que obrigatoriamente deve levar em conta os princípios na formulação da legislação.

Em relação às distinções entre princípios e regras, esses autores possuem como ponto em comum a percepção dos princípios como normas nucleares, ou linhas diretivas a irradiar

---

financeira de alguém, no sentido de saber se possui recursos financeiros disponíveis em montante suficiente para pagar o imposto. Isto é possível identificar. Porém, sua aptidão para contribuir, antes de passar pelo crivo da aptidão financeira, não seria possível aferir. Por isso, alguns dizem ser um conceito vazio de impossível mensuração. Pode-se mensurar concretamente o patrimônio, a renda, mas não esta "capacidade" que, por isso, seria um conceito vazio" (GRECO, 2008a, p. 317).

sob todo o ordenamento. Uma perspectiva de fundamentalidade e de hierarquia sob o restante do sistema normativo.

4.1.1 Os princípios jurídicos na doutrina de Paulo de Barros Carvalho

Paulo de Barros Carvalho conceitua norma jurídica como proposições jurídicas que fazem previsão de comportamentos-tipo, com força cogente, que é exercida sempre que o sujeito passivo encontra-se em situação real que se compatibilize com a situação hipoteticamente descrita (1974, p. 177). A estrutura da norma jurídica compõe-se de hipótese e consequência[148], independente da forma da linguagem e do texto que o veicula[149] (CARVALHO, 1988, p. 34-35).

É tendo como marco teórico essa teoria da norma tributária, que Carvalho afirma que "princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica", sendo o nome que se dá àquelas "regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema" (CARVALHO, 2011a, p. 260[150]).

Carvalho reconhece a amplitude semântica do vocábulo, destacando a riqueza significativa que o vocábulo exibe, podendo classificá-lo como empíricos, lógicos, ontológicos, epistemológico e axiológico (2013, p. 36). Mas para o estudo da dogmática interessa demarcar o seu sentido próprio, ressaltando que, para os fins dos estudos que realiza, os princípios existem dentro da ordem normativa positiva e que não há qualquer desencontro entre o esquema lógico das normas e o deles (2011a, p. 264; 2013, p. 39).

Ressaltando esse ponto, o autor afirma:

> Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno linguístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas),

[148] Ver no mesmo sentido, perspectiva teórica compartilhada por Geraldo Ataliba (1973).

[149] O modo mais adequado de referência à norma jurídica é compreendê-la como o sentido que emerge do enunciado proposicional, isto é, como juízo que se forma em nossa mente, pela leitura do texto ou pela audição da ordem emanada de um agente autorizado pelo sistema (CARVALHO, 1988, p. 35). Com admitir uma só esquematização formal para todas as normas do sistema poderemos reescrevê-las em fórmula de ôntica, a despeito do modo descritivo ou informativo de que se serviu o editor da regra. Vejo nisso um expediente correto e sobremaneira útil para a devida compreensão do fenômeno jurídico, além de oferecer um instrumento apropriado e eficaz para as elaborações descritivas da dogmática (CARVALHO, 1988, p. 36). Carvalho baseia essas conclusões nas lições de Lourival Vilanova (1977) e Alchourrón e Bulygin (1983).

[150] Muitas das contribuições de Carvalho foram desenvolvidas ao longo de várias décadas. Por exemplo, é possível encontrar diversas trechos aqui citados e mencionados já em obras publicadas durante a década de 90. Deste modo, optou-se por citar muitas vezes as obras mais recentes, recém editas por conterem material de mais fácil acesso e conferência pelo leitor. Mas muito dos que tem sido aqui transcrito e afirmado já estava presente, por exemplo, no Curso de Direito Tributário do autor, publicado em 1991, em 4ª ed., entre as páginas 83-104. Mantidos na edição atual, 25ed, publicada em 2013 (2013b).

> todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deôntica entre dois ou mais sujeitos, como consequente.
> (...)
> Sobressai à evidência, a homogeneidade sintática susorreferida, porquanto todas as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vectores semânticos. (CARVALHO, 2013, p. 40).

Assim, conclui-se, que embora possam oferecer farta variedade conotativa, no direito possuem conteúdo deontológico. O direito, portanto, não comportaria a existência de outras entidades diferente das normas jurídicas, e por conta disso, os princípios devem ser analisados como normas. Para ele,

> Em direito, utiliza-se o termo "princípio" para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. (CARVALHO, 2011a, p. 265).

Isso decorre da percepção que o direito como construção humana segue imerso em sua circunstância, sendo produto cultural, logo, portador de valores, carregando consigo porção axiológica, que deve ser reconhecida e compreendida pelo sujeito que busca entender a ordem jurídica (CARVALHO, 2013, p. 42).

Aponta o autor quatro usos distintos para o termo princípio dentro do direito:

> a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo;
> b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos;
> c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas consideradas independentemente das estruturas normativas; e
> d) como limite objetivo estipulado em regras de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. (CARVALHO, 2011a, p. 266).

O autor atribui aos dois primeiros sentidos a vinculação à ideia de norma jurídica, sendo que os dois últimos estariam ligados especialmente ao que se chama "valor" e "critério objetivo" respectivamente.

Em todos esses casos, "os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas" (CARVALHO, 2011a, p. 267[151]).

[151] Ávila afirma que "A jurisprudência acerca das questões tributárias sempre se pronunciou no sentido de que os princípios são as normas mais importantes" (2011a, p. 353). Como será exposto, esse parece ser o sentido geral que a doutrina tributária atribui aos princípios. Não é esse o sentido que a teoria contemporânea sobre a distinção entre princípios e regras adota. Seria necessário, pergunta-se ajustar a doutrina tributária brasileira às teorias contemporâneas? Acredita-se ser mais importante a compreensão de como pragmaticamente o termo é utilizado

Exerceriam, por assim dizer, uma "reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença" (2011a, p. 267).

De qualquer forma, é preciso compreender as duas percepções que o autor tem sobre princípios:

a) princípios como normas jurídicas que introduzem valores de grande importância para o ordenamento; e

b) princípios como normas jurídicas que estabelecem limites objetivos.

Carvalho compreende que uma sociedade é feita de valores básicos compartilhados pelos indivíduos, embora reconheça que os indivíduos entrem em fortes divergências diante das variações como esses valores possam guiar suas ações individuais. Esses símbolos de preferência por ações exigem um "mecanismo integrador, credenciado a imprimir-lhes um mínimo de consistência: é a função das ideologias, conjuntos de avaliação dos próprios valores" (2013, p. 43). A ideologia dá consistência ao sistema de valores, imprimindo-lhe rigidez, organizando e hierarquizando os valores, de forma que seja possível identificá-los.

Assim, em sua concepção,

> (...) toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma 'N' conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um 'princípio'. Quer isso significar, por outros torneios, que 'princípio' é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fato de agregação para outras regras do sistema positivo (CARVALHO, 2013, p. 43-44).

Não se trata, segundo ele, de qualquer valor, mas dos valores depositados pelo legislador na linguagem do direito posto, ainda que de forma inconsciente. Para ele "aqueles [valores] de que nos ocupamos são os postos, centros significativos abstratos mas positivados no ordenamento" (2013, p. 44).

Admite, porém, que entre as normas possa haver hierarquia, de modo que admite que se possa cogitar em hierarquia de valores, embora nunca se possa negar aos princípios, o fato de serem normas, e por conta disso, expressos em linguagem deontológica (CARVALHO, 2013, p. 44).

---

no jogo de linguagem específico que é a dogmática tributária constitucional brasileira, do que reformular os termos.

Mas essa hierarquia de valores decorre não da norma no sentido lógico, mas "pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e sobreprincípios" (2011a, p. 267).

Isso significa para o autor que:

> Já podemos extrair mais duas conclusões: (a) o próprio saber se uma norma, explicita ou implícita, consubstancia um "princípio", é uma decisão inteiramente subjetiva, de cunho ideológico; e (b) no que concerne ao conjunto de princípios existentes em dado sistema, a distribuição hierárquica é função da estrutura axiológica daquele que interpreta, equivale a reconhecer, é função da sua ideologia. (CARVALHO, 2013, p. 45).

Desse modo, nega o autor qualquer possibilidade de fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva para delimitar valores. Mas reconhecer que a linguagem possui uma porção movediça, para ele, não traria insegurança jurídica, pois isso apenas "significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discurso persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa" (CARVALHO, 2013, 46).

Para ele o entendimento de princípio como "limites objetivos" seria visualizado na pragmática da comunicação jurídica. Desse modo, o trabalho de conhecer a feição estática do ordenamento positivo não seria suficiente, tornando imperiosa a pesquisa do lado pragmático da linguagem normativa (CARVALHO, 2011a, p. 270).

A ideia do autor parece ser a de que a dogmática deve, além de estabelecer e discutir os efeitos jurídicos que a visão estática do ordenamento possa sugerir, verificar se elas na prática estão sendo assim empregados, e como ocorre o emprego (2011a, p. 270-271).

Além de considerar os princípios como normas que veiculam valores de maneira deontológica, Carvalho, também, considera princípios como normas que estabelecem limites objetivos para a realização desses valores. Segundo ele "em suma, os princípios limites objetivos trabalham no sentido de realizar tais valores, funcionam como verdadeiros mecanismos que dão força de eficácia a estes primados axiológicos do direito" (2011a, p. 272).

Os princípios como limites objetivos podem ser distinguidos dos valores, na medida em que são concebidos para atingir certas metas ou fins, sendo que esses sim assumem o porte de valor. Os princípios são encarados como procedimentos, voltados à realização de certos valores, de forma indireta ou mediata. Neste ponto, destaca que "os princípios de direito tributário, por seu turno, geralmente se expressam como 'limites objetivos', posto como

sobre-regras que visam a implementar os valores estipulados no ordenamento jurídico". (CARVALHO, 2011a, p. 298).

Pode-se inferir pelo exposto acima que princípios como limites objetivos se aproximam de regras no sentido defendido por Dworkin ou por Alexy, mas hierarquicamente superiores. Mas, o próprio autor afirma que esses cânones trazem consigo carga axiológica expressiva, "representando conquistas seculares mantidas e anunciadas pela tradição do nosso direito" (CARVALHO, 2011a, p. 298).

E essa percepção fica ainda mais nítida quando o autor descreve o conteúdo de cada princípio, apontando como exemplares os princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade e não-cumulatividade (2011a, p. 298). Encarando-os como limites objetivos, uma vez não satisfeitos integralmente deve levar à conclusão de que a norma veiculada é inconstitucional.

Tomando como exemplo a não-cumulatividade, Carvalho a caracteriza como limite objetivo, que "impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores" (2013b, p. 176). Trata-se de preordenação voltada à concretização de valores como a justiça tributária e a capacidade contributiva.

Destaca-se o fato da norma estar prevista na Constituição e diferencia seu limite de atuação no ICMS e no IPI. Especificamente para o ICMS, a determinação de que a isenção e a não incidência não implicará crédito com o momento devido nas operações seguintes, anulando os créditos relativos às prestações anteriores, salvo determinação legal, não se aplica ao IPI, que não poderá sofrer nenhuma restrição nesse sentido (CARVALHO, 2013b, p. 176-177).

Vê-se que o autor diferencia inclusive o âmbito de atuação do princípio da não cumulatividade em relação a impostos distintos, dando a cada um, uma dimensão diferente. Como princípio, fosse adotar as distinções contemporâneas, tal diferenciação seria mais adequada às regras, já que os princípios não moldariam o comportamento de forma tão específica assim. O que confirma a ideia de hierarquia normativa como distintivo.

Outro exemplo é o do princípio da anterioridade, em que assim afirma o autor:

> O art.150, I, veda a possibilidade de exigir-se ou aumentar-se tributo sem que a lei o estabeleça (princípio da legalidade estrita), enquanto o inc. III consagra os cânones da irretroatividade (letra a) e do anterioridade (letra b). Fixemos nossa atenção nesse último. A diretriz da anterioridade, com toda a força de sua presença na sistemática impositiva brasileira, é um "limite-objetivo". Sua comprovação em linguagem competente (a linguagem das provas admitidas em direito) é de uma simplicidade

> franciscana: basta exigir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu normas jurídicas no sistema do direito positivo, com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público, e poderemos saber, imediatamente, se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. Dessa linha de raciocínio não discrepa a legalidade. Se o tributo foi introduzido por ato infralegal, o que se prova com facilidade, ficaremos seguros de que o princípio foi violado. (CARVALHO, 2011a, p. 305).

Já o princípio da capacidade contributiva, que é visto por ele como um "padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo" (CARVALHO, 2013b, p. 172), está mais ligado à ideia de princípio como valor, uma vez que é instrumento que veicula juridicamente no ordenamento o valor da igualdade.

Possuiria duas vertentes:

a) a objetiva, que estaria em um nível pré-jurídico, ordenando ao legislador escolher fatos que ostentem riqueza; e

b) a subjetiva, que estaria já no nível jurídico, "relativa à repartição da percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento" (CARVALHO, 2013b, p. 173).

Novamente, em todos os casos apresentados, as distinções contemporâneas de princípios e regras não são aqui objeto de consideração. Há na verdade, a separação entre regras e princípios baseados na fundamentalidade, aproximação com os valores e fins do ordenamento, posicionamento tipicamente moderno, considerando os modelos de paradigma que adotou-se aqui.

De alguma maneira aproxima-se das ideias defendidas por Alexy (2012[152]) e Canotilho (1991[153]), no sentido de que os princípios passam a ser a face jurídica dos valores. Também, há forte influência do pensamento de Ataliba (1968; 1985), para quem as regras jurídicas devem ser aplicadas levando em conta os princípios, reconhecendo hierarquia entre as espécies normativas. Isso fica claro quando o autor descreve os princípios formadores do Estado, tal como os princípios da federação e da República, considerados por eles como princípios empiricamente verificáveis e que são considerados como princípios dado o seu poder aglutinador, permeando, penetrando e influenciando outras regras que lhes são subordinadas. (CARVALHO, 2011a, p. 289-290; 2013, p. 39).

---

[152] "A diferença entre princípios e valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo" (ALEXY, 2012, p. 153).

[153] "(...) o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito (...)" (CANOTILHO, 1991, p. 192).

A distinção entre princípios e regras fica a cargo de considerações topológicas do sistema normativo, e nada diferenciam da separação que se poderia fazer entre normas constitucionais ou normas infralegais do ponto de vista estrutural.

Mesmo a percepção da carga axiológica é critério de difícil verificação, dependendo mais do uso corriqueiro na prática jurídica, do que exatamente da utilidade ou cientificidade da distinção. É claro que isso não impede a utilização do termo, mas para a teoria do direito, o sentido defendido não geraria nenhuma contribuição, já que a decisão permanece sendo tomada baseada no modelo silogístico, adotando-se a estrutura normativa do tipo hipótese-consequência.

A percepção do autor de princípios como normas que veiculam deontologicamente valores é compreensível, embora possa ser criticada na medida em que regras também veiculam valores. Além disso, o direito opera dentro de um código binário, distinto da possibilidade de graduação que se vê nos valores.

Inclusive, destaca-se, o autor não se detém em conceituar regras de maneira comparativa com os princípios, bastando-se na discussão sobre o conceito de regra-matriz, que não interessa aqui, pois é o próprio conceito de norma, que se aplicaria inclusive aos princípios.

Assim, qual a função da distinção para fins de solução de conflitos, uma vez que em todos os casos o juiz acabaria tendo que reformular os enunciados jurídicos no esquema de norma fato-consequência?

A distinção baseada na importância hierárquica não representa uma grande novidade na argumentação jurídica, embora possa fazer sentido pragmaticamente nos discursos jurídicos. Assim, aquele que analisa o Direito Tributário, quando se depara com a expressão princípio, saberá que trata-se de algo mais importante do que aquelas outras normas que não são assim chamadas. Ou quando quiser reforçar a importância argumentativa de uma norma, assim o classificará, em um exercício retórico.

Mas do ponto de vista funcional para a teoria do direito e para a teoria da decisão, importante especialmente em razão da afirmação de que o direito tributário é rígido se comparado com os demais ramos, a distinção não teria relevo.

De qualquer maneira, poderia se dizer que, para Carvalho, princípios são todos os valores veiculados pelo ordenamento, ou vetores interpretativos axiológicos do sistema jurídico, enquanto as regras estabelecem procedimentos de ação, modelos abstratos de conduta. Disse o autor: “seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que

iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas" (2011a, p. 266).

Mas ao afirmar que compete ao intérprete, de maneira subjetiva, estabelecer quais são os princípios veiculados pelo ordenamento jurídico, e que a hierarquia desses princípios e valores é realizada de maneira subjetiva, o autor compromete, tanto sua conceituação de princípio como limite objetivo, quanto o próprio aspecto deontológico da natureza dos princípios. A ideia por trás do "dever ser", existe, também, na questão moral e até na questão valorativa de alguma forma: o que diferenciará o aspecto deontológico jurídico é o fato dessa comunicação ser intersubjetivamente controlável de alguma maneira e institucionalmente aplicada, ultrapassando o limite da subjetividade.

A teoria dos princípios adotada por Carvalho faria mais sentido e até defensável se ele explicasse como se compatibilizaria tal perspectiva com a ideia de princípios como limites objetivos ou até mesmo excluísse da sua perspectiva o reconhecimento da hierarquização de valores pelo intérprete de forma incontrolável, até porque, essa perspectiva não se mantém no texto do próprio autor.

Há vários indícios textuais de que ele de alguma forma defende o controle intersubjetivo da pauta de valores por trás dos princípios e de que há um núcleo conceitual compartilhável para a descrição dos princípios. A própria ideia acima exposta de que os princípios imprimem um caráter de unidade relativa e serve de fator de agregação num dado feixe de normas, traz em si a ideia desta intersubjetividade, pois se unifica um conjunto de normas em um determinado conjunto, isso só pode ser considerado útil se compartilhado por uma gama de atores sociais envolvidos.

O mesmo raciocínio vale para a percepção de princípios como "limites objetivos". Como limites objetivos os princípios são "regras de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma" (CARVALHO, 2013b, p. 155). Isso quer dizer que eles caracterizam-se pelo estabelecimento de procedimentos, e não de valores. Logo, imprimem um caráter de unidade na medida em que todas as normas materialmente instituidoras de tributos devem a ela se submeter.

Por exemplo, em relação ao que ele chama de sobreprincípio da segurança jurídica[154], o próprio autor afirma que

[154] Ver, também, no mesmo sentido, Carvalho (2010, p. 10-17; 2008, p. 203-216; 2011b, p. 133-148; 2014, p. 543-561).

> Convencionou-se que tal valor é, basicamente, a igualdade, a legalidade e a legalidade estrita, a universalidade da jurisdição, a vedação do emprego do tributo com efeitos confiscatórios, a irretroatividade e a anterioridade, ao lado do princípio que consagra o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, todos, em verdade, limites objetivos realizadores do valor da segurança jurídica. (CARVALHO, 2011a, p. 271).

Como se vê, a ideia trazida com a expressão "convencionou-se" é a ideia de que há alguma medida de intersubjetividade na definição do que é lícito ou ilícito. Reconhece, inclusive, que os valores e os sobrevalores devem ser compartilhados pelos cidadãos (CARVALHO, 2011a, p. 274), sendo que a violação de princípios se dá pela implantação em que ocorrem desvios e os valores protegidos não são realizados.

Outra questão a ser abordada para a compreensão do pensamento do autor, é a ideia de sobreprincípios e princípios, que parece trazer mais confusão do que claridade à distinção adotada. Para ele "há 'princípios' e 'sobreprincípios', isto é normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras" (CARVALHO, 2013, p. 49). Os sobreprincípios seriam cânones que se realizam por outros princípios, emergindo pelo reconhecimento do valor em comum em conjunto deles. O sobreprincípio não está expresso no texto, mas é abstraído dele pela efetivação de outros princípios.

Eis o exemplo da segurança jurídica, que para o autor paulista, é um sobreprincípio por excelência. Nenhuma ordem jurídica o tem explicitamente, mas é possível concluir a sua existência pela atuação dos princípios da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, entre outros.

Parece que o autor se refere ao que Cruz designa como postulado jurídico, ou seja, "tanto condições de possibilidade para o conhecimento quanto condições destrancendentalizadas para o reconhecimento da validade desse conhecimento (sic) sistema jurídico" (2007, p. 269). Os postulados "devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobram a coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma científico específico" (2007, p. 269). Assim, parece que o autor considera a segurança jurídica não sob termos positivistas, mas como elemento que sem o qual o direito hodierno não pode sequer ser compreendido.

Eis trecho que conduz a essa conclusão:

> Se nos detivermos em um direito positivo, historicamente dado e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível imitirmos um

> juízo de realidade que conclua pela existência do primado de segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-los. (CARVALHO, 2011a, p. 276-277).

Esse parece ser o sentido aplicado, também, para os casos da certeza do direito, igualdade, liberdade e justiça, pressupostos apontados para a coerência e integridade do sistema jurídico dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ainda para encerrar a análise do desenvolvimento teórico do autor, o mesmo reafirma a percepção dos princípios como primordialmente limitadores da atuação do Estado:

> No território dos tributos, por tocarem direitos relevantíssimos para o ser humano, como o da liberdade e o da propriedade, o legislador constitucional redobrou os cuidados de elaboração normativa, estatuindo princípios fundamentais de proteção aos direitos do cidadão, ao mesmo tempo em que deu cumprimento aos desígnios superiores da Federação, da República e da autonomia dos Municípios (CARVALHO, 2011a, p. 267).

Os princípios que organizam o estado como República e Federação referem-se mais a divisão dos poderes entre órgãos e entes federados, sendo os princípios tipicamente tributários defendidos como limitadores do poder estatal, e trunfos do contribuinte face ao poder tributário.

Volta-se a afirmar que, ao contrário do que ocorre com os autores da teoria dos princípios contemporânea, a distinção entre princípios e regras para Carvalho, em nada parece influir nos modos de decisão do juiz. O autor não aborda se o fato em si de considerar uma norma como princípio ou como regra, mudaria a forma hermenêutica de se chegar à decisão. Basta que o intérprete leve em conta a sobreposição dos princípios em face das regras.

É certo que o autor reconhece os avanços da hermenêutica pragmática em face da hermenêutica clássica, denunciando a falência dos métodos exegéticos típicos da escola francesa e da defesa da verdade absoluta e da clareza conceitual defendida pelos integrantes dessa escola jurídica (CARVALHO, 2011a, p. 155-212). Mas isso, não significa que ele abandone o modelo clássico de decisão.

Pelo menos parece ser essa a conclusão que se pode extrair quando o autor explica que "falar em incidência normativa ou subsunção do fato à norma, portanto, é descrever o processo comunicacional do direito, indicando os elementos participantes na construção da mensagem legislada" (CARVALHO, 2011a, p. 170).

4.1.2 Os princípios jurídicos na doutrina de Misabel de Abreu Machado Derzi

A professora mineira Misabel de Abreu Machado Derzi[155], assim como os demais juristas aqui tratados, aponta como principal característica do Direito Tributário Brasileiro o fato de ser eminentemente constitucionalizado. Especialmente com a Constituição de 1988, princípios e demais limitações ganharam atributos da internacionalização, da prevalência, da irreversibilidade e da inesgotabilidade[156] (DERZI, 2010, p. 26).

A primeira percepção sobre como a autora irá tratar o conceito de princípio está no fato de considerar princípios tributários como limitações ao poder de tributar, concretizadores de direitos individuais fundamentais, ou de direitos humanos, seja qual for a perspectiva (DERZI, 2010, p. 26).

Eis o posicionamento da autora sobre o tema:

> Enfim, o rol dos princípios e das demais limitações na Constituição de 1988 converte-se em imunidades ou é mera especialização ou explicitação dos direitos e garantias fundamentais (legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade, capacidade econômica de contribuir etc.), ou de outros grandes princípios estruturais como a forma federal de Estado (imunidade recíproca dos entes públicos estatais). Como já realçamos, são imodificáveis por emenda, ou mesmo por revisão, já que fazem parte daquele núcleo de normas irredutível, a que se refere o art. 60, § 4o, da Constituição.
> Tanto os princípios como as imunidades produzem efeitos similares: limitam o poder de tributar. (DERZI, 2010, p. 30).

---

[155] A obra da Professora Misabel Derzi, bem como dos autores aqui tratados, constitui-se de diversas obras e artigos publicados. Mas é nas atualizações que faz ao livro Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, edição mais recente de 2010, do jurista Aliomar Baleeiro que se encontra a maior parte de suas teorias e teses. Embora a pesquisa conte com acesso a diversas obras, percebe-se que, para fins desta pesquisa, tudo que foi produzido está integralmente conectado com as percepções ali alocadas. Muito do aqui afirmado, também, poderá ser encontrado nas atualizações ao Direito Tributário Brasileiro, 12ª ed., 2013.

[156] "Seguindo tendências manifestadas em Constituições europeias, em especial na Lei Fundamental alemã, depois na América Latina, nas Constituições da Guatemala (1985) e Nicarágua (1987), a Constituição brasileira de 1988 declara a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5o, § 1o) e a integração dos direitos humanos reconhecidos em "tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5o, § 2o). A prevalência e a integração são admitidas em doutrina cada vez mais consolidada (...).Da constatação de que os direitos humanos, como, aliás, os direitos em geral, são continuamente confirmados e descobertos pela humanidade (o homem conhece a si mesmo) em um permanente evolver histórico, decorrem sua **irreversibilidade** e **inesgotabilidade**, como atributos inerentes. Esse o caminho adotado pela Constituição brasileira que, em seu art. 60, enrijece-os solidamente (...). Tais características tão relevantes (internacionalização e prevalência, irreversibilidade e inesgotabilidade) estendem-se às limitações constitucionais ao poder de tributar, na medida em que configuram elas verdadeiros direitos e garantias fundamentais (revelação de direitos humanos). O caráter de inesgotabilidade está expresso, pois diz a Constituição: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios" (...). Mas os demais aspectos resultam do fato de que os direitos e garantias dos contribuintes são especializações dos direitos humanos no campo tributário (...)". (DERZI, 2010, p. 26-28).

Tal posicionamento é indicativo de como a autora irá tratar do tema dos princípios. Eis que ao fazer a distinção entre princípios e imunidades, a autora expressa que ambos os institutos se configuram como limitações constitucionais ao poder de tributar.

Enquanto as imunidades tributárias são normas supressivas de poder tributário, delimitando o campo de incidência da norma atributiva de poder, os princípios estão ligados ao exercício válido da própria competência. Logo, de nada adiantaria uma norma que fosse atenta aos princípios tributários, mas que avançasse sobre uma imunidade. As imunidades, é claro, observa a autora, também são fundamentadas em princípios, muitos deles fora do campo do direito tributário, como a liberdade religiosa, de manifestação, que ganha proteção e concretização por meio da redução do poder estatal de avançar sobre essas atividades (DERZI, 2010, p. 31).

Embora não explicitamente aborde a questão, as imunidades seriam tratadas como regras, se levados em conta a distinção contemporânea entre espécies normativas, na medida em que são consideradas normas supressivas do competência tributária, ou seja, seriam obrigações jurídicas negativas que determinam uma abstenção de fazer algo, aplicando no modo "tudo ou nada", ou do tipo "ou uma, ou outra".Tratar-se-ia de uma norma proibitiva de natureza constitucional[157].

Os princípios jurídicos neste contexto ditam o sentido e a inteligibilidade do sistema, inspirando tanto imunidades, regras supressivas, quanto uma regra confirmatória de poder tributária, ou uma isenção. As normas de princípios seriam alicerces:

a) de normas atributivas de poder, tal como o princípio federal;

b) normas denegatória de poder, como as imunidades; e

c) normas que efetivam o poder de tributar, fundamentando seu bom exercício (válido), respondendo a valores tais como o de segurança e igualdade (DERZI, 2010, p. 33). Como se pode notar, os princípios seriam normas jurídicas fundantes do sistema jurídico[158].

[157] Segundo Carvalho, no mesmo sentido de Derzi, as imunidades são classe finita e determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabeleçam de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas (CARVALHO, 2013, p. 190-191).

[158] É preciso compreender, portanto, que as concretizações dos princípios, sua evolução e a sua relação com outros princípios já conhecidos e fundamentais resultam sempre de análise sistemática, da compreensão das partes com o todo normativo da Constituição. Por isso é possível dizer, sem nenhuma contradição, que o princípio federal explica e dá sentido às normas atributivas de poder à União, Estados e Municípios para criar tributos, como também simultaneamente impõe a imunidade recíproca dos entes políticos, imunidade que é uma negação de poder para tributar, uma redução ou aspecto negativo de competência. (DERZI, 2010, p. 33-34).

Para a autora "tanto os princípios como as chamadas regras, que os concretizam, são normas, ou seja, comandos jurídicos que prescrevem a conduta, o que é proibido, o que é permitido e o obrigatório" (2010, p. 34). O que se conclui do afirmado é que tanto princípio quanto regras devem ser analisados sob o enfoque deontológico, na esteira do que todos os autores contemporâneos defende, mas, mais do que isso, a percepção de que as regras decorrem dos princípios: são sua concretização. Ou seja, tal como Carvalho, há a percepção de um modelo hierárquico entre princípios e regras.

A autora não desconhece que há na ciência jurídica nacional e estrangeira uma série de teorias e distinções sobre o que seriam as normas-principiológicas e as normas-regras[159], mas não se interessa muito por essas distinções contemporâneas, baseando sua teoria sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar na corrente tradicional, a que nomeou-se aqui, como paradigma moderno (DERZI, 2010, p. 34).

Aponta as seguintes características sobre os princípios:

a) tal como as regras são normas componentes do sistema jurídico;

b) normas principiológicas podem ser expressas ou implícitas; e

c) princípios se caracterizam por serem normas estruturais, pilares que dão a direção, o sentido e a consistência ao sistema, servindo como critério interpretativo inclusive para as regras, as quais não podem ser consideradas de forma isolada. Adotando o conceito de Bandeira de Mello, Derzi define princípios constitucionais tributários como mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele (DERZI, 2010, p. 34).

O que se percebe é que os princípios estão sempre em nível constitucional, embora não necessariamente estejam expressos na carta magna, podendo ser encontrado da leitura sistêmica do ordenamento, tal como o princípio da proteção da confiança (nesse caso ver DERZI, 2009). Esse é o primeiro ponto sobre a caracterização dos princípios, ou seja, seu nível de fundamentalidade dentro do sistema. A partir do seu caráter de fundamentalidade, a autora extrai outra consideração acerca das distinções entre regras e princípios:

> Dentro ainda dessa corrente tradicional, as regras representam normas mais concretas, mais determinadas, dotadas de dados referenciais mais ricos do que os princípios, muitas vezes vazados em termos indeterminados e vagos. A indeterminação e a pobreza da concreção dos princípios explicam o seu alcance mais

[159] As ideias de balanceamento de princípios, de interpretação integral e de relatividade – sem nenhum absolutismo na conciliação de contrários – não são estranhas à corrente tradicional. Mas em uma segunda corrente de pensamento, estão aqueles que não apenas realçam a complexidade dos princípios jurídicos, mas destacam-lhes, em relação às regras jurídicas, a diferente estrutura normativa, lógica e de aplicação (DERZI, 2010, p. 35).

> amplo, destinado a reger vastos setores do Direito. A determinação e a concreção das regras igualmente explicam a sua aplicabilidade a setores mais específicos do Direito.
> É preciso compreender, portanto, que as concretizações dos princípios, sua evolução e a sua relação com outros princípios já conhecidos e fundamentais resultam sempre de análise sistemática, da compreensão das partes com o todo normativo da Constituição (DERZI, 2010, p. 33).

Pois bem, por tudo já visto, extraem-se três percepções sobre princípios:

a) a já mencionada fundamentalidade, que faz com que princípios sejam necessariamente considerados constitucionais;

b) a ideia de que princípio seja mais vago e geral que as regras, que seriam mais especificas e aplicáveis; e

c) que os princípios são normas integradoras, unificadoras ou valores comuns extraídos de um feixe de normas inferiores, especialmente regras, tal como defendido por Carvalho (2011, p. 267).

Para essa percepção, Derzi baseia-se nas contribuições de Larenz (1969, p. 576-583) para quem os princípios podem ser:

a) simples ideias retoras, carecendo de acabamento mais preciso, caracterizando por serem *ratio legis*; e

b) critério imediatamente aplicável, possuindo verdadeira função de regra. No primeiro sentido, os princípios assumem valor ético-jurídico especial, tal como a boa-fé, sendo limitadores e condicionantes da atividade estatal, uma vez define a validade do direito legislado. No segundo sentido, assumindo o papel de regra, o princípio prevalece sobre o direito legislado ordinário, seguindo a regra de solução de antinomias, em que as regras superiores revogam as regras inferiores (2011, p. 34-35).

Em relação à questão da juridicidade dos princípios, já afirmou-se que Derzi, tal como os diversos autores tributários nacionais, consideram os princípios como normas jurídicas. Sobre a índole política ou jurídica dos princípios, questionando o papel meramente programático deles, debatendo a sua autoexecutoriedade, em contraponto à posição que defende que alguns princípios exigem provimento completar por meio de lei (BALEEIRO, 2010, p. 40), a autora debate a própria juridicidade da Constituição.

Afasta-se do extremo das posições sociológicas, que desprezam a Constituição nominal-formal se prendendo às reais forças políticas da sociedade, e da posição normativista da ciência pura do Direito, que despreza a realidade, e pensa na norma como abstração total dos fenômenos concretos. Adota a posição do constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva para quem a Constituição é principalmente normativa, sem descaracterizar seu papel

político e ideológico. Porém, no que se refere aos princípios, os considerados como direitos fundamentais, defendendo que sua eficácia seja direta, sem qualquer mediação legal, afastando-se da ideia de norma programática (DERZI, 2010, p. 44).

O mais importante a se perceber é a concepção que a autora tem de princípios, considerando-os como direitos fundamentais e por consequência devem ser aplicados de maneira direta. Aqui, permanece a posição de princípios como normas hierarquicamente superiores, independente do fato de definirem comportamentos definidos e precisos, tal como o princípio da legalidade ou da anterioridade, ou definirem comportamentos gerais, exigidos por uma questão de justiça e equidade, tal como o princípio da capacidade contributiva.

Mas qual seria a importância ou utilidade de se considerar um conjunto de normas como princípios? Para a autora,

> Hoje, o constitucionalismo vê a Constituição como um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão, unidade essa que somente pode ser dada por meio de princípios, continuamente revistos, recompreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito. Chamamos tais conflitos e tensões de "aparentes", porque a compreensão profunda da Constituição é sempre buscada, sempre descoberta, de forma contínua (DERZI, 2010, p. 57).

Adotando uma visão que denomina concretista, não se opõe à interpretação tradicional que, segundo ela, fornece vários elementos para essa visão, sem especificá-los. Nessa concepção, os princípios, então, seriam aberturas sistêmicas para compreensão da Constituição de forma a se adequar às modificações sociais. Seria somente uma forma de "dar efetividade aos preceitos da Carta, através de criatividade estruturadora e sistemática, ou por meio de certo balanceamento controlado de valores e de interesses" (DERZI, 2010, p. 57).

O que não se admite é a existência de normas simplesmente programáticas, defendendo a possibilidade de sopesamento ou balanceamento, tal como defendido por Dworkin:

> Portanto, a própria noção de interpretação sempre norteada pela vontade objetivada do Constituinte (jamais a subjetiva), e compreendida dentro de um sistema normativo em que os princípios e os fins norteiam o sentido – como já reconheceu publicamente o Tribunal Constitucional da Alemanha – leva ao concretismo, a uma força normativa da Constituição (erradicadas as normas simplesmente programáticas) e a um sopesamento contínuo de princípios e valores, ou balanceamento de que nos fala Dworkin (DERZI, 2010, p. 58).

Imperioso, porém, dar notícia que Derzi não defende o balanceamento de princípios e valores de forma livre, apontando diversos equívocos dessa percepção. Vê a Constituição

como um pacto, onde se encontram valores e interesses antagônicos que muitas vezes exigem balanceamento, na busca de uma solução adequada ao caso, atribuindo essa conclusão a Dworkin. Mas, para ela, a Constituição da República, dotada de extensa normatividade, já "consagra uma gama de princípios, muitos deles já balanceados, não sendo raro que se eleja o princípio e o contraprincípio, a regra e suas exceções" (DERZI, 2010, p. 58).

Do trecho colacionado pode-se extrair três conclusões:

a) a autora parece defender tanto o balanceamento de princípios quanto de regras, em contraponto à teoria dos princípios de Dworkin, e até mesmo de Alexy;

b) parece admitir que o texto constitucional traga textos normativos do tipo princípios e regras; e

c) mais uma vez, a distinção entre princípios e regras não parece estar na função que desempenham no ordenamento, ou na estrutura lógica de sua descrição, mas na sua estrutura hierárquica.

Há uma valorização da escolha do legislador, que, em tese, já teria ponderado entre as soluções possíveis ao caso, e realizada uma escolha, que deverá ser respeita no conflito concreto[160].

Essa diferença de tratamento para princípios e regras, segundo ela, deriva do fato de que, sob a égide de Constituições mais concisas na questão tributária, tal como as Constituições Europeias, as teorias dos princípios podem admitir amplo balanceamento.

[160] "Assim ocorre com os princípios e direitos fundamentais mais importantes, a saber, o princípio da legalidade, da irretroatividade, da não surpresa, do devido processo legal, dentre outros. Quando a Constituição brasileira dispõe sobre a legalidade, não se limita a fazê-lo, de forma ampla, como emanação direta do Estado de Direito e cogente em relação a todos os ramos jurídicos ou, em especial, no Direito Administrativo (o que se dá na Carta da Alemanha), mas repete, insistentemente, o mesmo princípio, como direito e garantia fundamental do cidadão no art. 5o, II, como base do Direito Administrativo no art. 37 e, especificamente, do Direito Tributário, no art. 150, I. E mais, as exceções relativas ou meras atenuações do princípio, a Constituição já pesa, sopesa ou balanceia, enumerando taxativamente os impostos em que o Poder Executivo poderá graduar-lhes as alíquotas, observando apenas os limites postos na própria lei, conforme dispõe o art. 153, § 1o. O mesmo se dá no que tange ao princípio da não surpresa (anterioridade + espera nonagesimal), cujo enunciado, no art. 150, III, b, c, é seguido da relativização exceptiva concernente aos tributos, minuciosamente enumerados, *numerus clausus*, no art. 150, § 1o. As Constituições de outras ordens jurídicas referem expressamente o princípio da irretroatividade, de forma restrita, apenas em relação ao Direito Penal ou Sancionatório (Alemanha, Itália, EUA), quando o fazem, pois não são raras as Cartas que o omitem (Espanha, França etc.), restando aos intérpretes deduzi-lo, no seio do Direito Tributário, da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito, ou da capacidade contributiva. Em contraste intenso, a Constituição da República de 1988 consagra o princípio da irretroatividade como direito e garantia fundamental de todos os cidadãos no art. 5o, XXXVI, novamente de forma expressa em relação à lei penal no art. 5o, XL, e reitera-o no que tange à matéria tributária, no art. 150, III, a. O devido processo legal desdobrasse, na Constituição de 1988, em vários direitos e garantias fundamentais, literalmente expressos, de que são exemplos, entre outros, o direito ao juízo competente, sem tribunais de exceção (art. 5o, XXXVII, LIII); o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5o, XXXV); a garantia de não ser privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5o, LIV); a garantia, em processo judicial ou administrativo, do contraditório e da ampla defesa, assim como dos meios e recursos a ela inerentes (art. 5o, LV); a inadmissibilidade das provas, obtidas por meios ilícitos (art. 5o, LVI); a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5o, LVII)". (DERZI, 2010, p. 58-59).

Ocorre que nesse quesito não assiste razão a autora, já que tanto a Teoria dos Princípios de Dworkin quanto a de Alexy não levam em conta a diferença entre princípios e regras pela sua posição hierárquica, ou importância sistêmica, mas pela sua estrutura lógica, pelo modo em que são aplicados e pela função que desempenham no ordenamento.Assim, o que Derzi chama de princípios, conforme exemplos descritos na nota de rodapé n. 160, poderiam ser classificados nas teorias dos princípios do autor norte-americano ou alemão como regras.

A autora continua enfrentando o desafio sobre o modo de aplicação dos princípios no ordenamento jurídico tributário, e admite a existência de conceitos abertos e indeterminados, rompendo em parte com a clássica tradição positivista do Direito Tributário. O sopesamento e o balanceamento estariam presentes no momento em que as decisões são tomadas, servindo principalmente para:

a) atribuir sentido a algum conceito aberto, no momento em que se deve escolher uma alternativa entre várias possíveis; e

b) para resolver conflitos aparente entre partes diferentes da Constituição, momento em que se deve olhar a Constituição como um sistema unitário (DERZI, 2010, p. 60).

Embora reconheça que sopesar e balancear é ato comum dos juízes e dos intérpretes, a autora mineira aponta os vários riscos que tais procedimentos podem incorrer:

> Existem, entretanto, objeções contra o balanceamento, como argutamente observam MURPHY, FLEMING e HARRIS, a saber:
> 1. ele mascara como o juiz realmente interpreta, pois em geral os julgadores não explicam a escala com a qual eles realmente pesam os princípios e os valores em conflito, nem o peso relativo de cada um;
> 2. ele envolve profundamente o juiz em escolhas políticas, exigindo dele a difícil tarefa de escolher a melhor alternativa, do ponto de vista jurídico;
> 3. ele se presta a erros e uso equivocados encobertos, na medida em que, de um lado, se põe a vantagem marginal de um interesse contra o custo total de um outro. Entre excluir provas obtidas ilegalmente e o custo dessa perda para a sociedade, somente se pode balancear a total vantagem da aplicação da regra excludente – detendo-se a má conduta policial – contra o custo total social de perder evidências probatórias (ver op. cit. p. 311).
> De fato, quando se coloca na balança, de um lado, v.g., a violação, na arrecadação tributária, de um interesse particular, de um direito ou garantia individual de certo contribuinte X e, de outro lado, o interesse superior da coletividade na arrecadação dos recursos dela advindos, a preferência já está antecipadamente demonstrada pela simples escolha desproporcional dos princípios e valores em jogo. Somente se poderia balancear, nesse caso, o peso dos interesses arrecadatórios para a sociedade contra o peso do custo social total da violação de um direito e garantia individual, do desrespeito de um princípio constitucional (de todos os cidadãos, como contribuintes potenciais) (DERZI, 2010, p. 60-61).

Mas qual a solução que a autora apresentaria para reduzir os riscos inerentes ao sopesamento ou balanceamento?

Bem, quanto a isso, já afirmou-se, a autora rompe com a perspectiva do positivismo exegético, e reconhece que o parlamento não possui mais a condição de juiz absoluto sobre o sentido, a extensão e a implementação das normas constitucionais fundamentais. Com a introdução dos tribunais constitucionais essa perspectiva começa a ser questionada. Se em um primeiro momento, os tribunais afirmavam-se como legislador negativo, abstencionista e dependente da mediação legal, em um segundo momento isso se altera.

Para ela, essa perspectiva abstencionista se chocaria com a Constituição de 1988, pois com a implementação do Estado Democrático de Direito, as exigências jurídicas são concretas. As clássicas instituições liberais de governo, tal como a separação de poderes, legalidade e segurança jurídica, não são rejeitadas, mas devem ser consideradas em concorrência com outras instituições necessárias para construção de uma sociedade justa: direitos e garantias fundamentais que devem ser aplicadas de imediato, sem a necessidade da intervenção do Poder Legislativo. Isso faz com que as Cortes Constitucionais tenha poder normatizador reconhecido, especialmente para fazer justiça individual, no caso que lhe é apresentado (art. 5o, LXXI), mas não só (DERZI, 2010, p. 61).

Esta aí o reconhecimento do papel político das Cortes Constitucionais no sentido de assumirem o papel, ou função, de trabalhar garantias e direitos fundamentais de maneira a dar a eles efetividade. É nesse sentido político que Derzi pensa as limitações constitucionais, devendo o judiciário dar as garantias e aos direitos fundamentais do contribuinte ampla eficácia e concretude, independente da existência de normas infraconstitucionais (DERZI, 2010, p. 61-62).

Um primeiro limite ao balanceamento, portanto, parece estar no fato de que as limitações constitucionais devem ser vistas como direitos do contribuinte, e não como argumentação a favor do fisco (DERZI, 2010, p.62). A autora reconhece os problemas inerentes às interpretações em geral, tais como a vagueza e ambiguidade que o intérprete tem ao se deparar com a linguagem normativa, e, também, reconhece os problemas de legitimação democrática na atribuição de papel normatizador das Cortes Constitucionais.

Para solucionar essas questões, Derzi defende que além da perspectiva democrática, da vontade da maioria, a Corte Constitucional tira o fundamento de sua atuação na proteção das minorias e nos critérios dos direitos fundamentais ou da Justiça[161] (DERZI, 2010, p. 63).

[161] A autora aponta que seu posicionamento se dá em concordância do defendido, também, por outros jusfilósofos: "Como registrou DONALD P. KOMMERS (...) em estudo comparativo sobre a igualdade entre a jurisprudência da Corte Constitucional norte-americana e alemã, a democracia não é mais apenas representativa, pois a maioria parlamentar pode legislar de forma tão arbitrária quanto a minoria. Ela se tornou uma democracia constitucional, na qual a atuação das cortes constitucionais é de suma relevância para garantir as minorias (...).

Mas, além disso, baseado nas contribuições dos estudos do cientista político norte-americano Robert Dahl (1957; 2001), Derzi, reconhece que dificilmente a Corte Constitucional estará longe da linha da opinião dominante, "que seria irreal supor que ela pudesse se opor vigorosamente contra a maioria dos 'fabricantes de leis', definidores de importantes pilares da política nacional" (2010, p. 63). Segundo ela, apoiando-se no norte-americano,

> As estatísticas levantadas demonstram que a Corte (nos EUA) demora, em média, quatro anos, para declarar inconstitucional uma lei, contado o prazo a partir de sua publicação; que a renovação da composição da Suprema Corte interfere diretamente nos resultados; e, finalmente, nas ocasiões, aliás raríssimas, em que a Corte interferiu, declarando inconstitucional certa lei importante, logrou, pelo prazo máximo de 25 anos, afastar a política indesejada, pois, na maioria dos casos, "os fabricantes majoritários de leis" em período muito curto, de dois a oito anos, no máximo, voltam a insistir nas mesmas leis, que acabam sendo acolhidas por aquela Corte.
> Sustenta finalmente o citado professor norte-americano que as políticas nacionais, como ocorre nas demais democracias estáveis, é sustentada por alianças relativamente coesas, que duram períodos longos (assim a aliança Jeffersoniana, a Jacksoniana, a dos Republicanos de pós-guerra civil, a de Roosevelt etc.). Afirma, finalmente, que a Suprema Corte é parte dessa aliança, mas não é seu agente. Dentro dos estreitos limites postos na aliança, ela determina a forma constitucional de seu exercício, sua oportunidade, sua efetividade e demais políticas subordinadas. Assim a Corte Suprema não atua (ou atua pouco) contra uma maioria legislativa nacional eficaz, mas ela é mais producente – sendo numerosas as suas decisões – na política secundária ditada para funcionários, agências, governos estaduais ou regionais (DERZI, 2010, p. 63-64).

Pelo que se argumentou, percebe-se que Derzi admite o balanceamento e o sopesamento reconhecendo que o papel da Corte Constitucional não é estritamente democrático no sentido da valorização da vontade da maioria representada pelo parlamento, mas que ele tem um papel contraminoritário e de assegurar os direitos fundamentais. Mas isso não representaria um risco, já que a Corte, em regimes democráticos, dificilmente estaria em posição insustentável perante alianças relativamente coesas. Essa posição requer estudos mais singulares dentro do contexto constitucional brasileiro.

Mas, Derzi, não deixa a Corte livre para tomar suas decisões. Nesse sentido é que além de reconhecer as limitações constitucionais como garantias do contribuinte a serem efetivadas pela Corte, desenvolveu longa tese sobre a proteção da confiança do contribuinte a partir da análise das Modificações da Jurisprudência. Em suma, segundo a autora é preciso reconhecer

---

Esclarece RONALD DWORKIN que: "A teoria constitucional na qual nosso governo se apoia não é uma simples teoria majoritária. A Constituição e, particularmente, os direitos fundamentais são feitos para proteger cidadãos individuais e grupos contra certas decisões que a maioria dos cidadãos pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age em nome daquilo que é considerado o geral ou o interesse comum" (ver Taking rights seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977 Apud MURPHY, FLEMING e HARRIS. Op. cit. p. 169) (DERZI, 2010, p. 64).

que a linguagem pode gerar várias interpretações, mas uma vez que essas interpretações são fixadas, pelos tribunais superiores, dentro das possibilidades que o texto oferece, as expectativas dos contribuintes devem ser resguardadas, sendo que se deve levar em conta a proteção da confiança nas reviravoltas jurisprudências, princípios de aplicação exclusiva em defesa dos contribuintes. Assim, as jurisprudências tornam-se autolimites para a aplicação do direito pelas Cortes Constitucionais (DERZI, 2009).

Não cabe aqui aprofundar na argumentação da autora: o que se conclui, é que embora rompa com a ideia exegética, adotando postura mais flexível e contemporânea acerca dos limites das conceituações determinantes, a autora não admite um vale tudo decisório, criticando a desdiferenciação sistêmica que o sopesamento e balanceamento de princípios poderiam gerar.

Outra questão que a autora se coloca acerca dos princípios, é se devem ser tratos como tipos ou como conceitos[162].

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

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

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

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

Weber (1968) se utilizou do raciocínio tipológico para formar sua teoria do tipo ideal, segundo a qual a sociologia deve captar a "tipicidade" ou a "homogeneidade" dos

[162] Este trabalho não aprofundará na construção do raciocínio que a autora realiza para se chegar à diferenciação entre tipos e conceitos. O que se fará é um apanhado das conclusões mais importantes para compreensão do debate. Sugere-se ao leitor a própria obra da autora (DERZI, 2007). Também, texto deste mesmo autor elaborado em parceria com André Mendes Moreira (2013 e 2013b) trabalha essa perspectiva tendo como marco teórico as teses desenvolvidas pela autora.

fenômenos históricos, tendo como finalidade conferir-lhes tratamento científico. O tipo ideal seria a síntese entre o objetivo e o subjetivo, o particular e o geral, concepção que foi inclusive utilizada pela psicologia, área na qual Carl Jung (2008) se valeu dos tipos psicológicos ideais para seus estudos.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao delimitar espécies, atribuindo-lhes consequências jurídicas, não há a possibilidade de o intérprete graduar ou admitir transições fluidas e contínuas de uma espécie a outra. Exemplificativamente, ou se está diante de um furto ou se está diante de um roubo, não havendo que se falar em um fato que, embora seja apropriação indébita, está mais para roubo do que para furto. Gustav Radbruch (1936, p.166-75) percebeu essa dinâmica a propósito do Direito Penal e afirmou que o relacional não poderia ser mais ou menos, mas sim uma excludente *ou*: ou há a espécie X ou a espécie Y.

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

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

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

No Direito Tributário, Alfredo Augusto Becker é claro adepto do método conceitual-classificatório. Segundo ele, "*uma vez criado o tributo, os intérpretes da lei devem investigar sua verdadeira natureza jurídica*" e "*encontrar o critério objetivo que independa das flutuações subjetivas de cada intérprete*" (1972, p. 332-333). Tal pensamento é defendido como adequado em uma seara cuja finalidade precípua é a transferência coativa do patrimônio privado para o público, ainda que dentro das atuais premissas de solidariedade social típicas do Estado Democrático de Direito.

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

No Direito Tributário, a utilização pelo legislador dos conceitos classificatórios é imposta para fins de segurança jurídica, haja vista a invasão à liberdade e ao patrimônio

individual que essas duas searas do direito viabilizam. Isso não significaria ontologização dos fatos tipos (ou geradores), mas a sua essência é definida a partir dos efeitos que gera (COÊLHO, 1982, p. 221; PINTO, 1950, p. 357; TORRES, 2003, p. 60-61).

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

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

Conforme ensina Leenen (1971, p. 53-54) está-se mais próximo de um conceito se este possuir características necessárias e irrenunciáveis; em havendo características renunciáveis e graduáveis, está-se mais próximo do tipo.

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

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

Em relação aos princípios, Derzi afirmará que eles podem ser "expressos ou implícitos, formulados em normas vagas, altamente abstratas, ou densificados, de maior ou menor concreção, estruturais-fundamentais, acidentais ou periféricos etc" (DERZI, 2010, p. 67). Assim, do ponto de vista dogmático, princípios podem ser conceitos ou tipos:

> Em nosso Direito Tributário, Direito Penal e Tipo (...), admitimos tanto a presença dos conceitos como a dos tipos, prevalecendo, no entanto, no Direito Tributário, graças aos princípios de segurança jurídica, legalidade, especificidade conceitual dos conceitos legais, anterioridade, irretroatividade, rígida discriminação de rendas constitucional etc., a tendência para o raciocínio conceitual classificatório (DERZI, 2010, p. 70).

Derzi é dos poucos tributaristas que enfrenta o desafio da distinção entre princípios e regras, sendo que a maior parte da doutrina reproduz as distinções, muitas vezes de forma automática, acrítica e até mesmo utilizando de forma contraditória as teorias e suas consequências. Além de traçar exatamente o que entende por princípios, a autora discute o seu modo de aplicação.

Em relação aos chamados princípios tributários, Misabel Derzi enfrenta o debate em relação ao chamado princípio da não cumulatividade, e se coloca a questão: regra ou princípio? (2010, p. 768; 2008, p. 304-306).

A não cumulatividade é norma de aplicação que não está restrita ao ICMS (Art. 155, §2º, I, da CF/88) ou ao IPI (Art. 153, §3º, II, da CF/88). Aplica-se a outros relevantes tributos do sistema, tais como as contribuições sociais, PIS/COFINS (Art. 195, §12, da CF/88), e aos tributos de competência residual da União que incidirem sobre o cosumo (Art. 154, I e 195, §4º).

Tendo isso em foco, Derzi afirma que "do ponto de vista da amplitude e da vastidão de sua aplicação, a não cumulatividade é princípio, alicerce, esteio de importante parte do sistema tributário brasileiro" (2010, p. 770). Mas não se trata de um conceito aberto e vago. Está parcialmente densificado na Constituição, "em norma de relativa concreção e núcleo conceitual mínimo, autoaplicável, segundo jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (embora discordemos dessa posição limitativa do princípio)" (DERZI, 2010, p. 770-771).

O núcleo mínimo do princípio da não cumulatividade estaria na permissão constitucional para os contribuintes de direito deduzirem o crédito físico, não sendo possível lei complementar reduzir, mutilar ou deformar esse direito. Eis explicação da autora:

> No RE n. 200.168 (DJ, 22.11.1996), sendo Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, também no mesmo sentido cite-se o RE n. 195.894. DJ, 16.02.2001, já se delineou o posicionamento, que depois foi corroborado pelo Plenário da Corte Suprema – ADIn. n. 2.325-0 – em razão do qual o crédito físico é o núcleo mínimo material do princípio da não cumulatividade, que nem mesmo o legislador complementar poderá afastar. Assim, não é possível à lei complementar reduzir, mutilar ou deformar o crédito físico, núcleo mínimo já especificado na Constituição, dotado de operacionalidade, como norma de eficácia plena e imediata. (DERZI, 2010, p. 771).

Embora tenha um núcleo mínimo, a lei infraconstitucional pode ampliar a abrangência da não cumulatividade, devendo inclusive fazê-lo. Ocorre que essa amplitude não é autoexecutável, sendo dependente de regulamentação por meio de lei complementar, é o caso dos créditos financeiros. Assim conclui a pesquisadora mineira:

> À luz desse entendimento, a não cumulatividade é princípio, portanto, dotado de um núcleo rígido e mínimo, autoexequível (verdadeira regra nuclear), crédito físico, mas suporta ainda uma visão mais ampla, com ele compatível, cuja eficácia, sendo limitada, dependeria da regulamentação, posta em lei complementar, crédito financeiro. Se não houvesse a Lei Complementar n. 87/96, poderíamos sustentar a inconstitucionalidade por omissão do legislador federal.

Os trechos colacionados são importantes para a análise da teoria dos princípios aplicados pela autora. A autora age de maneira coerente com o conceito que expõe de princípios. Sendo para ela, princípios normas nucleares do sistema, a não cumulatividade ganha esse *status* pela sua abrangência e pela sua importância dentro do sistema jurídico, e possui sentido autoaplicável, independente da atuação do legislador.

Em relação a outros princípios, Derzi, também adota o sentido de norma nuclear do sistema. Como exemplo, trata-se agora do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, §1º, da CF 88, cujo teor é o seguinte:

> Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esse objetivo, identificar, respeitados os direitos individuais e os termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Derzi atribui ao princípio da capacidade contributiva todas as prerrogativas das normas fundamentais, sendo, portanto, imodificáveis por meio de emenda à constituição, sendo todas de plena eficácia e de aplicação imediata, conforme preconiza o art. 5º, §1º, da CF/88 (DERZI, 2010, p. 1.090-1.091).

A autoaplicabilidade é o ponto central para se comparar com a solução dada pela autora ao princípio da não cumulatividade. Segundo ela, o princípio "serve de critério ou de instrumento à concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco" (DERZI, 2010, p. 1.092).

Assim, a sua aplicação não pode mais ficar restrita ao viés liberal, abstencionista, já denunciado pela autora. A capacidade contributiva, como princípio, proíbe que sejam fixadas imposições excessivas (confiscatórias) e impede que sejam oneradas as rendas mínimas, devendo o sistema graduar progressivamente as alíquotas (DERZI, 2010, p. 1.092).

Esse é o núcleo mínimo a ser protegido pelo princípio, podendo ser invocado pelo contribuinte que no caso tem sua renda mínima atingida, ou que o imposto a ele fixado represente confisco. Para dar concretude a essa aplicação, Derzi segue os autores que distinguem a capacidade econômica contributiva em objetiva e subjetiva:

> EMILIO GIARDINA (...) explica que a capacidade objetiva absoluta obriga o legislador a tão somente eleger como hipóteses de incidência de tributos aqueles fatos que, efetivamente, sejam indícios de capacidade econômica. Daí se inferir a aptidão abstrata e em tese para concorrer aos gastos públicos da pessoa que realiza tais fatos indicadores de riqueza. (...) Não obstante, a capacidade relativa ou subjetiva refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados

> seus encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto. (DERZI, 2010, p. 1093).

No caso brasileiro, como a competência para instituir impostos já está amplamente elegida, não há liberdade alguma para os legisladores, especialmente municipais e estaduais, inventar novos impostos. Deste modo, a Constituição Federal de 1988 já teria, com exceção da competência residual da União, delimitado a capacidade econômica objetiva em seu núcleo mínimo. Para ela "o princípio da capacidade econômica, no sentido objetivo-absoluto, não é apenas norma autoaplicável, mas de conteúdo já amplamente determinado no Texto Magno" (DERZI, 2010, p. 1.094).

Mas, se de um lado a Constituição já traz o núcleo da capacidade econômica objetiva-absoluta, ainda é necessária a realização da capacidade econômica objetiva-relativa, por meio de uma concreção paulatina, com o advento da lei ordinária da pessoa jurídica competente, ficando as alíquotas e as deduções tributárias (DERZI, 2010, p. 1095).

Em relação à capacidade econômica subjetiva, trata-se de trunfo na defesa do contribuinte, verificado só depois de aplicada a lei, no caso. Há outras implicações do princípio da capacidade contributiva, mas para os fins deste trabalho, essa percepção é suficiente para compreensão de como a autora trabalha com a distinção entre princípio e regras por ela adotada.

Por fim, destaca-se que embora trate princípios como mandamentos nucleares do sistema, há ainda, no pensamento da autora, a atribuição de sentido diverso deste para o termo princípios. É o caso, para exemplificar, da praticidade (2011a, p. 975) e da tipicidade (2011a, p. 1.318). A autora chama-os de princípios, embora se refira conceitualmente a aspectos diferentes de mandamentos nucleares.

Para o termo praticidade a autora se utiliza do conceito de Josef Isensee (1976), para quem praticidade "é o nome que designa a totalidade das condições que garantem uma execução eficiente e econômica das leis" (DERZI, 2011a, p. 975). Desse modo, o sentido de justiça individual e até de igualdade seriam abrandados em nome da praticidade. Não é esse o sentido atribuído pela autora a princípio como mandamento nuclear. O ordenamento jurídico não impõe que as leis sejam baseadas na praticidade. Trata-se mais de uma técnica legislativa do que necessariamente um mandamento nuclear.

O mesmo ocorre com o princípio da tipicidade. A autora apresenta três possíveis sentidos para o termo, o que em si, já o afasta da ideia de mandamento normativo nuclear do sistema jurídico:

a) tipicidade como princípio de metodologia jurídica, opondo-se ao modo de pensar por conceito, apresentado acima;

b) impropriamente designando fato gerador, ligado à ideia de legalidade material rígida; e

c) como instrumento de praticidade (2011b, p. 1.318-1.344). Nenhum desses conceitos refere-se a mandamento nuclear, mas são apresentados pela autora como princípios. Talvez termos diferentes para designar essas realidades fossem mais adequados. Não serão tecidas muitas considerações sobre essa questão neste trabalho.

Outro exemplo de realidade normativa que a autora nomeia como princípio e que requer uma atenção especial é quanto ao chamado princípio da irretroatividade. Segundo a autora o "o princípio da irretroatividade é decorrência normal da natureza das leis, advém da lógica das coisas, da razão e da moral e está na base do princípio da separação de poderes" (DERZI, 2010, p. 255). Prossegue a autora afirmando que

> (...) Como as decisões judiciais são operações internas ao sistema, elas se voltam prevalentemente para o passado, para o input, (...) onde se encontram as leis, os costumes e os precedentes. O futuro é incorporado nas decisões judiciais, sem dúvida, mas somente por meio dos filtros que o legislador já fez em suas escolhas (o operador do Direito colherá os conceitos determinados ou não, abstratos e gerais, mais ou menos tipificados, e os princípios mais ou menos vagos e imprecisos, todos postos nas leis, para deles extrair conceitos de concreção máxima, adequados aos casos concretos). Já o legislador, não obstante, trabalha na periferia do sistema, no presente, voltado prevalentemente para o futuro. Ele pesa, sim, o passado (a tradição, a moral vigente e os costumes, a Constituição que limita o seu domínio) mas as normas, que põe, devem pesar, muito mais ainda, as consequências de toda natureza (políticas, econômicas e sociais) até o fim. Ele está comprometido com o futuro, daí que enuncia, linguísticamente, as normas por meio de conceitos abstratos, mais ou menos determinados, mais ou menos tipificados e em princípios e cláusulas mais ou menos abertos. Tais questões são o suporte do princípio da separação de poderes. (DERZI, 2010, p. 255-256).

O conceito e a percepção sobre irretroatividade estão mais próximos do termo postulado tal como abordado acima para se referir a "elementos sem os quais soçobram a coerência, a integridade e a consistência do Direito, sob o ponto de vista propedêutico de um paradigma científico específico" (CRUZ, 2007, p. 269).

Embora possa caracterizar a irretroatividade como mandamento nuclear do sistema, tal parece ser *conditio sine qua non* para a configuração do sistema jurídico. Tanto é isso, que a autora defende a irretroatividade inclusive dos atos administrativos, das consultas respondidas aos contribuintes e do entendimento normativo extraídos de sentenças judiciais, especialmente de precedentes das cortes superiores. Tal perspectiva não estaria presente, por exemplo, na legalidade, em que o sistema poderia admitir outros meios de veicular a norma tributária, sem

ferir o mandamento nuclear ali exposto. A irretroatividade é condição sem a qual não é possível nem compreender o subsistema jurídico.

4.1.3. Os princípios jurídicos na doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho

Já o professor Sacha Calmon Navarro Coêlho não chega a esmiuçar-se na distinção entre princípios e regras e explicitar os critérios de distinção que o faz nomear determinada norma como princípio ou como regra.

Em 1982, em tese de doutorado, afirmou que

> o que caracteriza os princípios é que não estabelecem um comportamento específico mas uma meta, um padrão. Tampouco exigem condições para se apliquem. Antes, enunciam uma razão para a interpretação dos casos. Servem, outrossim, como pauta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo (COÊLHO, 1982, p. 53[163]).

Já em suas colocações em seu Curso de Direito Tributário Brasileiro, princípios traduzem projeções de direitos fundamentais, devendo ser compreendidos como garantias de direitos fundamentais, "notadamente capacidade, liberdade, dignidade humana, propriedade e igualdade, além de valores republicanos, federalistas e solidaristas" (2014, p. 162).

Na concepção de 1982, princípios compunham o sistema positivo, **além** das normas, ao lado, também, das definições, dos os conceitos e das atribuições (COÊLHO, 1982, p. 50[164]). Assim, o conceito de regra do autor, nesta tese, é o mesmo de norma, no sentido de comando categórico ou hipotético, prescrevendo algo que deve-ser, sendo caracterizado pela descrição de uma conduta devida, autoriza ou proibida.

O problema, é que posteriormente, na atualização do seu pensamento passa a admitir os princípios no sentido de normas, como se verá, mas não atualizada a teoria das normas, gerando o problema que já se identificou em relação a Carvalho. Em contraponto com os princípios, o que faz de um comando normativo uma regra, se na estrutura lógica, princípio e regra possuem a mesma formulação?

Nesse sentido vê-se que a atual percepção de princípios indica que elas são normas hierárquicas do sistema, possuindo caráter fortemente marcado pela fundamentalidade em relação às regras. Em conteúdo, em estrutura e em função normativa não se diferem muito do papel que as regras exercem dentro do sistema.

---

[163] O autor repete essas mesmas afirmações nas edições seguintes da sua obra. Ver, COÊLHO, 2003, p. 63.

[164] Ver nota 163. Além disso, vale acrescentar que o autor desenvolve sua teoria da norma fortemente baseada nos argumentos de Hart, desenvolvidas em o Conceito de Direito (1968).

O que se percebe de fato é que o autor trata os princípios constitucionais como nucleares do sistema normativo. Há um esforço discursivo para reafirmar e reforçar o caráter autoexecutório dos princípios, adotando, fortemente influenciado pelas lições de Canotilho, a ideia de que princípios vinculam o legislador de maneira impositiva, são diretrizes materiais permanentes vinculando positivamente todos os órgãos estatais responsáveis pela concretização das normas constitucionais e são entendidos, também, como limites negativos a justificar censura sob a forma de inconstitucionalidade (COÊLHO, 2014, p. 163).

Fica clara que nenhuma das concepções contemporâneas de princípios, especialmente as desenvolvidas por Alexy ou por Dworkin, são aqui trabalhadas. O mais central parece ser a ideia de princípios como limitações constitucionais ao poder de tributar. Eis:

> Os princípios constitucionais tributários e as imunidades (vedações ao poder de tributar) traduzem reafirmações, expansões e garantias dos direitos fundamentais e do regime federal. São, portanto, cláusulas constitucionais perenes, pétreas, insuprimíveis (art. 60, § 4º, da CF).

Essa percepção fica ainda mais clara quando o autor maneja e explica o conteúdo normativo dos princípios. Abordando, por exemplo, o princípio da legalidade afirma que "tanto quanto o Direito Penal, o Direito Tributário registra, ao longo de sua evolução histórica, a luta indormida dos povos para submeter o poder dos governantes ao primado da legalidade" (COÊLHO, 2014, p. 173).

E o caracteriza como uma ordem normativa para que a tributação não seja decidida pelo chefe do governo, mas sim "pelos representantes do povo, livremente eleitos para fazer leis claras" (2014, p. 173). Aponta-o como fundante de outros princípios, tais como a tipicidade e a legalidade.

Afirma que no direito português a primeira manifestação do princípio da legalidade se deu com a regra de criação de impostos só com o consentimento das Cortes de Coimbra (COÊLHO, 2005, p. 337-338). Além da perspectiva de princípio como ponto fundamental do ordenamento, parece encará-lo como postulado a ser verificado em cada norma a ser produzida pelo ordenamento.

Quando toma-se, como exemplo, o princípio da não surpresa do contribuinte, o autor mineiro apresenta-o como de fundo axiológico, "valor nascido dos povos de conhecerem com razoável antecedência o teor e o *quantum* dos tributos", podendo se realizar principalmente de quatro maneiras no direito:

a) pelo princípio da anualidade, devendo constar na lei orçamentária ou ânua;

b) pelo princípio de postergação genérica da eficácia das leis fiscais;

c) pelo princípio da espera nonagesimal; e

d) pelo princípio da anterioridade fiscal em relação ao exercício de sua cobrança (COÊLHO, 2014, p. 214).

Nesse sentido, princípio, também, é compreendido como o valor compartilhado por diversas normas, sejam elas princípios ou regras. É aquele ponto em comum, que unifica, sistematiza o direito, no caso, a proibição da surpresa tributária. É um mandamento que deve guiar o intérprete no momento de aplicar a norma ao caso.

Logo, em relação ao pensamento do professor titular da UFRJ, princípios se distinguem das regras por serem assim considerados:

a) princípios referem-se a proposições normativas fundamentais do sistema jurídicos; e

b) princípios referem-se ao valor subjante às normas jurídicas. O papel principal do princípio é a limitação do poder estatal em relação ao contribuinte, servindo os princípios ao intérprete, na medida em que lhe apresenta os postulados que devem ser respeitados para a concretização da norma, apresentando-se como critérios limitadores da atividade estatal.

Mas deve-se advertir o leitor para o fato de que a teoria descrita segue sendo aplicada sem rigor nos textos esparsos do autor. Por exemplo, ao ser questionado sobra qual a natureza jurídica da não cumulatividade, princípio ou regra, responde que não cumulatividade tornou-se princípio constitucional a partir da Emenda n. 18, de 1965, alterando a Constituição de 1946, sendo antes considerado como princípio infraconstitucional, disposto nas Leis nº 297/56 e 4.502/64, art. 25 (COÊLHO, 2009, p. 498).

O autor não se dedica, no referido artigo, a responder o que ele considera como princípio. Logo, considerando as contribuições acima elencadas, a conclusão a que se pode chegar é que há uma contradição entre a ideia de princípio infraconstitucional com o que ele considera como princípio. Isso leva a concluir não que o autor desconheça a teoria dos princípios, mas que simplesmente não adota o termo princípio com o rigor que teóricos do direito poderiam exigir. O que, claro, não compromete absolutamente a mensagem que ele se propõe a transmitir.

Em relação à capacidade contributiva, o autor a considera dentro do princípio da igualdade, tendo por conteúdo evitar privilégios, determinando ao legislador a crítica e vigilância social, e ao julgador a missão de sedimentá-la ao longo da *práxis*. Adota, também, a concepção do princípio como mecanismo de defesa do contribuinte perante o judiciário, que deve agir quando o poder tributário invadir a subsistência do contribuinte ou quando a lei

promover privilégios, e em relação ao legislador trata-se de limitação, não podendo instituir tributos que firam a igualdade, e de imposição, com o dever de distinguir os diferentes. (COÊLHO, 2014, p. 231-235). A capacidade contributiva, por tanto, seria o critério tributário para satisfação do princípio da igualdade.

4.1.4. Os princípios jurídicos na doutrina de Hugo de Brito Machado

Hugo de Brito Machado reconhece, também, a existência de diversas teorias acerca da distinção entre regras e princípios. Afirma o autor que "não há, é certo, consenso doutrinário em torno da questão de saber o que é um *princípio jurídico*" (2012, p. 57). Ele adota a concepção que nomeia de positivista, concepção para a qual princípios são nada mais do que normas, distinguindo-se das demais pela sua importância para o sistema jurídico, e baseia-se, segundo ele no critério da generalidade:

> Assim, utilizamos a palavra "princípios" para designar também as normas dotadas de grande generalidade, embora tenham a estrutura própria das regras. Nós as qualificamos como princípios simplesmente pelo critério da maior generalidade. Por isto mesmo, porque dotados de estrutura própria de regra jurídica, tais princípios não podem ser relativizados (MACHADO, 2010, p. 36).

Os princípios, desse modo, são compreendidos pelo autor por serem a própria estrutura do sistema jurídico, constituindo-se, na esteira do aqui já defendido pelo demais tributaristas, como vetor do sistema. Para ele, tal como para Bandeira de Mello, desobedecer a um princípio é ainda mais grave do que desobedecer a uma regra (MACHADO, 2012, p. 57).

O autor não tece muitas considerações sobre o modo de aplicação ou sobre o debate existente acerca da distinção. O que se pode concluir é a adoção do critério da importância para o sistema jurídico, mais do que a importância da generalidade, e a concepção de que do ponto de vista estrutural regra e princípios são a mesma coisa, inclusive, sendo chamado por ele de regra, conforme trecho colacionado, sendo sua característica eminente, o fato de não poder ser relativizado. Isso o coloca em total discordância das perspectivas contemporâneas das teorias dos princípios[165] (MACHADO, 2010, p 52).

[165] Para os que qualificam como princípio a norma de estrutura aberta, também denominada mandato de otimização, os conflitos entre princípios jurídicos não são resolvidos pela prevalência de um sobre o outro, mas pelo sopesamento entre eles, de sorte que a relativização do alcance do princípio permite a convivência. Entretanto, quando qualificamos o princípio pelo critério da generalidade, como fazemos neste Curso, e incluímos nessa espécie de normas algumas que seriam regras pelo critério da estrutura, essa relativização é inadmissível. Por isto devemos rejeitar prontamente qualquer tentativa de relativização, por exemplo, da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. (MACHADO, 2010, p. 52).

Além disso, vê os princípios como limitadores da atuação do Estado, sendo muito claro a esse respeito:

> Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte.
> Aliás, o Direito é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a supremacia constitucional, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do cidadão contra o Estado. Não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão. (MACHADO, 2010, p. 37).

O autor nesse sentido é expresso em não admitir a invocação pelo Estado do princípio, contra o cidadão. Trata-se, nessa visão de um trunfo do contribuinte, de natureza eminentemente individual.

Haveria, porém, possibilidade de se admitir de alguma maneira a adoção de princípios, tal como o princípio da igualdade tributária a favor do fisco? Pelo texto transcrito parece que Hugo de Brito Machado não admitiria tal possibilidade.

Um caso que colocaria em xeque essa tese seria o debate desenvolvido na ADI 3.260/RN, em que se questionou a validade de um dispositivo de lei estadual, do Rio Grande do Norte, que concedeu isenção aos membros do Ministério Público, inclusive os inativos, para o pagamento de custas judiciais, notariais, cartorárias e quaisquer outras taxas e emolumentos.

Como é de se supor, o exame da constitucionalidade da lei levou a nada mais nada menos do que à declaração de sua inconstitucionalidade por flagrante desrespeito ao princípio da igualdade tributária e instituição de odioso privilégio.

Ora, desse modo o princípio da igualdade não seria invocado a favor do fisco? Pois bem, o autor não encara essa questão, mas poder-se-ia responder alegando que tal invocação se deu em sede do que se tem chamado de controle concentrado de constitucionalidade, em que se discutiu a validade da lei como um todo, e não do ponto de vista da geração de deveres e direitos individualizados para que o magistrado tomasse uma decisão. A decisão seria, nesse sentido, *erga omnes*.

Não seria razoável supor que o fisco alegasse o princípio da igualdade tributária para afastar um benefício sem, contudo questionar a validade da legislação como um todo. A alegação seria pré-constitutiva do direito individual, e se remeteria à discussão da validade da lei. Tratar-se-ia de uma discussão jurídica que envolvesse a conformidade da lei ao ordenamento, e não uma discussão individualizada, sobre o direito do contribuinte ao benefício.

Assim, ao se declarar a lei que concede o benefício como uma lei inconstitucional, o intérprete mantém o ordenamento jurídico como antes, ou seja, com a cobrança do devido tributo. Ocorre que tal lei que concede benefício não poderia ser afastada somente para aquele caso, levando em conta outros atributos do contribuinte que não aqueles previstos na lei.

Outros dois sentidos também podem ser dados a perspectiva defendida pelo autor. O primeiro deles é de que o princípio da igualdade tributária não pode ser alegado pelo próprio contribuinte para que lhe seja imposto um dever de tributar, já que uma vez que ajuizasse uma ação neste propósito, a causa seria julgada improcedente por falta de pretensão resistida. O segundo deles, é que o limite da igualdade tributária é invalidar benefícios tributários, que requerem já lei anterior que cria ou aumenta tributos, mas nunca criar ou aumentar tributos que a lei antes não tenha estabelecido, por uma questão de igualdade.

Suponha-se que a lei estabeleça que somente os homens devam pagar tributos. A igualdade tributária só pode ser alegada para invalidar a lei por ofensa a igualdade, nunca para estender seus efeitos às mulheres. É claro, que tais considerações são especulações sobre a extensão do que o doutrinador tributário teria a pretensão de dizer[166].

Tomando como exemplos os já mencionados princípios acima, discute-se agora como o autor aplica essa perspectiva na construção do sentido de cada princípio tributário que ele apresenta. Eis o caso da não cumulatividade, questão que o autor enfrenta diretamente e serve bem para os propósitos aqui colocados.

Na sua interpretação, a não cumulatividade é um princípio quando enunciado de forma genérica, tal como está inscrito na Constituição, e restrito ao IPI e ICMS. Mas o texto constitucional não estabelece a técnica, que é o modo pelo qual o princípio é executado. (MACHADO, 1999, p. 133; repetido em 2009, p. 201-202).

Para ele, porém, "em relação a outros tributos não se pode falar em princípio, ao menos no sentido de garantia constitucional" (MACHADO, 2009, p. 202). Isso porque, nesses casos, a Constituição não enuncia como se processará o princípio, ainda que de forma genérica, tal como no caso do IPI e do ICMS.

Em relação à capacidade contributiva, o autor ressalta que a Constituição Federal, de 1988, reestabeleceu norma consagrada na Constituição de 1946, estipulando a garantia do contribuinte de que os impostos seriam pessoais e graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, conforme o art. 145, §1º, já descrito acima.

[166] Debateu-se com mais profundidade essa questão no tópico 5.1.2 A superabilidade das normas jurídicas no Direito Tributário.

O autor nesses dois casos apresentados não parece desenvolver critérios coerentes para a consideração de um texto normativo como princípio. Eis que no caso da não cumulatividade, o mero fato da não cumulatividade não ser descrita no caso do PIS/COFINS ou impostos residuais, não se poderia considerá-la como princípio. Já no caso da capacidade contributiva o autor defende que embora o texto constitucional mencione somente os impostos, o princípio deva ser aplicado, também, para qualquer tributo (MACHADO, 2010, p. 45).

Além disso, embora considere que os princípios só possam ser invocados pelos contribuintes, no caso da capacidade contributiva, o autor faz uma ressalva:

> Questão delicada consiste em saber se, havendo a Constituição consagrado expressamente o princípio da capacidade contributiva, ou, mais exatamente, o princípio da capacidade econômica, a lei que concede isenção de tributo fere, ou não, tal princípio.
> Em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, posto que não fere o princípio em estudo. Em se tratando, porém, de imposto sobre o patrimônio, ou sobre a renda, cujo contribuinte é precisamente aquele que se revela possuidor de riqueza, ou de renda, aí nos parece que a isenção lesa os dispositivos constitucional que alberga o princípio em referência (MACHADO, 2010, p. 45-46).

Isso porque, embora, segundo o autor, existam regras que estimulem o desenvolvimento econômico e social (art. 170), autorizando isenções ou tratamentos tributários diferenciados, disposições isentivas que não visem favorecer contribuintes de pequeno potencial econômico não podem ser validadas. Dá-se, como exemplo, isenções fiscais concedidas, especialmente ema longo prazo, para empresas no nordeste do país[167]. Essa contradição é amenizada pelo do fato do autor compreender que a capacidade contributiva é princípio, que a rigor, é direcionado ao legislador, na produção da norma, assim deve seguir, tal como o princípio da solidariedade social, os rigores do princípio da legalidade (MACHADO, 2010, p. 51).

---

[167] Misabel Derzi enfrentou esse debate de maneira diversa, apresentando solução mais coerente à postura de Machado ao defender que os princípios são garantias pro contribuinte. Em *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (2010, p. 633 em diante), defendeu a impossibilidade jurídica de se utilizar o IPI para tributação diferenciada do açúcar entre produtores do Norte/Nordeste e do Sul/Sudeste***.** Para ela as isenções concedidas pela Lei n. 8.393/91 e Decreto federal n. 420/92 a determinados empresários ou produtores seriam inconstitucionais. Ocorre que a fundamentação da autora não tem sido discutida sob o império do princípio da capacidade contributiva, mas sob o império de outros princípios, como a igualdade ou princípios que afetem a unidade econômica territorial. A solução, para favorecer o contribuinte, não seria retirar o benefício, mas estendê-lo. Só a título de curiosidade, o STF compreendeu serem constitucionais as isenções criticadas por DERZI. Nesse sentido, ver o RE n. 344.331- Pr. Relatora: Min.ª ELLEN GRACIE. 1a Turma. Julgado em 11.02.2003; RE-AgR-Pr n. 480.107. Relator: Min. EROS GRAU. 2a Turma. Julgado em 03.03.2009; AI-AgR n. 360.461. Relator: Min. CELSO DE MELLO. 2a Turma. Julgado em 06.12.2005; AI-AgR n. 630.997-MG. Relator: Min. EROS GRAU. 2a Turma. Julgado em 24.03.2007.

Isto posto, considerações sobre o princípio constitucional da solidariedade social seria interessante para se compreender a conceituação e aplicação dos princípios pelo pesquisador cearense. Embora possa parecer contraditório, o autor logo explica. A solidariedade é um princípio, e tem força normativa, devendo a sociedade e o Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária, tal como previsto no art. 3º, inc. I, da CF/88. Porém, "coloca-se, então, a questão de saber se esse princípio deve ser entendido de modo que implique restrições a outros princípios constitucionais destinados a garantir o contribuinte contra o arbítrio do Estado – entre eles o princípio da legalidade" (MACHADO, 2010, p. 50).

Para essa questão a resposta do autor é a seguinte:

> Há quem sustente que o princípio da solidariedade é hoje – e continuará sendo nos próximos anos – tão importante quanto o princípio da legalidade tributária foi nos últimos. Não nos parece, porém, que seja exatamente assim. É inegável a importância da solidariedade, mas ela deve ser praticada especialmente no gasto público.
> (...)
> A tese que coloca o princípio da solidariedade como fundamental na atividade de tributação é extremamente sedutora e perigosa. É sedutora porque apresenta a solidariedade como algo moderno e a legalidade como algo antiquado e inseparável do individualismo. É perigosa porque tende a destruir as mais importantes conquistas da Humanidade no controle do exercício do Poder Estatal. (MACHADO, 2010, p. 50).

Essa compreensão se justifica pelo fato do autor considerar a existência de princípios que são voltados exclusivamente para a análise do legislador infraconstitucional, tal como a capacidade contributiva. Embora não explique o que venha a ser isso exatamente, parece se referir à competência para balancear esses princípios. Não compete ao judiciário e ao cidadão interpretar qual o grau de solidariedade aquela lei deveria promover. O que judiciário e cidadão pode fazer refere-se somente ao questionamento da validade da lei, baseado em critérios de "ou é válida, ou não é válida". Balancear o grau de capacidade contributiva, ou de solidariedade é competência exclusiva do legislador.

O autor não debate a fundo essas questões, de modo que não se pode compreender exatamente a que o autor se refere, quando informa que tais princípios são, a rigor, direcionados ao legislador. Mas pela concepção da obra, e das qualificações dos princípios por ele adotada parece ser nesse sentido que se defende aqui.

Em relação aos autores estudados, as mesmas objeções realizadas à teoria dos princípios adotada por Paulo de Barros Carvalho podem aqui ser repetidas. Nenhum deles se detém em conceituar regras de maneira comparativa com os princípios, sob o enfoque

funcional. Mesmo Carvalho (1974) e Coêlho (1982) que possuem obra aprofundada sobre a teoria da norma do direito, não o fazem.

Assim, repetem-se as perguntas lá realizadas: qual a função da distinção para fins de solução de conflitos, uma vez que em todos os casos o juiz acabaria tendo que reformular os enunciados jurídicos no esquema de norma fato-consequência?

As distinções apresentadas pelos autores não são inúteis. Para a compreensão do ordenamento do ponto de vista teórico faz sentido e mais esclarece do que obscurece. O problema é do ponto de vista funcional para teoria do direito e para a teoria da decisão, áreas importantes especialmente em razão da afirmação de que o direito tributário é rígido se comparado com os demais ramos. Para o fim de compreensão do Direito Tributário pela teoria do direito e para a teoria da decisão, a distinção não tem relevo.

4.2 Princípios como mandamentos nucleares do sistema, a adesão a pressupostos contemporâneos e a rejeição da ideia de princípios exclusiva ou preponderantemente como limitações constitucionais ao poder de tributar

Os dois principais autores que serão aqui abordados são Ricardo Lobo Torres, que mais profundamente inovou com a adesão à Teoria dos Direitos Fundamentais, e Marco Aurélio Greco, que pretende uma releitura do Direito Tributário sob o aspecto de uma visão mais compatível com o Estado Democrático de Direito, levando em conta o Estado-Aparato e o Estado-Sociedade Civil.

Tanto um quanto o outro defendem, de modo geral, princípios como mandamentos nucleares do sistema, mas rejeitam a perspectiva que limita ou dá preponderância ao entendimento dos princípios pelo seu papel de limitação constitucional ao poder de tributar. Os autores reconhecem um papel positivo dos princípios e ampliam sua interpretação e aplicação na solução das controvérsias jurídicas.

É preciso reforçar que até mesmo os autores, abordados no tópico 4.1 A doutrina tributária moderna: Princípios como mandamentos nucleares do sistema e as limitações constitucionais ao poder de tributar, reconhecem um papel positivo na interpretação dos princípios, mas aqueles autores focam principalmente no papel limitador ao poder de tributar dos princípios, enquanto Ricardo Lobo Torres e Marco Aurélio Greco atribuem aos princípios uma interpretação ampla, sendo utilizando inclusive a favor do fisco na resolução de controvérsias judiciais.

4.2.1 Os princípios jurídicos na doutrina de Ricardo Lobo Torres

Ricardo Lobo Torres é fortemente influenciado pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2007): importa para a dogmática nacional tanto a ideia de mínimo existencial[168] e de ponderação. Todas as duas serão relevantes para a análise do pensamento do autor e sua compreensão. A influência da teoria alexyana não significou, porém, a sua importação de maneira completa, havendo forte sincretismo, como se demonstrará.

O autor inclui os princípios tributários dentro do conjunto de princípios gerais do direito financeiro, caracterizando-os, sob influência da teoria de Miguel Reale, como enunciados genéricos que têm por função informar a criação, a interpretação e a aplicação de normas jurídicas que tenham conteúdo financeiro, e por consequência, conteúdo tributário. Inclua nesse conceito tanto os enunciados genéricos voltados para os direitos individuais, quanto as diretivas e objetivos, que se poderia nomear de *policy*, tendo em vista o caráter prático do direito financeiro (TORRES, 2013, p. 87[169]).

Nesse ponto, percebe-se a adoção de duas perspectivas:

a) a noção tipicamente moderna de princípios; e

b) a incorporação da visão alexyana de princípios, englobando tanto direitos individuais quanto sociais.

Em sua concepção os princípios podem ser encontrados:

a) expressamente na Constituição, tal como o princípio da capacidade contributiva;

b) expressamente na legislação infraconstitucional, tal como a proibição de analogia, prevista no art. 108, §1º, do CTN; e

c) implicitamente, extraídos não de uma dicção normativa, tal como o princípio da proteção da confiança (2013, p. 87).

---

[168] Para Torres, os direitos relacionados ao mínimo existencial são definitivos e não apenas direitos *prima facie*, associando o mínimo existencial aos direitos sociais fundamentais (TORRES, 2009, p. 83). Nítida a influência de Alexy nesse aspecto. É possível compreender essa distinção na medida em que se entende a divisão que Torres faz entre direitos sociais. Para eles há os chamados direitos sociais gerais e os direitos sociais fundamentais. Enquanto os primeiros dependem de políticas públicas para se concretizarem (direitos *prima facie*), os segundos são plenamente possíveis de serem judicializados (noção de definitividade). Assim, a reserva do possível só seria atribuída aos direitos sociais gerais, e não os direitos sociais fundamentais, aplicáveis integralmente. (TORRES, 2009).

[169] O autor repete na 29ª ed de seu Curso de Direito Financeiro e Tributário os mesmos conceitos desde a 2ª ed, de 1991. Não se encontrou a primeira edição para se conferir. Mas, com a análise da 2ª edição em comparação com a atual, é possível perceber que o autor não alterou sua posição no curso acerca dos conceitos aqui explicados.

Em seu Curso, Torres defende que os princípios possuem força normativa, ao contrário dos valores, que embora impactem o ordenamento, estão fora dele. Assim, estariam a meio passo entre os valores e as regras, não se confundindo, porém. Seria o primeiro passo para a concretização dos valores. Além dessa diferenciação realizada, o autor atribui aos princípios características da generalidade e da indeterminação (2013, p. 89).

Mais uma vez, pelas descrições suprarrealizadas, pode-se notar que é possível incluí-lo dentro da perspectiva moderna em relação à distinção. Porém, ao contrário dos demais autores vistos anteriores, Torres enfrenta o problema da aplicação dos princípios por meio da admissão da ponderação, reconhecendo nos princípios dimensão de peso (TORRES, 2013, p. 89). Quanto a esse aspecto, trata-se a seguir.

A regra, por sua vez, "ocupa o lugar seguinte no processo de concretização do direito financeiro, subordinando-se sucessivamente ao subprincípio, ao princípio e ao valor" (TORRES, 2013, p. 89-90). Possui maior concretude e pouca abstração, tendo por papel a atribuição de direitos e deveres. Como toda e qualquer regra é geral, bilateral, coercitiva, desdobrando-se em hipótese e consequência, aplicando-se pela maneira da subsunção, modo que não admite o consequencialismo (TORRES, 2013, p. 90; 2010, p. 23).

O grau máximo da concretude se dará com a sentença do juiz, fixando os direitos e as obrigações das partes, realizando, supostamente, a justiça e a paz.

Torres equipara os princípios aos valores no sentido de que tanto um quanto o outro são plurais, e as ordens, jurídicas e morais, não se sujeitam a um só, sendo que diversos deles serão descobertos e proclamados no curso da história. Assim, defende que os princípios devam operar de maneira equilibrada, embora reconheça que o equilíbrio é sempre dramático, exigindo a ponderação. Onde não há equilíbrio, impera a desestruturação da ordem jurídica e a revolta fiscal (2013, p. 90).

Essa situação de revolta fiscal ocorre quando há de fato uma antinomia entre princípios tributários, que se caracteriza pela proteção de valores contraditórios, tal como a propriedade e a solidariedade social. Segundo ele, por terem princípios contraditórios, a Constituição alemã de Weimar, e a Constituição Brasileira de 1946 tiveram vida curta. A Constituição de 1988 procurou uma saída para essas situações, incorporando vários princípios, que embora já existentes, careciam de eficácia jurídica pela sua não explicitação no texto constitucional (TORRES, 2013, p. 166).

Assim, com a Constituição de 1988, institucionalizaram-se formas de resistência à injustiça, com vários mecanismos processuais de defesa dos direitos fundamentais, que, assim

com os princípios, passam a ser dotados de eficácia normativa, vinculando legislador, administrador e juízes (TORRES, 2013, p. 91; p. 166).

A eficácia dos princípios possui natureza diversa da eficácia das regras. Estas possuem eficácia atributiva de direitos e deveres, e aqueles possuem eficácia de normatividade plena.

Em relação à atividade do juiz, a eficácia restringe-se, na opinião do autor, à eficácia negativa, pois ao judiciário não foi transferida a competência de "criar casuisticamente regras de positivação dos princípios", embora não se limite mais a ser mera norma de integração de lacunas, mas projeta efeitos na interpretação e criação do direito financeiro (TORRES, 2013, p. 91).

O mais curioso é que se de um lado, descrevendo sua teoria do mínimo existencial (2009), essa conclusão parece ser compatível, já que só os direitos sociais fundamentais possuem exigibilidade mínima perante o judiciário, enquanto os direitos sociais gerais dependem de políticas públicas, por outro, a adoção da argumentação baseada na ponderação acaba permitindo que casuisticamente sejam criadas regras para positivação de princípios[170].

No que concerne à eficácia dos princípios sobre a atividade legislativa, os princípios não a informam de maneira unívoca, mas com uma pluralidade de opções para sua concretude (TORRES, 2013, p. 91).

Assim, quando as contradições entre princípios se aguçam, tornando-se insuperáveis, a solução é a revolução fiscal. Mas, há muitas antinomias que são meramente aparentes, sendo resolvidas por meio da ponderação, sendo que competirá ao intérprete dar maior peso ao princípio que melhor resolve a questão do ponto de vista valorativo, sem, contudo, resultar a eliminação do princípio de menor peso, que em outros casos poderá ser reconhecido como de maior peso (TORRES, 2013, p. 167).

Embora defenda, em seu Curso de Direito Financeiro e Tributário (2013) a perspectiva supramencionada de atuação negativa do judiciário, Ricardo Lobo Torres em outros escritos defende a possibilidade da argumentação consequencialista, argumentação que se fortalece na medida em que o intérprete entenda necessário a proteção dos direitos fundamentais, especialmente aqueles voltados para a proteção do mínimo essencial[171], constituindo-se esse como conteúdo irredutível e intangível da dignidade humana (2009, p. 149).

---

[170] Essa conclusão, extraí-se tendo em vista que as obras do autor parecem não ter conexão. Em seu Curso de Direito Financeiro e Tributário, por exemplo, o autor fala de ponderação de forma muito breve, não sistematicamente ligada à distinção que faz entre princípios e regras. No texto em que discute a ponderação, Torres (2010) simplesmente aborda de forma superficial a distinção entre princípios e regras, de modo que é difícil saber como o autor correlaciona essas questões.

[171] Os direitos fundamentais nessa perspectiva são vistos de maneira restritiva. Sob essa perspectiva ver Alves (2013).

O fundamento desta argumentação estaria no próprio sistema jurídico ligado ao que ele chama de Estado Ponderador[172], baseado em valores e princípios:

> O Estado Democrático de Direito dos nossos dias vai se caracterizando como Estado Ponderador. É o Estado da Sociedade de Risco, que pondera permanentemente entre valores e princípios jurídicos, seja no momento da legitimação do ordenamento, seja no da aplicação do direito, inclusive na via da judicialização das políticas públicas. (TORRES, 2010, p. 21).

Por esse entendimento, o juiz deve recorrer ao raciocínio custo/benefício ou de ponderação de políticas para complementar e integrar o ordenamento (TORRES, 2010, p. 22).

O consequencialismo não seria compatível com normas de validação condicional, no estilo "se x ... então y". Depende, portanto, da estrutura normativa em que a decisão judicial se baseará, para ser admitido. Para ser aplicado deve desenvolver-se baseado em normas de validação finalista, "que se abrem para a prognose e a determinação de finalidades", utilizando se de raciocínios "ou...ou", "mais ou menos"[173]. Também, estaria autorizado no caso em que as consequências jurídicas da norma não explicitassem todas as suas possibilidades. Deste modo, conclui o autor, no direito tributário tal argumentação seria possível principalmente nas contribuições sociais e econômicas, normas de validade finalísticas (TORRES, 2010, p. 23).

Uma vez fixados os pontos fundamentais da teoria dos princípios adotados pelo autor, cumpre-se analisar o princípio da capacidade contributiva:

> A capacidade contributiva se subordina à ideia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das "regras de ouro" para se obter a verdadeira justiça distributiva. Existe igualdade no tributar cada qual de acordo com a sua capacidade contributiva, mas essa tributação produz resultados desiguais por se desigualarem as capacidades contributivas individuais (TORRES, 2013, p. 93).

Para ele, além dos princípios, há os subprincípios[174] que se vinculam aos princípios, mas situam-se em etapa seguinte da concretização dos valores, sendo que no caso da

[172] Ver, também, TORRES, 2008, p. 93-105.
[173] Tal como o modo de raciocinar por tipos, descrito pelo próprio autor em seu artigo "*O princípio da tipicidade no Direito Tributário*", 2008, p. 135-185; sobre o mesmo assunto Torres, 2004.
[174] Torres não traz uma definição do que, para ele, seria subprincípio. Mas pelo contexto, subprincípios seriam normas de caráter principiológico que vinculam-se a outros princípios a ele superiores, os quais concretizam valores, densificando-os em alguma área ou setor do Direito. Os subprincípios seriam especificações mais densas, mas ainda sendo princípios, de um princípio mais geral e abrangente.

capacidade contributiva, pode-se citar a progressividade, proporcionalidade[175], personalização e seletividade.

O autor não atribui ao princípio da capacidade contributiva ampla autorização para o fisco tributar. Reconhece que o princípio deve ser mitigado frente aos princípios da legalidade, retroatividade, e a própria proibição de confisco entre outros, o que se dará por meio da ponderação (TORRES, 2013, p. 95-96).

Em relação ao princípio da não cumulatividade, entre as referências pesquisadas, encontrou-se a simples descrição do que é a não cumulatividade, sem qualquer discussão sobre sua natureza principiológica, ou seu modo de aplicação (TORRES, 2013, p. 388; p. 417).

Ainda, para finalizar o estudo do pensamento deste autor, cabe um pequeno apontamento sobre o princípio da legalidade. O autor discute se a legalidade é regra ou princípio, debate que faz principalmente por influência de Ávila. Para ele há uma dificuldade em se caracterizar legalidade como regra ou princípio, sendo que a própria noção de legalidade é incompleta, haja vista as dificuldades dos próprios tribunais em determiná-la (TORRES, 2003, p. 70).

Mas o autor, embora se refira à dificuldade de encaixá-la em um ou outro conceito, assume a posição principiológica da legalidade, especialmente pelo fato de considerá-lo cardeal no Estado de Direito, concluindo ser princípio de mão dupla: vincula a administração, que só pode agir se autorizada, mas obriga o contribuinte, que fica proibido de abusar do planejamento tributário. (TORRES, 2003, p. 70-71).

O mais curioso é que entre os subprincípios da legalidade o autor inclui além da reserva da lei e do primado da lei, o subprincípio da supremacia da Constituição, sendo que para alguns autores trata-se de verdadeiro sobreprincípio (CARVALHO, 2011) ou de postulado (CRUZ, 2003).

Embora Torres tente incorporar as contribuições do direito alemão à doutrina brasileira, a abordagem fica muito sincrética e pouco útil.

Primeiro porque ao trazer a ideia de ponderação e proporcionalidade, o autor não refaz as bases da teoria tributária, o que gera incompatibilidade entre conceitos, tal como a ideia de atuação negativa do judiciário com a ideia de ponderação.

Segundo, a ideia de ponderação apresentada pelo autor é muito menos rigorosa que a metódica alexyana. Se em Alexy a ponderação já recebe severas críticas de ser uma teoria

[175] Para a abordagem que o autor faz sobre proporcionalidade, ver Torres, 2013, p.47 e segs.

valorativa, marcada pelo decisionismo e pelo subjetivismo, o modelo consequencialista defendido pelo autor é ainda mais subjetivo.

E terceiro, o autor não aborda de forma exemplificativa como propõe a aplicação da argumentação baseada na ponderação, deixando no ar inúmeras dúvidas, inclusive sobre como encarar os princípios: como limitações ao poder de tributar? Embora pareça que o autor não defenda essa perspectiva, isso não fica tão claro no tratamento da questão principiológica.

Destaca-se um mérito importante: o fato do autor ter se preocupado em definir o que ele considera como regra jurídica. Isso parece ser irrelevante, mas o que se viu até o momento é uma preocupação dos autores em definir o conceito e o conteúdo dos princípios tributários.

Porém, uma vez que princípio e regra são considerados normas, ou seja, considerados proposição jurídica que faz previsão de comportamentos-tipo, com força cogente, que é exercida sempre que o sujeito passivo encontra-se em situação real que se compatibilize com a situação hipoteticamente descrita, seja considerando-a como regra-matriz ou hipótese de incidência, é de se reconhecer que tanto princípio quanto regra terá a mesma estrutura.

Logo, o que de fato diferencia ambos? Se princípio é o mandamento nuclear, e a sua peculiaridade não é ser ontológica ou funcionalmente diferente das regras, o que pode ser considerado como regras tributárias? Embora trate do tema, tem-se que a solução ainda não é adequada.

4.2.2 Os princípios jurídicos na doutrina de Marco Aurélio Greco

Apresentando enfoque diferente do que foi abordado pelos autores acima expostos, Marco Aurélio Greco apresenta os princípios como uma realidade distinta das limitações tributárias.

A distinção que o autor realiza, entre princípios e regras, baseia-se em critérios tipicamente do paradigma moderno, sob o aspecto da generalidade e da fundamentalidade. Os princípios constitucionais correspondem a diretrizes, previsões positivas[176] que indicam uma direção, já as regras estabelecem uma conduta específica, como, por exemplo, trafegar à direita ou à esquerda. A consagração de um princípio pela Constituição, e veja bem, o autor

[176] O autor tece essas considerações analisando o conteúdo do princípio da moralidade e da eficiência administrativa. Não interessa aqui abordar o conteúdo desses princípios, mas vale reforçar que para ele moralidade e eficiência, bem como todos os demais princípios, possuem carga positiva, e não só negativa. Assim, o princípio da moralidade administrativa, entre as diversas condutas que podem ser dela extraídas, está o dever da administração agir à devolução *ex officio* de tributo indevido (GRECO, 2008c, p. 9-27).

refere-se a princípios como norma consagrada pela constitucional, significa dizer que a Constituição consagra uma diretriz positiva a ser seguida (GRECO, 2008c, p. 14).

Para ele princípios são normas jurídicas que correspondem a efetivos vetores axiológicos positivados, apontando como a tributação deve ser, enquanto as limitações correspondem a restrições ao exercício do poder de tributar (GRECO, 2011a, p. 155[177]).

O conjunto das normas tributárias inclui tanto limitações constitucionais e infraconstitucionais ao poder de tributar quanto normas que determinam ações positivas do Estado, seja pela atuação do legislador seja pela atuação dos demais poderes. Par Greco, portanto, os princípios não são propriamente dito limitações, o que não significa dizer que eles não transmitam, também, regras de bloqueio ao exercício do poder.

Esse é um ponto de divergência importante em relação aos demais autores, já que tanto para Greco quanto para os demais tributaristas descritos, princípios compõem uma norma nuclear do sistema a irradiar-se sobre toda a estrutura do sistema tributário. Ocorre que a divergência entre eles será principalmente quanto à função dos princípios em torno da conflituosa relação entre fisco e contribuinte.

A perspectiva de princípio como limitação constitucional é vista para ele no panorama histórico do surgimento do direito tributário, ramo jurídico que inicia sua sistematização ainda no século XX (2011b, p. 10). O direito tributário brasileiro recebeu forte influência da perspectiva constitucional e da perspectiva administrativa, de modo que

> Princípios constitucionais tributários – nesse contexto – eram as previsões que vedassem algo ao Fisco, seja em termos de instrumento (legalidade), do objeto alcançado (irretroatividade), em relação ao momento da cobrança (anterioridade) ou à dimensão da exigência (proibição do confisco). Princípios cuja formulação começava com um "não" (não pode cobrar sem lei; não pode cobrar em relação ao que já aconteceu; não pode cobrar antes de certa data; não pode confiscar etc.) (GRECO, 2011b, p. 11).

Para o autor essa percepção de princípio voltada para a proteção ao cidadão, viabilizada por normas de bloqueio ao exercício do poder, surge num contexto histórico de valorização da lei em sentido formal, a que ele designa de "idolatria da lei". A lei era vista como entidade virtual, fortemente marcada pela perspectiva idealista platônica: a lei é "texto com vida própria que se destaca do contexto que levou à sua produção e daquele no qual será aplicada para assumir a condição de algo bastante em si" (2011b, p. 11).

Ademais, o período vivido pelo Brasil pós-revolução de 1964, fez com que as atenções dos pensadores jurídicos se concentrassem na questão formal da legalidade, no que em

[177] Ver, também, Greco, 2006, p. 119 e segs.

discussões de caráter substancial (como desigualdades sociais ou distribuição de renda). Como exemplo, o autor traz a revogação expressa do art. 202 da Constituição Federal de 1946 pela Emenda Constitucional n. 18, de 1965, que consagrava o princípio da capacidade contributiva (GRECO, 2011b, p. 11).

Esse período que se segue é fortemente influenciado pelo modelo teórico de Geraldo Ataliba (GRECO, 2011b, p. 12). Greco reconhece que era o esforço teórico e intelectual possível naquela época, tendo marcado profundamente as obras de Direito Tributário que se seguiram:

> A partir deste estímulo, os estudos de Teoria Geral do Direito, aplicados ao campo do Direito Tributário, se desdobraram naquilo que era possível fazer dentro do contexto histórico então vivido que se mostrava reativo a discussões de caráter substancial. A discussão tributária a partir de então centrou-se na hipótese de incidência (=previsão abstrata) e, num segundo momento, na sua formulação legal.
> A utilidade deste modelo é inegável, pois permite sistematizar o debate, da perspectiva formal e da hierarquia das normas; a meu ver, o modelo mais viável no contexto político então vigente (GRECO, 2011b, p. 12).

Mas esse modelo é insuficiente para compreender a experiência jurídica marcada, também, pelos fatos e pelos valores. Segundo ele, as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior no âmbito da disciplina de Filosofia do Direito contribuem com a teoria jurídica agregando uma visão pragmática do Direito, supondo o exame da função e da finalidade por parte da dogmática. Seria o primeiro contato da acadêmica jurídica com as discussões que envolviam elementos da semiótica, como o plano sintático, semântico e pragmático da linguagem (GRECO, 2011b, p.13-14).

Mas, mesmo nesse cenário, privilegiou-se o âmbito da sintática e da semântica. Em relação à sintática, focou nos debates acerca das hipóteses de incidência, ou regra matriz; em relação à semântica, Greco afirma que "basta lembrar a questão da incidência ou não da contribuição previdenciária sobre pagamentos a trabalhadores autônomos e o debate sobre o sentido do termo 'folha de salários' na redação original do artigo 195, da CF/88" (GRECO, 2011b, p. 13[178]).

[178] A crítica parece mais atualizada, pois o próprio Greco fez um exercício similar discutindo a ideia de utilizar o faturamento, a receita ou os rendimentos de forma isoladamente consideradas, substituindo o resultado com critério de tributação. Segundo ele "esta incidência se afasta da incidência sobre "a renda", tal como delineada no atual sistema constitucional tributário, de mo que sua plena aplicação, por um lado, implica distanciamento da oneração desse tipo de manifestação da capacidade contributiva e, por outro lado, pode depender de alteração constitucional" (GRECO, 2000, p. 173).

Enquanto isso,

> Por outro lado, os debates sobre isonomia, capacidade contributiva, distorções de fato no plano da concorrência pela diversidade de entendimentos tributários, financiamento do Estado, funções do Estado e políticas públicas eram temas pouco ou nada examinados.
> É esse contexto em que se priorizaram os âmbitos da sintática e da semântica em detrimento da pragmática, que o autor vê a hegemonia da perspectiva formalista, em detrimento da realidade. Desse modo, acabou-se defendendo uma liberdade absoluta do contribuinte que teria levado "a uma infinidade de estruturas negociais e reestruturações societárias que, com propriedade, foram consideradas meramente 'de papel'" (GRECO, 2011b, p. 14).

Mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, o cenário estaria juridicamente voltado para outra perspectiva. Os direitos individuais e a administração do Estado passam a ser somente mais uma variável dentro da constituição do Estado Democrático de Direito. Adere-se a variável social, reconhecendo o dever da solidariedade social como fundamento último da tributação (GRECO, 2005).

É nesse sentido que se passa a defender a juridicidade e importância da função social dos contratos, da propriedade etc. A função social não é só mais limite, mas razão do exercício da liberdade. E isso vale, também, para a tributação e a forma como se deve interpretar e aplicar o Direito Tributário (GRECO, 2008a, p. 505-514).

Sob essa perspectiva, é totalmente coerente a forma como o autor descreve a capacidade contributiva. Eis:

> O Constituinte de 1988 não incluiu a capacidade contributiva na categoria das limitações (= restrições), mas sim dentre os princípios gerais (= diretrizes positivas), ao lado da identidade das espécies tributárias, da função estruturante das normas gerais e, a partir da EC-42/2003, da neutralidade concorrencial da tributação. Com isto, normatiza a concepção de a capacidade contributiva ser um dos elementos estruturais que compõem o sistema tributário, apresentando até maior importância (nessa estruturação) do que as decantadas "limitações", pois estas representam o que não pode ser feito, mas nada dizem do que deve ser feito para termos um sistema tributário sintonizado com os valores básicos consagrados pelo Constituinte, em especial, o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I) (GRECO, 2011a, p. 155-156).

Essa perspectiva é reforçada quando o autor trata do planejamento tributário, sendo que mesmo praticando atos lícitos, que em abstrato possam não padecer de alguma patologia, sendo esses sendo válidos e lícitos, o contribuinte não está livre para agir, devendo se guiar pela sua capacidade contributiva (GRECO, 2008a, p. 307). Embora reconheça que o termo deixa uma margem de indefinição a ser delineada, a discussão para ele não é meramente subjetiva, enfoque que acabaria tornando inoperante o conceito de capacidade contributiva.

Defende a tese de que a capacidade surge atrelada aos fatos, e existe na medida em que esses pressupostos fáticos indiquem a aptidão para contribuir.

Conclui que "desta ótica, não é um conceito meramente formal como o de capacidade presumida, em que a lei prevê o que bem quiser. Capacidade contributiva resultará do que a lei disser e do que se extrair dos princípios e valores constitucionais" (GRECO, 2008a, p.323).

Em sua opinião, enquanto a capacidade contributiva é valor positivado (art. 145, §1º, 1ª parte), os clássicos princípios constitucionais, como legalidade, anterioridade e irretroatividade não consagram um valor positivo prestigiado pelo ordenamento, mas devem ser visto como regras de bloqueio ao exercício do poder (GRECO, 2011b, p.15[179]).

Esse argumento soa um tanto estranho, e a interpretação que se faz dele é a seguinte: para Greco o princípio da capacidade contributiva está positivado através de um valor expresso, ou seja, o de tributar conforme a capacidade econômica, cabendo ao intérprete a análise dos pressupostos de capacidade contributiva abstratos elegidos pela lei, de forma geral, e dos pressupostos concretos observados no fato.

Desta forma, por exemplo, o planejamento tributário não pode se dar a fim de que o contribuinte utilize da formalidade legal para pagar menos tributos, se sua capacidade econômica permanece intacta.

Já legalidade, anterioridade e irretroatividade, embora possam corresponder a valores constitucionais, como segurança jurídica ou certeza do direito, tais valores não atuam como diretrizes positivas em sua aplicação, pois esses princípios já consagram regras limitativas da atividade estatal que devem ser aplicadas independentemente de protegerem excessivamente a segurança jurídica ou a certeza do direito.

Legalidade, anterioridade e irretroatividade estariam mais para comandos normativos do tipo regra e a análise dos valores a que correspondem seria dispensável, uma vez que eles já restringem imperativa e especificamente o poder estatal. Essa é a única interpretação que se consegue fazer levando em conta os argumentos teóricos do autor, embora ele não seja totalmente incisivo, claro e específico a esse respeito.

Além disso, Greco defende que a relação entre contribuinte e fisco se alterou com o paradigma do Estado Democrático de Direito, e isso impactará não somente a questão voltada

[179] "Especificamente em matéria tributária, a CF/88 colocou os antigos princípios constitucionais tributários (legalidade, anterioridade e irretroatividade) como "limitações constitucionais", vale dizer, como regras de bloqueio ao exercício do poder, mas não como preceitos que consagrem um valor positivo prestigiado pelo ordenamento. Valor positivo é, por exemplo, a capacidade contributiva (art. 145, § 1º, 1ª parte)". (GRECO, 2011b, p. 15).

à capacidade contributiva, embora seja verdade que a essa questão ele se dedique de forma mais arrojada:

> A mudança política, social e fática levou a uma mudança de mentalidade que repercutiu no modo pelo qual devem ser compreendidas as condutas do Fisco e do contribuinte. Em relação à conduta do Fisco questionam-se as finalidades de sua ação, bem como a destinação e a aplicação dos recursos arrecadados e sua compatibilidade efetiva com as políticas públicas que devem subsidiar; em relação à conduta do contribuinte questiona-se a existência de um fundamento substancial que a justifique (razão ou motivo para o exercício da liberdade de contratar).
> A própria ideia de quebra de igualdade tributária foi revista; se, no regime da CF/67, havia quebra de isonomia quando o tributo era exigido discriminatoriamente de alguém, no modelo da CF/88 o prestígio da capacidade contributiva como princípio tributário explícito aponta haver quebra de isonomia também quando o tributo não é exigido de alguém que manifestou a capacidade contributiva contemplada na lei. Daí os dois sentidos que podem ser extraídos do artigo 150, II da CF/88: (i) como proibição de exigências discriminatórias e (ii) como proibição de não exigir o tributo de todos que se encontrem em situação equivalente (GRECO, 2011b, p. 15).

Para Greco, de modo similar aos autores aqui estudados, as normas programáticas, e parece que ele inclui a capacidade contributiva nesse grupo, bem como outros princípios tributários, passam a ter eficácia positiva. Isso significa que se abandonou a ideia de normas programáticas como simples recomendações, e agregou-se à eficácia negativa, que significava limitação a preceitos legais que contrariassem a norma, a ideia de que princípios, independente se programáticos ou não, direcionam tanto a produção legislativa quanto a jurisprudencial. Para ele "esta eficácia positiva das normas programáticas gerou reflexos não apenas no plano das prestações positivas pelo Estado, mas também, no plano da interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e tributárias em particular" (GRECO, 2011b, p. 14-16; GRECO, 2011a, p.156).

A perspectiva sobre a fundamentalidade dos direitos e a relevância que as demandas sociais passam a ter no universo jurídico mitigariam os projetos individuais, reagindo contra o cálculo econômico perturbador da finalidade da lei, em defesa da solidariedade social na tributação. Baseado em Ricardo Lobo Torres, o autor atribui essa abordagem à evolução ocorrida no plano teórico, "pois passamos da jurisprudência dos conceitos, para a jurisprudência dos valores", o que incluiria a teoria tributária (GRECO, 2011b, p. 15).

Para ilustrar sua argumentação, Greco replica trecho de acórdão do CARF que diz:

> O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário (GRECO, 2011b, p. 1 e BRASIL, Acórdão n. 104-21.675, 2006).

E faz o seguinte questionamento:

> Um Tribunal Administrativo formado por especialistas na matéria tributária, reconhecidamente preparados para examinar os mais intrincados temas ligados à aplicação das leis tributárias em si e em cotejo com aspectos de ordem contábil ou societária está a fazer uma ponderação de valores constitucionais para solucionar um caso concreto? (GRECO, 2011b, p. 9).

Argumenta que o CARF ponderou valores na referida decisão do Acórdão n. 104-21.675, acima colacionado, e que a capacidade contributiva teria sido elemento de análise para o reconhecimento da incidência tributária sobre a operação. Porém, em uma leitura detida do acórdão esses argumentos parecem meramente *obiter dictum*, sendo que o relator não se aprofunda nessa questão.

Ademais, não parece ser uma boa solução admitir a adoção da capacidade contributiva como fator argumentativo para desfazimento do negócio jurídico formalmente lícito e válido. A própria licitude e validade do negócio jurídico dependem, hodiernamente, de não ter sido realizado por vício de causa, ou abuso da função instrumental do negócio[180].

É verdade que a capacidade econômica do contribuinte pode indicar a necessidade de fiscalização tendo em vista tributos recolhidos, exigindo-se, inclusive, do contribuinte que ele preste informações e documentos necessários para verificar a não existência de fraude ou simulação. Mas a capacidade contributiva não pode ser a razão da desconstituição da formalidade negocial, uma vez que a elisão fiscal pode ser cometida inclusive por aqueles que não a possuem.

A conclusão do acórdão inclusive nem se refere à capacidade contributiva, mas esteia seu argumento mais na discussão sobre a formalidade e legalidade do ato em si:

> A conclusão acima é respaldada por todos os detalhes expostos na autuação e no acórdão de primeira instância, e em especial pelo contrato de fls. 41 a 59, por meio do qual constata-se a premeditação dos atos realizados, o que deixa patente que a intenção das partes era diferente daquela ostentada.
> Além disso, outros elementos se prestam a comprovar que o conjunto de operações levado a cabo pelo contribuinte tinha o objetivo único de impedir a ocorrência do fato gerador, simulando situação que, por si só, é inconsistente, a saber: realização de operações em sequência, porém com um objetivo único subjacente; operações inconsistentes entre si - associação e imediata reorganização societária - efetuadas em um curto espaço de tempo; análise da situação anterior e posterior à realização das operações, indicando os efeitos de uma compra e venda, e não de uma associação/reorganização societária; total ausência de motivação extratributária.
> Como se vê, no caso em questão, é óbvio que as operações realizadas não tinham objetivos autônomos, já que não existe qualquer lógica em, premeditadamente, efetuar-se uma associação empresarial às nove horas da manhã e desfazê-la às duas

[180] Ver DERZI, 2007, p. 318-319; GODOI, 2008, p. 84-88; 2007, p. 237-288; COÊLHO, 2007.

horas da tarde do mesmo dia (BRASIL, Relator Mallmann, 2006, p. 54).

Neste caso, o exemplo que ilustra a argumentação do autor, embora pareça a uma primeira vista adequado, não parece corroborar com o por ele defendido. Pelo menos, não parece ser essa a forma pela qual a jurisprudência, seja administrativa ou jurisdicional, tenha se utilizado do princípio da capacidade contributiva[181].

Mas outras questões interessam mais aqui do que exatamente a questão relativa ao desfazimento dos negócios jurídicos baseados nessa argumentação. Para Greco, o debate jurídico, incluindo o tributário, na contemporaneidade, deixa de ser um debate eminentemente formal[182], e passa a ser concorrentemente substancial: "não se trata de sobre+por, mas de com+por valores" (GRECO, 2011b, p. 16).

Essa argumentação teórica não tem se limitado à capacidade contributiva, afirmou-se acima. Sobre a legalidade, por exemplo, o autor defende que o princípio tributário pode exercer três papéis distintos na comunidade jurídica:

a) legalidade-libertação;

b) legalidade-dominação; e

c) legalidade-emancipação (GRECO, 2008b, p. 101-110).

Segundo ele, a sociedade brasileira tem vivido com a legalidade-libertação e a liberdade-dominação.

Em relação a esse primeiro papel, é o geralmente defendido pela comunidade jurídica, em que a legalidade exerce três funções:

a) legalidade como condições de atuação do fisco, em sentido de legalidade positiva;

b) legalidade como limite, em que o fisco só da forma prevista em lei pode atuar; e

---

[181] O próprio autor, em artigo diverso parece corrobora essa conclusão. Eis que comentando o planejamento tributário afirma que "(...) podemos identificar quatro crivos sucessivos e cumulativos aos quais pode ser submetida cada operação, para fins de exame da oponibilidade de seus efeitos perante o Fisco. Os dois primeiros estão focados nos eventuais *defeitos* da operação, enquanto os dois últimos dão importância às *qualidades* que apresenta, a saber: i) não haver ilegalidade ou ilicitude; II) não haver uma patologia do negócio jurídico; III) haver justificação por existência de motivo, finalidade e congruência; IV) haver justificação por inserção no planejamento estratégico do respectivo empreendimento econômico. (GRECO, 2006, p. 332). Não parece que alguns desses crivos utilizem a capacidade contributiva como argumento para desconstituição de planejamento tributário.

[182] "Sobre como a sua perspectiva tem gerado controvérsia na doutrina tributária, o próprio autor se defende: É de se compreender porque textos como aquele em que defendi a possibilidade de existir abuso de direito por parte do contribuinte ao reorganizar sua vida para obter menor carga tributária (1996) foi execrado, e o que afirmava a eficácia positiva da norma de prevê a capacidade contributiva (1998) ser considerado "audaciosamente original" (XAVIER, 2001, p. 104). Alguns chegaram a dizer que instaurar um debate teórico sobre a justificação substancial da ação do contribuinte que vise pagar o menor tributo legalmente possível seria "abrir a caixa de Pandora". (...) Pondera-se (mitiga-se) a liberdade com a isonomia e a capacidade contributiva. Exige-se um motivo para que a conduta do contribuinte seja fiscalmente aceitável. Passa a assumir relevância o conjunto de atos praticados e não cada um isoladamente; o filme e não apenas a foto; o fazer efetivo e não apenas o querer abstrato" (GRECO, 2011b, p. 16).

> c) como garantia, trunfo de defesa do contribuinte sobre a ação estatal (GRECO, 2008b, p. 102).

Esse primeiro papel é um papel clássico, próprio do Estado Moderno liberal, formulado geralmente com a partícula "não" no início das suas proposições: não pode tributar...

Greco não se opõe a esse papel, pois, para ele, "estas circunstâncias levam a legalidade a assumir a feição de instrumento de libertação do cidadão na medida em que o jugo absoluto do poder de fato é neutralizado pela juridicização do seu exercício o que implica limitá-lo" (2008b, p. 103).

O problema é que com a predominância do discurso autoritário, especialmente com o advento da revolução de 64, e da obsessão na sua aplicação que resultou em um modelo saturado, caracterizado pela idolatria da lei, atribuindo-se "aptidões quase mágicas de poder veicular qualquer conteúdo e impor quaisquer condutas ou restrições" (GRECO, 2008b, p. 107).

O governo aprendeu com seus erros, resultado de sucessivas derrotas em razão dos vícios detectados na formulação e elaboração das leis. Ocorre que esse aprendizado levou a um efeito inverso do pretendido pelo papel legalidade-libertação, resultando na veiculação de vários ônus e limitações aos contribuintes por meio da lei. A legalidade passa a exercer o papel de dominação sobre o contribuinte (GRECO, 2008b, p. 107-108).

É contra esse papel que o autor se insurge, propondo o papel legalidade-emancipação, manifestando seu posicionamento de que os princípios não devem ser considerados normas limitadoras, mas normas que efetivam os direitos fundamentais de forma positiva. E agora o seu posicionamento em relação ao princípio da legalidade parece compatível com o que o autor propõe, de modo que o trecho acima colacionado deva ser compreendido dentro desse arcabouço teórico.

A legalidade-emancipação não vê o interesse arrecadatório do Estado como *status* de interesse principal a ser perseguido, mas atividade que deve ser compatível com os objetivos e valores perseguidos da sociedade. É, também, reconhecer que a atividade de tributação não é meramente técnica, e envolve escolhas políticas[183]. No caso brasileiro deve envolver, por força constitucional, aspectos que estejam relacionados com a solidariedade social:

---

[183] Fora da esfera da principiologia tributária, é coerente esse posicionamento com a defesa que ele faz da relativização do sigilo bancário: "Sigilo bancário não é cláusula pétrea da Constituição, mas decidir-se e quando convém flexibilizá-lo, em se tratando do Fisco é tema que diz respeito a valores fundamentais consagrados pela Constituição. Na hipótese de ser mantido o sigilo bancário com o perfil constitucional que hoje apresenta, então

> Em última análise, é transformar a lei em instrumento de viabilização da emancipação política da sociedade civil em matéria tributária para que deixe de assumir um caráter meramente reativo de quem diz "isto é inaceitável" (uma estratégia de bloqueio que se resume a dar um novo visual ao velho "não") para assumir um caráter proativo de quem batalha par que a lei consagre positivamente preceitos que instrumentalizem valores fundamentais consagrados na Constituição de 88, tornando-a efetivamente "cidadã" nos resultados práticos e não apenas na sua denominação. (GRECO, 2008b, p. 110).

O pensamento do autor está claramente exposto, e o seu conceito de princípio, também, especialmente em relação à capacidade econômica. De alguma forma, a denominação de princípio como vetor axiológico positivado é visto, também, sob a ótica da importância hierárquica da norma para o sistema. Embora se detenha mais na descrição na forma como a não cumulatividade se opera no sistema, e não tenha realizado uma discussão tão profunda, impactante e inovadora como o faz na questão da capacidade contributiva, Greco reforça essa abordagem ao afirmar que "tão relevante é a não-cumulatividade nestes impostos [IPI/ICMS) que a doutrina em geral procurou elevar esta técnica de apuração do imposto à condição de um "princípio constitucional tributário" (GRECO, 2004, p. 106).

O que se percebe é que a posição do autor é realmente inovadora[184], e adere a muitas contribuições das perspectivas jusfilosóficas da contemporaneidade, especialmente das teorias da justiça. Em relação ao debate sobre a distinção entre princípios e regras, a perspectiva repete as distinções hegemônicas na doutrina nacional, levando em conta a veiculação de valores, a irradiação sobre todo o sistema e a hierarquização.

Essa leitura seria por demais simplista. Explica-se:

a) a própria ideia de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico já é uma contribuição dos teóricos do direito contemporâneo, em contraponto às doutrinas modernas, especialmente sob a influência de Ricardo Lobo Torres, perspectiva que os demais autores apresentados compartilham de algum modo; e

b) especificamente em relação ao pensamento de Marco Aurélio Greco, a distinção entre princípios e regras não parece ser relevante para o argumento do autor.

---

creio que devemos, de espírito desarmado, estudar prospectivamente o alcance de uma incidência tributária sobre movimentação financeira (GRECO, 2000, p. 173-174).

[184] Ele insere essa abordagem no que chama de modelo funcional, tendo como foco a análise do planejamento tributário (GRECO, 2006, p. 327).

O autor parece adotar os termos princípios mais em razão do jogo de linguagem em que está inserido, do que tratar as espécies normativas como funcionalmente ou ontologicamente distintas quando da solução do conflito[185].

Os demais autores avançam nesse sentido[186], mas Greco é mais explícito quanto à adoção de uma perspectiva mais arrojada acerca da hermenêutica constitucional tributária, voltada para a compreensão mais pragmática da linguagem. Postura que ele mesmo reconhece ser arriscada, tendo em vista o fato de gerar mal-entendidos e exageros (GRECO, 2008b, p. 110)[187].

Em contraponto com os outros autores, é de se reconhecer que eles se mostram ainda vinculados à perspectiva mais formalistas da subsunção, da análise da hipótese de incidência da norma e sua compatibilidade com os fatos da realidade. Trata-se de uma postura justificável, especialmente pelo contexto em que essas teorias se desenvolvem.

Mas mesmo que haja um "inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado Liberal" (BONAVIDES, 2013, p. 491), é de se ter cuidado com posturas hermenêuticas, que possam resultar tanto em consequencialismo forte, a desdiferenciar o sistema do lícito e ilícito, quanto permitir que se flexibilizem direitos fundamentais em nome de interesses sociais, muitas vezes subterfúgios de regimes autoritários.

A perspectiva de hermenêutica liberal defendida por Dworkin, em que os princípios são encarados como trunfos individuais na argumentação jurídica conflituosa, parece ser mais adequada ao paradigma de Estado Democrático de Direito que deve adotar tanto a legalidade-libertação, quanto a legalidade-emancipação.

---

[185] Por exemplo, em parecer sobre incentivos fiscais para a informática, concedidos pela Medida Provisória n. 2037-23, de 2000, Greco aponta que "tratando-se de incentivos fiscais, o exame da Constituição Federal aponta no sentido de três diretrizes fundamentais, assim sintetizadas: 1) não instaure discriminações negativas; (...) 2) O Estado deve agir positivamente visando reduzir as desigualdades regionais; (...) 3) No âmbito setorial, não dê incentivos nem isenções" (2000, p. 14). O autor poderia adotar o conceito de princípios, inclusive com a mesma perspectiva de Alexy, ou como *policies* na perspectiva de Dworkin, ou até mesmo princípios na perspectiva que ele tem adotado atualmente, mas não o faz. Inclusive nesse parecer Greco afirma que o art. 146 consagra o princípio da irretroatividade (2000, p. 61) e que a medida provisória que concede isenções ao contribuinte, ainda que rejeitada pelo Poder Legislativo, possui efeitos irreversíveis em razão do art. 146 durante o período de sua vigência. Como se nota, o autor teve um cuidado em definir alguns deveres jurídicos como princípios e outros como diretrizes. Posteriormente, por exemplo, discutindo o princípio da moralidade, Greco (2008c) já trata princípios no mesmo sentido de diretrizes. Duas podem ser a razão: (a) o parecer é do ano 2000, quando autor poderia ainda não ter se adentrado a essas distinções; ou (b) simplesmente a questão sobre ser ou não um princípio não é relevante para o autor, sendo mais importante a conclusão acerca do modo de interpretação constitucional das normas ali inseridas, sob o enfoque do Estado Democrático de Direito.

[186] Por exemplo, Derzi (2009; 2010) adota uma postura construtivista que admite que o intérprete, onde houve obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.

[187] Sobre os modelos de interpretação constitucional, explicação clara e suficientemente abrangente, ver Bonavides, 2013, p. 451-501.

4.3 A distinção contemporânea na doutrina tributária: Humberto Ávila

Humberto Ávila traz um posicionamento original sobre a distinção entre princípios e regras, conforme já foi explanado no capítulo 3 desta tese, inclusive apontando as críticas que foram tidas como pertinentes. Na seara tributária é o único autor, que foi encontrado, que desenvolve um sistema alternativo de trabalho deslocando-se da perspectiva moderna da distinção entre princípios e regras como espécies normativas autônomas.

Isso não quer dizer que ele não considere alguns princípios como fundantes do sistema tributário brasileiro, mas essa ideia de fundamentalidade não determina a distinção.

Cumpre, de forma sucinta, rememorar os aspectos relevantes da distinção. O autor distingue princípios e regras por três critérios principais:

a) da natureza do comportamento prescrito;

b) da natureza da justificação exigida; e

c) da medida de contribuição para a decisão.

Em relação **ao critério da natureza do comportamento prescrito,** para Ávila, "as regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento"* (2012, p. 78). As regras seriam normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de uma conduta a ser adota. Já os princípios são normas imediatamente finalísticas estabelecendo um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.

Não se trata de afirmar que as regras não possuem caráter finalístico ou que os princípios não possuam conteúdo comportamental. Ocorre que o comportamento exigido nas regras são **descritivamente prescritos** e nos princípios são os **comportamentos necessários**, seja eles quais forem, para realizar um estado de coisas. Toda regra é estabelecida para se atingir um determinado fim, mas para isso define-se de imediato o comportamento exigido. Já os princípios estabelecem um determinado fim, mas é omisso em relação às condutas a serem tomadas, devendo o intérprete definir quais são as necessárias.

Essa distinção recairia em críticas muito similares àquelas desenvolvidas pelo próprio autor às distinções baseadas no critério do caráter hipotético-condicional das regras, uma vez que o modo de formulação da norma seria relevante para a distinção. A presença de conectivos deônticos, por exemplo, não pode ser condição para a normatividade. Ademais, o texto normativo nem sempre veicula normas que possam ser definidas como regras ou princípios, tais como as normas conceituais como, por exemplo, a do artigo 81 do Código Civil que define o que são os atos jurídicos.

Por fim, esse critério representaria uma dificuldade adicional ao Direito Tributário, uma vez que diversas normas qualificadas como princípios tributários, sendo limitações constitucionais ao poder de tributar, possuem implicitamente o conectivo deôntico "proibir", tal como o princípio da legalidade. Como será demonstrado a seguir, essa questão ainda representará outros problemas para admissão da teoria de Ávila, tal como o a dupla ou tripla dimensão dos textos normativos.

O critério **da natureza da justificação exigida** dissocia as regras dos princípios quanto ao modo de justificar a conduta exigida. Ao interpretar e aplicar a regra, avalia-se a correspondência entre a construção do conceito dos fatos e a construção dos conceitos da norma e da finalidade que lhe dá suporte, enquanto os princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim, e os efeitos decorrentes da conduta tida por necessária.

As regras possuem um elemento descritivo, pois não é relevante imediatamente o estado de coisas a ser alcançado com o cumprimento da norma. Se na aplicação da regra aos fatos constatar-se que a finalidade da norma não será alcançada, o ônus argumentativo para afastar a aplicação da regra será muito maior, o que se poderia chamar de casos difíceis (ÁVILA, 2012, p. 80). Como se vê, "o traço distintivo das regras não é o modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso" (ÁVILA, 2012, p. 81).

Já no caso dos princípios, o ônus argumentativo é estável, não podendo se falar em casos difíceis e casos fáceis, pois não se trata de demonstrar a correspondência. O argumento para os princípios fundamenta uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual de um estado de coisa exigido.

Poder-se-ia afirmar, conforme argumenta Ávila (2012, p. 82), que as regras assumem primariamente um caráter retrospectivo (*past-regarding*), já que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador, enquanto os princípios possuem um caráter primariamente prospectivo (*future-regarding*), determinando um estado de coisas a ser construído.

Essa perspectiva, também, traz problemas para a teoria de Ávila, uma vez que se apropria de perspectiva de subsunção que já foi abandonado inclusive pelos positivistas (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 199), baseado numa perspectiva estrita da lógica formal. Há, no modo de aplicação das regras, uma associação que a princípio é avalorativa, não finalística, não prescritiva, que só eventualmente poderia ser afastada. Além disso, por esse critério, vagueza e obscuridade não seriam atributos das regras, somente dos princípios, o que entra

em contradição com os próprios argumentos que o autor externou para criticar os autores que distinguem regras e princípios baseados em outros critérios[188].

Por fim, **o último critério para a distinção é o da medida de contribuição para a decisão:** se de um lado as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, de outro lado os princípios são normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras são apenas preliminarmente decisivas, já que embora possam ter suas condições de aplicabilidade preenchidas, podem não ser aplicáveis se razões excepcionais superarem a razão que sustenta a aplicação normal de regra. Denomina-se esse fenômeno de *aptidão para cancelamento* (*defeasibility*).

Acerca deste critério, um problema que se pode verificar é a dificuldade em se estabelecer o que seja decisivo e abarcante do que não seja decisivo e abarcante. Ao afirmar que uma regra é uma norma preliminarmente decisiva, qual o critério ele confere ao intérprete para assim definir antes de solucionar o conflito? O que tem sido qualificado como princípio da legalidade, anterioridade e não cumulatividade são decisivos ou complementares? E a capacidade contributiva? Há algum manual ou critério para definir a decidibilidade de uma norma, sem com isso remeter exclusivamente ao texto normativo? Parece que nesse quesito, novamente, o autor encontra-se enquadrado, uma vez que recai sobre os mesmos problemas teórico do qual tentou se afastar.

Essas considerações e críticas, por hora, acredita-se, são suficientes para o propósito que se colocou. Certo é que a teoria do autor brasileiro já foi esmiuçada em capítulo próprio, restando verificar a forma pela qual o autor aplica essa teoria no Direito Tributário, momento em que serão complementadas as críticas até o momento realizadas. Ademais, reforça-se que no pensamento de Ávila, ponderação ocorre tanto para os princípios quanto para as regras. Logo, o enfoque que será aqui dado refere-se à forma como o autor trabalha com as normas que a doutrina aponta como princípios.

Logo de início já cabe atentar para o fato de tratar a estrutura constitucional normativa relativa ao direito tributário como limitações constitucionais. Para ele, "as limitações ao poder de tributar são uma espécie das várias limitações estabelecidas ao ente estatal por meio de regras de competência, de princípios, de garantias e de direitos fundamentais" (ÁVILA, 2011b, p. 148; ver, também, p. 161)

Bem, as limitações ao mesmo tempo em que instituem restrições ao poder estatal o reconhecem, pois dependem de sua intermediação para se realizarem, tal como a produção de

[188] Ver tópico 2 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: DISTINÇÕES E APLICAÇÕES*3.2 A doutrina constitucional brasileira: Humberto Ávila*, a partir da página 125.

instrumentos normativos que as efetivem. Ao mesmo tempo, as limitações impõem ao Estado deveres a serem realizados (ÁVILA, 2011b, p. 134).

O argumento do autor, portanto, não é meramente restritivo, até porque a própria noção de princípio como normas que estabelecem fins a serem atingidos, exige que o Estado e a sociedade promovam um estado de coisas, bens jurídicos, impondo condutas necessárias à preservação e à sua realização. Eis o posicionamento dele sobre o princípio da legalidade e seu papel como limitador do Poder de Tributar:

> Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a legalidade qualifica-se preponderante do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva de ação, na medida em que exige uma atuação legislativa e procedimental do Poder Público para a instituição e aumento de qualquer tributo; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa e formal, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5o, II e art. 150, I), estabelece procedimentos a serem observados pelo Poder Público. (ÁVILA, 2011b, p.178)

A própria irretroatividade seria uma limitação, além de negativa, positiva, na medida em que a norma exige que o legislador atue na dimensão de aprimorar a previsibilidade e a estabilidade das normas jurídicas (ÁVILA, 2011b, p. 200[189]).

Adotando esse raciocínio Ávila aborda o princípio da igualdade[190] e da capacidade contributiva como possuidores de mesmo conteúdo normativo (2011b, p. 432). A igualdade é princípio mais amplo que a capacidade contributiva, embora ambos se dirigem à mesma

[189] No mesmo sentido a respeito da norma da anterioridade: "Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a anterioridade qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; quanto ao objeto, qualifica-se, na sua dimensão de regra, como uma limitação negativa, na medida em que exige, na atuação legislativa de instituição e aumento de qualquer tributo, a publicação da lei no exercício anterior àquele em que o tributo será exigido e, na sua dimensão de princípio, como uma limitação positiva, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de previsibilidade, de controlabilidade, de inteligibilidade e de mensurabilidade; quanto à forma, revela-se, na dimensão de regra, como uma limitação expressa e formal, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 150, III, "b"), estabelece procedimentos a serem observados pelo Poder Público". (ÁVILA, 2011b, p. 212).

[190] Sobre a igualdade tributária ver Ávila, 2008b. Para compreender a igualdade como limitação ao poder de tributar: "Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a igualdade qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se, na feição de princípio e de regra, como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação e, na função de postulado, como limitação de segundo grau, já que orienta o aplicador na relação que deve investigar relativamente aos sujeitos, ao critério e à finalidade da diferenciação; quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva de ação e também negativa, na medida em que exige uma atuação do Poder Público para igualar as pessoas (igualdade de chances, ações afirmativas), bem como proíbe a utilização de critérios irrazoáveis de diferenciação ou o tratamento desigual para situações iguais; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa, material e formal, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5o e art. 150, II), estabelece tanto o conteúdo quanto a forma da tributação (ÁVILA, 2011b, 411).

finalidade. A capacidade contributiva é o princípio concretizador do princípio da igualdade em um setor específico, qual seja, o setor das normas tributárias primariamente criadoras de encargos (2011b, p. 433).

A capacidade contributiva está para o princípio da igualdade como critério de aplicação, de como que uma regra de tributação não poderá ultrapassar, por exemplo, a proteção da família, do casamento etc. (ÁVILA, 2011b, p. 434). Eis o raciocínio:

> A igualdade, como metanorma que estrutura a aplicação de outras (como postulado, portanto), constitui um dever puramente formal porque estabelece uma forma que só funciona com a complementação de conteúdos. (...) É somente com a sua conjugação com normas jurídicas materiais que a igualdade adquire as diretrizes materiais necessárias à sua aplicação. A aplicação da igualdade, que estrutura a relação dos homens entre si, depende de quais critérios de diferenciação possuem significado normativo (*tertium comparationis*). (...) Quer dizer, a igualdade enquanto metanorma estruturadora da aplicação de outras, somente adquire significado normativo quando relacionada a critérios normativos materiais, sob pena de ser apenas uma forma despida de qualquer conteúdo. Igualdade tributária não apenas igualdade proporcional, mas também igualdade medida na capacidade contributiva do sujeito passivo. (ÁVILA, 2011b, p. 433).

Capacidade econômica, portanto, é critério de aplicação da igualdade. Assim, uma norma tributária será aplicada de forma desigual, se relacionada a imposto com natureza fiscal[191], na medida em que a capacidade econômica se mostrar desigual, levando em conta não só o contribuinte em si, mas outros valores protegidos pela Constituição tal como a família, o casamento etc. (ÁVILA, 2011b, p. 434).

O critério da capacidade econômica determinará as diretrizes materiais que justificarão um tratamento igualitário ou diferenciado a depender do contexto, inclusive determinando limites para a atuação da lei. Sem esses critérios, a igualdade, como metanorma estruturadora da aplicação de outras, não seria aplicável. As pessoas, os cidadãos ou os contribuintes, são diferentes, e na medida em que as diferenças são relevantes[192] devem significar distinções na

[191] Para explicar melhor essa especificação no texto: Quando se faz referência às normas com finalidade fiscal (*Fiskalzweck- norm*) ou às normas distributivas de encargo (*Lastenausteilungsnorm*), o poder de tributar é limitado pelo princípio da capacidade contributiva. Sua finalidade, obtenção de receita, não é idônea para estruturar sua interpretação. Mas a capacidade contributiva, enquanto capacidade de contribuir com a comunidade mediante pagamento de tributo, inicia somente acima do limite das necessidades para manutenção da vida. Por isso, fala-se em zona de capacidade contributiva. (ÁVILA, 2011b, p. 140).

[192] Sobre a relevância da capacidade contributiva como critério de qualificação da igualdade: De um lado, os fins internos referem-se a elementos ou características de comparação (*Unterscheidungsmerkmale*) que se situam, de algum modo, nas próprias pessoas objeto de comparação e diferenciação. A comparação entre duas pessoas, a ser analisada com base na sua capacidade contributiva, demonstra a existência de uma conexão interna entre a medida (capacidade contributiva) e o fim perseguido (obtenção de receita tributária). (ÁVILA, 2011b, p. 144).

aplicação da lei, tal como o sexo, a idade, e no caso do da tributação, a capacidade econômica (ÁVILA, 2011b, p. 433-434[193]).

Nesse sentido alerta Ávila,

> A igualdade ou desigualdade, no entanto, só pode ser definida com vistas a uma finalidade determinada (por exemplo, pretensão de ajuda social, obtenção de crédito financeiro ou pagamento de tributo). Os homens podem ser, com base num único critério (por exemplo, idade), ao mesmo tempo, diferentes se a finalidade da comparação for o fechamento de negócios comerciais, e iguais, se a finalidade da comparação for o pagamento de tributos. Ou sinteticamente: o juízo de igualdade depende necessariamente do critério e da finalidade que estruturam a comparação. O critério geral do Direito Tributário é a capacidade econômica. (ÁVILA, 2011b, p. 434).

Assim, não faz sentido, ou faz sentido somente no jogo de linguagem da doutrina tradicional, afirmar que contribuintes devem ser tratados segundo os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, pois a própria capacidade contributiva é o critério de aplicação da igualdade na seara tributária, pelo menos no que diz respeito aos impostos com finalidade fiscal (ÁVILA, 2011b, p. 435).

Assim, Ávila coloca-se entre autores que "defendem que o princípio da capacidade contributiva é precisamente o critério de aplicação do princípio da igualdade no âmbito do Direito Tributário" (2011b, p. 433).

Pois bem, nesse sentido a igualdade, por meio do critério da capacidade econômica, dá conteúdo material à instituição e cobrança de tributos que devem substancialmente corresponder a esses princípios materiais. Nesse sentido, os princípios são requisitos positivos. Veja o caso da modificação constitucional realizada pela Emenda Constitucional n. 42/2003, que tratou de tratamento diferenciado para as micros e pequenas empresas. A exigência do texto constitucional não é só para que haja um tratamento diferenciado, mas que esse tratamento enseje favorecimento. Aqui a finalidade da norma é tanto realizar a justiça tributária, pois se está diante de um ente jurídico com menor capacidade contributiva, o que se pode chamar de finalidade fiscal, mas, também, uma finalidade extrafiscal, de desenvolvimento e estímulo a uma atividade econômica elegida como essencial para o país (ÁVILA, 2011b, p. 119; p. 198).

---

[193] Vale dizer: a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos — como será demonstrado — conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito (ÁVILA, 2000, p. 87).

Mas, também, há o sentido negativo, em que o critério da capacidade econômica limita o poder estatal, embora seja, também limitado por outros princípios que estejam correlacionados com cobrança de tributos que possuam finalidades extrafiscais[194] (ÁVILA, 2011b, p. 126).

Assim, Ávila define que

> Como os impostos devem ser graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes, eles não podem aniquilar essa capacidade econômica, no sentido de não permitir que o sujeito passivo possa ter a possibilidade de desenvolver sua existência digna (art. 1o), sua livre iniciativa (art. 170, caput), o livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único) e sua propriedade privada (arts. 5o, caput, e 170, II). O Poder Legislativo deve adotar decisões valorativas respeitando os bens e os direitos dos contribuintes. São dois lados da mesma medalha.
> Nesse contexto, deve-se saber se o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva possuem o mesmo conteúdo normativo e, portanto, o mesmo âmbito de aplicação. (ÁVILA, 2011b, p. 432).

Em relação ao princípio da não cumulatividade, o autor não se dedica profundamente à questão. Mas pode-se extrair que o autor o encara como princípio[195]. Eis:

> Com efeito, as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 instituíram o regime não cumulativo para as contribuições para PIS e a Cofins. O aumento das alíquotas, de 0,65% e 3% para 1,65% e 7,6%, respectivamente, foi justificado pela própria possibilidade de o contribuinte poder deduzir os créditos embutidos no valor dos bens comprados e no valor dos serviços tomados. Vale dizer: o legislador tomou a decisão fundamental de instituir o regime não cumulativo para as contribuições sociais, adotando-o como princípio diretivo e estabelecendo a capacidade compensatória de créditos anteriores como critério de diferenciação entre os contribuintes para afastar o efeito econômico perverso do acúmulo da carga tributária durante o ciclo econômico. (ÁVILA, 2007, p. 180).

O que se pode concluir deste pequeno trecho é que o autor vê a não cumulatividade como regime, ou técnica, mas, também como princípio. A proposta teórica defendida admite a coexistência em um mesmo dispositivo das diferentes espécies normativas. Um ou vários dispositivos podem experimentar alguma das dimensões das espécies normativas, qual seja, a dimensão comportamental, que se classifica como uma **regra**, a dimensão finalística, ou seja, os **princípios**, e/ou uma dimensão metódica, ou seja, os **postulados** (ÁVILA, 2012, p. 76-77).

Ávila discorda da dogmática nacional ao defender que diversas normas que são tratadas como princípios atuam, na verdade, predominantemente na dimensão das regras, tal

---

[194] Remete-se o leitor à nota de rodapé n. 191.

[195] Nas principais obras do autor a questão da não cumulatividade é trata de forma superficial. Em busca de artigos, não se encontrou análises específicas. No currículo *lattes* há três artigos de sua autoria mencionando o debate sobre a não cumulatividade. Dois foram encontrados e analisados. Um deles, artigo de 2009, o autor aborda a questão voltando-se à aplicação prática, sem um debate teórico sobre a distinção entre princípios e regras relevante. O outro será debate no corpo do texto.

como a legalidade, anterioridade, irretroatividade, proibição de tributo com efeito de confisco (2011a, p. 233-244).

Segundo ele, essas normas não prescrevem uma finalidade imediata, mas uma conduta imediata, com uma finalidade mediata, qual seja, a segurança jurídica. Em relação à irretroatividade, como exemplo, o autor argumenta que "a Constituição, por meio do estabelecimento dos comportamentos a serem adotados, protege a segurança jurídica (...)" (2011a, p. 236).

Quanto às considerações acima alguns problemas podem ser extraídos da teoria, o que parece não ser solucionado por Ávila.

Toma-se a questão da não cumulatividade: a não cumulatividade é considerada como um princípio diretivo, e dentro da teoria de Ávila princípios instituem imediatamente finalidades, que serão realizados por meio de regras. Supondo que não haja qualquer lei que estabeleça a forma pela qual a não cumulatividade se efetivará, como deverá o contribuinte proceder? Ao recorrer ao poder judiciário, o juiz poderá optar por assegurar a ele o direito, em seu núcleo mínimo, tal como defendido acima por Derzi, caracterizado pelos créditos físicos. Eis que surge uma regra: pode-se compensar os créditos tributários físicos na operação. Eis que o princípio da não cumulatividade, torna-se, também regra. E isso vira uma questão circular, infinita. Qual a utilidade, portanto da distinção, se ao final tudo se tornará uma regra produzida para o caso individual?

Ávila argumenta que a utilidade está na natureza da justificação. O princípio demanda uma avaliação de relação entre meio e fim, enquanto para a regra basta uma análise da correspondência dos fatos ao conceito da norma. Mas ao fim, sempre que se for aplicar um princípio, não se criará ao caso, antes, uma regra? E mais, é possível saber de antemão se estou diante de um princípio e de uma regra, nessa sistemática?

Ao mesmo tempo em justifica a relevância da distinção pela natureza da justificação, o próprio Ávila afirma que as normas tais como legalidade, irretroatividade e igualdade, por exemplo, possuem várias dimensões, podendo ser funcionar como regras, princípios ou postulados, ainda que uma dessas dimensões prepondere.

Muitas vezes em seus textos, o próprio Ávila acaba rotulando a norma pela sua dimensão preponderante, ou que ele supõe seja preponderante. Por exemplo, em sua obra *Segurança Jurídica*, o autor localiza a irretroatividade no conjunto de regras constitucionais, diferenciando-a dos princípios (2011a, p. 236).

No caso da legalidade, por exemplo, Humberto Ávila a classifica como regra, que prevista no art. 150, I, em conjunto com seu artigo 5º, II, exige a edição de lei ordinária para

que seja instituído ou aumenta um tributo. Mas ao abordar a sua dimensão normativa assim afirma:

> Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a legalidade é tridimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo e, reflexamente, pelo Poder Executivo (na parte regulamentar), proibindo a instituição ou majoração de tributos a não ser por meio de um procedimento parlamentar específico. É preciso esclarecer, desde já, que a legalidade possui, no seu aspecto material conteudístico, sentido normativo indireto tanto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de previsibilidade e de determinabilidade para o exercício das atividades do contribuinte frente ao poder de tributar, quanto de postulado, porquanto exige do aplicador a fidelidade aos pontos de partida estabelecidos pela própria lei (ÁVILA, 2011b, p. 178).

Ora, se a norma da legalidade possui três dimensões[196], resta saber onde pode-se encontrar a norma da legalidade no ordenamento, e como saber qual ou quais das dimensões devem ser aplicadas. A resposta, provisória é que a legalidade, como norma, está no texto constitucional, de modo que a interpretação de Ávila parece se concentrar em dar conteúdo ao texto da norma.

Mas, o texto não pode ser confundido com a própria norma, sendo que só diante do caso é que se pode pinçar qual a dimensão seria aplicada. Logo, não seria possível saber em abstrato se a norma é um princípio, uma regra ou um postulado. Em concreto tal distinção não seria relevante, uma vez que o caso já estaria decidido. Se não é possível saber em abstrato com qual espécie normativa se está a lidar, não se poderia atribuir a elas a utilidade pela natureza de sua justificação.

Ademais, como se pode concluir que a dimensão preponderante da legalidade é a regra? Pelo texto da norma? Vê-se que quando detalha sua teoria e a aplica, Humberto Ávila acaba retornando aos problemas dos quais pretendeu se afastar, adotando uma diferenciação entre regras e princípios levando em conta critérios como densificação da norma e sua generalização, uma vez que todas as regras possuem, também, uma finalidade que se pretende atingir, como ele mesmo conceitua: finalidade mediata.

O problema é saber por que determinada norma teria comportamentos imediatos e finalidades mediatas, e como identificar isso no conjunto normativo disponível. Os

[196] Derzi, comentando a decisão do STF acerca da extensão do princípio da não cumulatividade, adota uma sistemática que parece ser no mesmo sentido do defendido por Ávila, embora não adote as distinções de dimensão: o princípio da não cumulatividade estaria parcialmente densificado na Constituição, "em norma de relativa concreção e núcleo conceitual mínimo, autoaplicável, segundo jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal" e outra parte que o legislador deveria concretizar conforme as escolhas políticas dele (DERZI, 2010, p. 770-771).

mesmíssimos problemas podem ser percebidos na descrição da dimensão normativa de outras normas, tais como irretroatividade[197], anterioridade[198] e igualdade[199].

Toma-se, como exemplo, o comentário de Ávila sobre a jurisprudência acerca do princípio da anterioridade. O autor apresenta ao seu leitor alguns exemplos em que o STF teria interpretado a anterioridade somente como regra (ÁVILA, 2011b, p. 213-215).

Analisa-se um dos casos apresentados, relativo à aplicação da norma da anterioridade para revogação da isenção[200]: segundo a jurisprudência do STF, quando uma isenção é revogada, o tributo pode, desde logo ser exigido, pois, ele já existia, sendo que a regra da anterioridade não precisaria ser observada no caso. Em resumo, revogar benefício tributário não equivaleria à instituição de tributo.

Para Ávila, seria "desnecessário afirmar que essa orientação jurisprudencial consolida, de um lado, a anterioridade apenas como regra e não como princípio e, de outro, interpreta-a

---

[197] "Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a proibição de retroatividade é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante é a de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo, proibindo a instituição ou majoração de tributos relativamente a fatos que já se tenham consolidado completamente no passado. É preciso enfatizar, porém, que a irretroatividade possui sentido normativo indireto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade, no exercício das competências normativas pelo Poder Público". (ÁVILA, 2011b, p. 200).

[198] "Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a anterioridade é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legis- lativo, proibindo a instituição ou majoração de tributos no mesmo exercício em que a lei que os instituiu ou aumentou foi publicada. Novamente é preciso realçar que a anterioridade possui sentido normativo indireto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de previsibilidade, de controlabilidade, de inteligibilidade e de mensurabilidade relativamente aos tributos que os entes federativos competentes irão instituir ou aumentar". (ÁVILA, 2011b, p. 212).

[199] "Na perspective da espécie normativa que a exterioriza, a igualdade é tridimensional. Sua dimensão nromativa preponderante é de *princípio*, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de igualdade, equidade, generalidade, impessonalidade, objetividade, legitimidade, pluralidade e representatividade no exercício das competências atribuídas aos entes federados. É necessário salientar, todavia, que a igualdade possui sentido normativo indireto tanto de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, determinando a igualdade de tratamento para situações equivalentes, quanto de postulado, porquanto exige do aplicador a consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferenciação e das finalidades justificadoras da diferenciação" (ÁVILA, 2011b, p. 411).

[200] O autor aponta como precedentes os seguintes julgados: Recurso Extraordinário n. 204.062-2-ES, STF, 2a Turma, Relator: Ministro Carlos Vel- loso, julgado em 27.09.96, DJ 19.12.96, p. 51799; Recurso em Mandado de Segurança n. 13.947-SP, Relator: Ministro Prado Kelly. In: Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 39, p. 64. Ver, também: Recurso em Mandado de Segurança n. 14.473, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Hermes Lima, julgado em 30.08.65, DJ 15.09.65, p. 2403. In: Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 34, p. 111. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.174, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Victor Nunes, julgado em 13.04.65, DJ 02.06.65. In: Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 33, p. 177. Recurso Extraordinário n. 57.567-SP, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Victor Nunes, julgado em 04.11.65, DJ 01.12.65, p. 3424. Recurso em Man- dado de Segurança n. 15.466, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Evandro Lins, jul- gado em 18.11.65, DJ 02.03.66, p. 532. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.204, STF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Hermes Lima, julgado em 05.04.65, DJ 05.05.65. Recurso Extraordinário n. 97.482, STF, 1a Turma, Relator: Ministro Soares Muñoz, jul- gado em 26.10.82, DJ 17.12.82, p. 13211; e Recurso Extraordinário n. 99.560, STF, 1a Turma, Relator: Ministro Néri da Silveira, julgado em 24.03.83, DJ 30.09.83, p. 14967.

sem vinculação ao valor previsibilidade, inerente ao sobreprincípio da segurança jurídica" (ÁVILA, 2011b, p. 215).

Não interessa aqui discutir a interpretação da jurisprudência, nem suas adaptações futuras, ou a preservação da confiança para as isenções concedidas por prazo determinado. O que se pretende é analisar o argumento do autor, na medida em que ele afirma que essa interpretação só teria valorizado a dimensão da regra jurídica da anterioridade, e não a dimensão do princípio, na medida em interpretou a aplicação imediata da revogação da isenção sem levar em conta a previsibilidade.

Ora, embora possa-se discordar da jurisprudência, não parece que essa questão da dimensão da norma de regra ou princípio alteraria a resposta correta a ser encontrada, uma vez que tratava-se de discutir a abrangência dos fenômenos jurídicos que deveriam ser atingidos pela norma da anterioridade, o que incluiria a própria interpretação do alcance da previsibilidade exigida pelo sistema.

Supondo que o STF tenha adotado a dimensão principiológico do princípio da anterioridade, e não a suposta dimensão de regra. O tribunal poderia concluir que a finalidade do sistema por previsibilidade teria sido alcançada, uma vez que os tributos já haviam sido criados, e a isenção, sem prazo determinado, era notadamente revogável.

Em resumo, não parece que a distinção entre regra e princípio seja útil para encontrar a resposta correta para os casos apresentados, ainda mais atribuindo às normas multidimensões. Isso não significa que não se percebe uma dimensão comportamental determinada e uma dimensão finalística da norma. Ocorre que isso parece ser atributo de todas as normas, não sendo útil, portanto, para definir o modo de aplicação delas.

Voltando-se ao caso da irretroatividade, por exemplo, Ávila reconhece nela duas dimensões, qual seja, a de regra e de princípios, dando a preponderância à dimensão da regra, como se viu. Isso significa que ela de imediato prescreve um comportamento. Mas poder-se-ia limitar a análise da irretroatividade à questão da prescrição da conduta e de como a irretroatividade deve se operar? Poder-se-ia dar a essa norma a preponderância de regra?

Se não houvesse a dimensão da regra estabelecida da irretroatividade, que se presume ser encontrada no texto da norma, não se poderia supô-la do próprio Estado de Direito? A irretroatividade, por exemplo, da jurisprudência constitucional modificativa da jurisprudência pacificada não seria uma garantia do contribuinte?

Poder-se-ia argumentar: mas ai estaria uma regra implícita! Rebater-se-ia, mas na não cumulatividade não seria o caso, também, de reconhecer uma regra implícita? O que parece é que a distinção elaborada por Ávila não só acaba caindo nos mesmos problemas de outras

distinções, mas como reforça a percepção de que o juiz primeiro decide e só depois utiliza do arcabouço teórico que está disponível para justificar de alguma maneira a sua decisão.

4.4 Conclusões Parciais

Ao iniciar esse capítulo traçaram-se algumas perguntas que guiaram a análise que se considerou útil para os propósitos desta tese: é possível perceber uma distinção normoteorética entre princípios e regras na doutrina tributária? Como a doutrina trabalha essa distinção e a quais paradigmas se filiam? Há alguma metodologia ou impacto normativo na atribuição da designação "princípio" para uma norma em contraponto às "regras"? Qual a importância funcional?

O que se verificou é que todos os autores, independente da teoria dos princípios a que se filiam, deixam explícitas suas adesões à distinção entre princípios e regras no âmbito normativo. O critério de distinção predominante refere-se à ideia de princípio com enfoque na fundamentalidade da norma para o ordenamento jurídico.

Assim, tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas, possuindo força normativa, não dependendo, pelo menos no seu núcleo central, de complementação legislativa para irradiar efeito no ordenamento.

Viu-se que a distinção mais fundamental que está presente no debate refere-se a como os princípios podem ser encarados do ponto de vista da limitação constitucional ao poder de tributar. Além disso, há uma terceira corrente capitaneada por Humberto Ávila baseando-se na distinção entre princípios e regras sob os pressupostos da Teoria do Direito contemporânea. Assim, é possível identificar três grandes correntes:

1ª) formada por juristas mais tradicionais e clássicos, em que princípios são visto de duas formas:

a) como orientador da produção normativa e interpretação jurídica e;

b) como trunfos de defesa do contribuinte possíveis de serem sacados em face das pretensões de tributar do Estado.

Neste grupo estão os professores Hugo de Brito Machado, Misabel de Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho e Sacha Calmon Navarro Coêlho. Para todos esses autores o conceito de princípio predominante é o de normas nucleares, linhas diretivas a irradiar sob todo o ordenamento acompanhando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (1981).

Esses doutrinadores podem ser inseridos no **paradigma moderno**, uma vez que distingue princípios e regras pelos critérios da fundamentalidade, da hierarquia e da generalidade;

2ª) formada por juristas mais contemporâneos que encaram que princípios norteiam e guiam todo o ordenamento de forma igual, não sendo possível restringir a análise e interpretação dos princípios à perspectiva limitadora. Nessa corrente o principal representante é o jurista Marco Aurélio Greco.

Para Greco, o modelo da doutrina tributária clássica, podendo ser considerada a que foi alocada no grupo da 1ª corrente do pensamento, não é suficiente para compreender a experiência jurídica contemporânea e que os princípios jurídicos não podem ser visto somente pelo seu papel de regras de bloqueio, mas devendo ser visto como diretrizes positivas. Há uma ruptura com o modelo de princípios como limitadores do poder de tributar anterior, mas não há uma nítida ruptura com o paradigma moderno de distinção entre princípios e regras.

O contraponto de princípios e regras não é desenvolvido pelo autor e seu foco preponderante na capacidade contributiva demonstra uma forte vinculação e preocupação com desenvolvimento de uma teoria que debate a justiça tributária.

Aqui defende-se a percepção de que autor adota o termo "princípios" aproveitando-se do jogo de linguagem próprio da doutrina tributária que confere a determinadas normas maior importância, embora não trate sistematicamente das espécies normativas como funcional ou ontologicamente distintas para fins de solução de conflitos.

Está, também, neste grupo, Ricardo Lobo Torres, fortemente influenciado por Alexy, embora possua posições sincréticas acerca do tema, para quem princípios devem ser vistos tanto sob a ótica dos enunciados genéricos voltados para os direitos individuais quanto como diretivas e objetivas, no sentido de *policy*, voltadas a efetivação de direitos coletivos.

Torres, tal como Greco, filia-se, também, à noção de princípios como mandamentos nucleares do sistema, evitando-se, porém, restringir sua função somente ao papel de limitação constitucional ao poder de tributar a ser invocado em defesa do contribuinte; e

3ª) tendo por principal expoente, e talvez o único, o jurista Humberto Ávila que traz um posicionamento original sobre a distinção entre princípios e regras. Ávila considera alguns princípios como fundantes do sistema tributário brasileiro embora

essa ideia de fundamentalidade não determine a distinção. A distinção entre princípios e regras baseia-se em três critérios principais:

a) da natureza do comportamento prescrito;

b) da natureza da justificação exigida; e

c) da medida de contribuição para a decisão.

Em relação a esse terceiro grupo as mesmas questões colocadas para a teoria do direito, expostas principalmente nos Capítulos 2 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: DISTINÇÕES E APLICAÇÕES e 3 A DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS, poderiam ser aqui repetidas. Mas neste capítulo foi-se além dessas críticas gerais possíveis de serem realizadas à sua teoria. A aplicação, por Ávila, de sua própria distinção entre princípios e regras esbarra-se em uma circularidade infinita: por exemplo, uma norma por ele chamada de princípio vira, também, regra antes de sua aplicação ao caso. Logo, pergunta-se: qual a utilidade, portanto da distinção, se ao final tudo se tornará uma regra produzida para o caso individual?

Embora o autor argumente que a utilidade está na natureza da justificação, já que o princípio demanda uma avaliação de relação entre meio e fim e a regra demanda uma análise da correspondência dos fatos ao conceito da norma, ao fim, sempre que se for aplicar um princípio deverá ser criada antes uma regra.

Não é possível saber de antemão se o intérprete está ou não diante de um princípio ou de uma regra. Ao mesmo tempo em justifica a relevância da distinção pela natureza da justificação, o próprio Ávila afirma que as normas podem possuir várias dimensões, podendo funcionar como regras, princípios ou postulados, ainda que uma dessas dimensões prepondere.

O próprio Ávila acaba rotulando a norma pela sua dimensão preponderante, ou que ele supõe seja preponderante, embora a proposta teórica admita a coexistência em um mesmo dispositivo das diferentes espécies normativas. Mas, como definir a dimensão preponderante?

Não parece que a distinção entre regra e princípio seja útil para encontrar a resposta correta atribuindo às normas multidimensões. A dimensão finalística da norma, por exemplo, parece ser atributo de todas as normas, não sendo útil, portanto, para definir o modo de aplicação delas.

No caso do 1º e 2º grupo, parece que o grande problema das distinções apresentadas é em relação ao contraponto real que se pode estabelecer entre princípios e regras. Na medida em que se define princípio em contraponto ao conceito de regras, espera-se que o modo de aplicação de ambos seja igualmente distinto. Afirmar que uma norma tem mais importância

no ordenamento que outra em nada acrescenta à teoria da norma jurídica. Sabe-se que existem normas superiores a outras, inclusive uma das formas de solucionar falsas antinomias é justamente o critério da norma superior revogar a norma inferior.

Mas no caso dos princípios, além de serem normas com posição hierárquica superior, além de se ligarem a fundamentalidade do sistema, e além serem considerados conectados com os valores extrassistêmicos, precisa servir para guiar as condutas humanas e solucionar controvérsias.

Nos aspectos acima apresentados, não há problema na divisão entre princípios e regras. Pelo menos não se enxerga nenhum problema. O qualitativo de princípio é concedido conforme o jogo de linguagem em que os usuários da norma estão inseridos.

Mas como o Direito Tributário, um ramo do direito que avoca para si uma maior rigidez na análise das normas jurídicas de tributação, pode operar funcionalmente a diferença entre princípios e regras? A doutrina jurídica tributária dedica bastante tempo na conceituação do que seja "princípio jurídico", e há verdadeiro esforço argumentativo para conceituar, descrever, decompor as normas que assim são qualificas. Mas parece ignorar o debate sobre, afinal, o que é regra tributária? Será que essa distinção faz sentido levando em conta esse contraponto?

Como adequar princípios a estrutura lógica da norma conforme proposta por Carvalho (1974) ou como Coêlho (1982; 2003), sem fazer com que princípio seja nada mais do que a própria regra?

Ainda: seria mesmo necessário fazer essa distinção? Não se estaria na verdade diante de uma distinção que só faz sentido na retórica, e na argumentação abstrata? É o próximo desafio que será enfrentado.

5 INTEGRIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Até esse momento repassaram-se as principais teorias do direito acerca da distinção entre princípios e regras, tendo-se adotado o caminho da compreensão do tema sobre o fundamento teórico proposto por Dworkin, ou seja, a compreensão das normas jurídicas sob o enfoque da integridade, e em especial aplicar essa perspectiva para a compreensão do Direito Tributário e o discurso doutrinário dos princípios jurídicos.

Neste capítulo se pretende trabalhar a releitura da distinção entre princípios e regras na doutrina tributária defendendo a superação do paradigma positivista sem, contudo, descartar as contribuições e avanços que a doutrina trouxe para as limitações ao poder de tributar.

Nesse sentido, propõe-se uma releitura do próprio conceito de princípios, o compreendendo a partir de uma atitude interpretativa dentro de um paradigma de direito que defende o controle do Estado na atividade de tributação e a segurança jurídica em prol do contribuinte.

Assim, reafirma-se o que já se disse: a distinção normoteorética em abstrato[201] é irrelevante e não há enunciados normativos que possam ser considerados como princípios ou como regras no estilo proposto por autor como Dworkin, Alexy, Ávila entre outros autores examinados. E como se viu, nem a própria doutrina tributária tem adentrado à conceituação das regras, de forma a contrapor o conceito ao conceito de princípios.

Nesse ponto, adere-se ao projeto proposto por Cruz e que não parece ser rejeitado pelo próprio Dworkin na medida em que a própria distinção entre regras e princípios não é fundamental para o desenvolvimento de sua tese do direito como integridade. Isso não significa, porém, que não se deva compreender o conceito de princípio para a doutrina tributária, que parece ter um sentido muito específico, dentro do Estado Democrático de Direito, em relação às outras normas jurídicas.

Cada caso jurídico enfrenta diversas possibilidades de leitura, o que não significa a impossibilidade de encontrar a resposta correta, considerando-a a mais justa e adequada para regular as pretensões das partes que estão envolvidas naquele determinado conflito.

Assim, aqui neste capítulo volta-se à diferenciação entre os argumentos de princípio e argumentos de política, priorizando-se, no campo do direito tributário, especialmente em razão da centralidade que a relação entre Estado e contribuinte na regulação e intervenção na

[201] Em relação à distinção normoteorética em concreto sugere-se a leitura da nota de rodapé n. 60.

propriedade e na liberdade tem para esse ramo, os argumentos de princípio, concluindo-se que os juízes não estão livres para decidir.

É claro que os argumentos de política possui importância para o Direito Tributário, especialmente na sua formulação legislativa, uma vez que se deve reconhecer o papel que esse ramo possui para implementação de políticas públicas, por exemplo, no combate às desigualdades sociais e econômicas. Mas na solução dos conflitos entre Estado e contribuinte, a preponderância deve ser dos argumentos de princípios.

Retoma-se, portanto, a ideia de romance em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 275), valorizando a coerência e ao mesmo tempo permitindo que o direito seja visto conforme a "comunidade de princípios" em que se insere, fundamentando sua legitimidade pelo convencimento.

Isso se torna ainda mais relevante, quando se pensa que os tributos e o poder de tributar baseiam-se na **prestação pecuniária compulsória**, conforme o art. 3º do Código Tributário Nacional, mas que deve ser democraticamente estabelecida em razão da inserção da comunidade brasileira em um Estado Democrático de Direito, conforme previsto no ordenamento constitucional.

A solução do caso deve levar em conta o passado e o futuro, devendo ser uma solução coerente com o que já se construiu, respeitando a confiança do contribuinte, mas indicando o caminho que se pretende construir no futuro. Essa perspectiva construtivista valoriza o precedente, mas não impede o *overrulling*, ou seja, a superação de jurisprudência, embora traga a essa questão diversas limitações[202], para que possa integrar-se de modo harmônico ao sistema jurídico.

Como se vê, as normas jurídicas são superáveis, bem como os precedentes[203], de modo que um argumento útil para guiar a defesa da perspectiva que aqui se expõe foi oferecido por Bustamante (2006, p. 102-104), tendo sido adaptado para os fins deste trabalho, como já se argumentou no capítulo 3. Trata-se de analisar, na superação das normas tributárias, os critérios de classificação quanto à restringibilidade de uma norma, que deve observar a

[202] Um bom debate sobre esse tema, que não será aqui incorporado para não fugir ao que se propõe, foi realizado por Misabel Derzi (2009), para quem, tal como defendido aqui, é possível as modificações da jurisprudência, não devendo se engessar a atividade jurisdicional. Mas essas modificações não podem ser realizadas sem qualquer respeito aos princípios advindos do Estado Democrático de Direito. Assim, em resumo, para Derzi o princípio da irretroatividade deve ser aplicado **em prol do contribuinte** quando os tribunais superiores alteram jurisprudência consolidada favorável ao contribuinte. Registra-se posição parcialmente divergente, a qual não se filia, de Marciano Seabra de Godoi, para quem a proteção da confiança e da segurança jurídica deve ser aplicada tanto em prol do contribuinte quanto em prol da fazenda pública (ver. 2009; 2012a).

[203] Aprofundando a questão do precedente, sugere-se, complementando a nota de rodapé n. 202, a leitura do livro do Prof. Thomas da Rosa de Bustamante: *Teoria do precedente judicial* (2012).

importância da norma para a coerência do sistema jurídico, critério da ligação com direitos individuais, e precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade. Essas questões serão mais bem tratadas em tópico seguinte, reformulando essa perspectiva em uma proposta analítica para o Direito Tributário.

Isso deve ser ressaltado inclusive porque o Direito Tributário possui, também, fundamento ético, não sendo moralmente contingencial, uma vez que a tributação está longe de ser mera técnica de recolhimento de valores pecuniários, indo muito além. Além do aspecto limitador do poder estatal de tributar, possui, também, a função de promover a justiça social e pode ser ainda utilizado para promover ações positivas, por exemplo, a defesa do meio ambiente.

Pois bem, encarar o direito como integridade não se trata de defender uma distinção entre princípios e regras como duas espécies normativas contrapostas. Nesta tese, concorda-se com Cruz, e admite-se o direito como modelo de princípio, mas sob as luzes de um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação entre regras e princípios. As normas jurídicas são só *prima facie* vinculantes, dependendo sempre do caso para se tornarem normas jurídicas definitivas (CRUZ, 2007, p. 318).

Os argumentos que irão guiar a decisão, porém, devem ser sempre de princípio, e não de política, ou seja, deve preservar o seu caráter deontológico, baseado no código binário do lícito/ilícito. Mas a norma jurídica não pode ser considerada um conceito estanque de um só caso, mas um conceito que uma determinada comunidade desenvolve ao longo da sua narrativa histórica.

E é nesse sentido que se deve incorporar a ideia de romance em cadeia, já que a decisão nunca será uma decisão no sentido de fechamento conceitual, mas o resultado de uma argumentação narrativa (CRUZ, GUIMARÃES, 2014, p. 224-225). O papel do julgador não é buscar desculpas ou justificativas de por quê aplicou aquela solução ou decidiu daquela forma, mas deve construir uma narrativa responsável e que seja capaz de dar coerência ao direito.

Assim, tendo retomado os principais fundamentos teóricos que se pretende defender, volta-se às questões propostas para compreender a questão dos princípios dentro do Direito Tributário brasileiro.

Viu-se que a doutrina brasileira defende a distinção entre princípios e regras no âmbito normativo, adotando como critério principal o enfoque na fundamentalidade da norma para o sistema. Os princípios são encarados como normas que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, não havendo necessidade de complementação legislativa para sua efetividade,

embora a lei, ou a regra, possa ampliar o raio de sua amplitude, tal como se viu no caso da não cumulatividade.

Os princípios são vistos, predominantemente, como limitações constitucionais ao poder de tributar, compreendidos como trunfos de defesa do contribuinte possíveis de serem sacados em face das pretensões de tributar do Estado. No contexto doutrinário nacional uma exceção pode ser apontada, que é a visão do jurista Marco Aurélio Greco, para quem princípios norteiam e guiam todo o ordenamento de forma igual, não sendo possível a análise e a interpretação dos princípios restringida a uma possível perspectiva limitadora. Ver-se á que se trata de uma atitude interpretativa que se coloca na construção de outro paradigma de direito.

Também, se identificou que embora a doutrina conceitue princípios, ela não estabelece um contraponto real em relação às regras. Uma vez que os doutrinadores propõem a tese de que tratam-se de espécies normativas diferentes, esperar-se ia que o modo de aplicação de ambos fosse igualmente distinto. A mera fundamentalidade não seria capaz de diferenciar princípios de regras, uma vez que dentro da teoria da norma já há mecanismos capazes de diferenciar regras em níveis hierárquicos diferentes, e até de solucionar entre elas as suas antinomias.

Parece, portanto, que cabe uma releitura sobre o conceito de princípios na doutrina tributária, que espera-se, possa repercutir na doutrina constitucional brasileira. Não se pretende, porém, dizer que as contribuições da doutrina devam ser ignoradas. Pelo contrário, as contribuições da doutrina são suficientes para guiar o intérprete para uma nova concepção de princípio que atenda aos conceitos hermenêuticos contemporâneos e aqui defendidos. Logo, o que se pretende aqui é uma releitura do conceito de princípios tributários, levando em conta a contribuição já dada pela doutrina tributária nacional.

É preciso compreender o qualitativo de princípio como concedido pelo jogo de linguagem em que os usuários das normas estão inseridos, como já se afirmou, em especial o jogo de linguagem dos operadores do direito tributário, mas ao mesmo tempo, é preciso permitir a revisão desse conceito para agregar a ele um sentido mais próprio aos objetivos que esses mesmos usuários pretendem dele.

Como o Direito Tributário avoca para si uma maior rigidez na análise das normas jurídicas de tributação não pode operar funcionalmente com a diferença entre princípios e regras, no sentido de normas contrapostas, uma vez que há uma dificuldade enorme de diferenciar esses conceitos seja pelos prismas do modo de aplicação, seja pela estrutura lógica da norma, seja pelo grau de determinabilidade das condutas exigidas.

O que se defende é que regra nada mais é do que a norma jurídica *prima facie* aplicada ao caso; é a norma jurídica definitiva, e nesse sentido não se contrapõe à ideia de princípio, sendo, porém, uma das formas de sua provisória densificação, uma vez que a regra só surge para solucionar o caso. Princípio não é uma espécie de norma jurídica em contraposição às regras, mas, como se verá, deve ser encarado como um conceito interpretativo que está relacionado ao qualitativo dos direitos fundamentais, que será definido, também, a depender do contexto em que estiver inserido.

Assim, o que definirá uma norma tributária como princípio é se essa norma se referir de algum modo a um direito fundamental do contribuinte. Esse assunto será retomado adiante, de modo que se deve, ainda, permitir algumas colocações.

Ao fim, as normas jurídicas, todas elas, transformam-se em regras, com a estrutura lógica tal como proposta por Carvalho (1974) ou como Coêlho (1982; 2003), cabendo ao juiz o papel de argumentar narrativamente a formação daquela regra para o caso.

Embora se possa perceber a aderência majoritária da doutrina, especialmente entre a mais tradicional, composta pelos pensadores que desenvolveram suas pesquisas e trabalhos acadêmicos durante o momento de transição democrática, ao paradigma moderno da distinção entre princípios e regras, adotando a distinção fraca/quantitativa, em que os princípios são caracterizados pela sua generalidade e fundamentalidade em relação às regras, o fato é que a releitura de suas argumentações permitiria um avanço para uma nova hermenêutica sem cair nos problemas que as distinções contemporâneas trazem, especialmente as desenvolvidas por Dworkin, Alexy e Ávila.

É claro que isso exigiria em alguns casos abrir mão da qualificação e definição de princípios que a doutrina tributária comumente atribui às suas normas, focando-se, principalmente na descrição do conteúdo normativo e na aplicabilidade que essa doutrina nacional já desenvolveu.

Isso significa, portanto, que o conceito que será aqui proposto muitas vezes pode negar o caráter de princípios a uma norma assim qualificada comumente pela doutrina, uma vez que seu conteúdo não se refere aos direitos fundamentais. Isso se dá por que a doutrina tributária utiliza o termo princípio muitas vezes para designar coisas distintas sendo que disso decorre que muitas vezes a própria doutrina se perde entre o conceito que defende de princípio e a norma que ela assim classifica. É claro que isso não inutiliza os argumentos normativos da doutrina. Ocorre que o termo princípio, por conta disso, acaba ganhando mais apelo retórico do que uma função dentro do ordenamento jurídico. Também, significa que se admite o debate sobre se tal ou qual norma é de fato um princípio, entendido como direito fundamental.

Para esclarecer melhor as posições aqui tomadas, passa-se a discutir o conceito de princípios e regras sob o enfoque da atitude interpretativa. Para isso adotou-se o seguinte procedimento de análise:

a) busca-se explicar de maneira mais aprofundada o que se pretende dizer ao afirmar que princípios tributários devem ser compreendidos como direitos fundamentais;

b) aplica-se esse entendimento na proposição de um direito tributário visto como integridade em substituição ao direito tributário positivista, fortemente marcado pelo aguilhão semântico;

c) aborda-se a questão da integridade e dos argumentos de princípio; e, por fim,

d) conclui-se defendendo a interpretação do direito tributário como integridade.

A contribuição dessa tese, portanto, está na defesa de que princípios tributários devem ser vistos como normas de direito fundamentais do contribuinte, sendo que o Direito Tributário deve ser interpretado sob o enfoque da integridade.

Adentra-se à questão relativa à explicação do que se pretende dizer com a afirmação de que os princípios tributários devem ser compreendidos como direitos fundamentais.

5.1 O conceito de princípios na doutrina tributária nacional e as questões interpretativas

O debate sobre a distinção entre princípios e regras e sua aplicação no Direito Tributário está fortemente marcado pelo chamado aguilhão semântico que definiu-se aqui como o ferrão que constrange os intérpretes a se posicionarem como debatedores que acreditam compartilhar os mesmos fundamentos do direito, e se limitam a discutir a falsidade ou veracidade de uma proposição jurídica. Assim, tal como no caso do conceito de direito, os intérpretes estariam a limitar a discussão à falsidade ou veracidade de uma proposição como regra ou como princípio.

Nesse debate, saber se uma determinada proposição é princípio ou regra seria uma questão de fato, tal qual o conceito de direito. Suas bases seriam fixadas de forma não controvertida por meio de um conjunto de regras que seriam semanticamente compartilhadas pelos membros de uma comunidade, e assim seria possível afirmar que tal proposição é um princípio ou uma regra. Juristas poderiam divergir quanto ao fato de tal proposição ser ou não verdadeira, mas não sobre se essa proposição é ou não um princípio. Tal como na questão semântica do direito, o papel do intérprete é externo à norma, devendo somente investigar a intenção por detrás do texto ou de seu autor, excluindo sua perspectiva pessoal, ou debates

teóricos que apontam divergência sobre os critérios que fundamentam o direito (DWORKIN, 2007, p. 10-15; 38-44; 55-56).

Durante os dois semestres de 2013, o professor Marciano Seabra de Godoi, um dos titulares da disciplina de Direito Tributário da pós graduação *sctritu senso* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, proporcionou um longo e produtivo debate acerca da natureza da distinção entre regras e princípios, especialmente voltando a temática às questões tributárias. O que se viu é que muitos dos debates, entre os juristas ali presentes, giravam em torno de se definir um critério para que se pudesse atribuir a uma proposição jurídica o conceito de princípios e regras. Tratava-se, como se vê de uma discussão de fato, embora diversos dos membros desta comunidade alertassem para o fato de que essa discussão não poderia ser meramente fática.

Inclusive no Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional[204], realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais, no ano de 2014, em que se discutiu o conceito e a aplicação do Direito em Robert Alexy, o doutorando afirmou o seguinte:

> Os princípios entendidos como mandados de otimização em contraposição ao conceito de regras como normas que devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, em sua integralidade, é perfeitamente possível de ser utilizado para compreender a normatividade tributária nacional.
> Especialmente porque as normas tributárias possuem forte conotação de direitos fundamentais (ainda que seja uma compreensão fortemente marcada pelo paradigma liberal), constituindo-se, antes de tudo, como limitações ao poder estatal.
> Porém, deixa-se bem claro que distinguir espécies normativas tributárias em princípios ou regras, sob o enfoque teórico de Alexy (2012), exige abrir mão dos rótulos que a doutrina tributária comumente atribui às suas normas.
> Pode-se manter a descrição do conteúdo normativo que a doutrina nacional já desenvolveu, mas os rótulos, tal como princípio da espera nonagesimal, devem ser radicalmente abandonados e reconstruídos (RIBEIRO, 2014, p. 184-185).

Nesta ocasião sugeriu-se um exercício de releitura do Direito Tributário marcado pela aceitação da distinção entre regras e princípios sob o enfoque teórico de Alexy, tentativa da qual se afastou nesta tese. Naquele texto, aprofundou-se a discussão em relação à interpretação das normas da não cumulatividade e da espera nonagesimal, ocasião em que se defendeu que aplicando a distinção de Alexy, poderia ser afirmado que a não-cumulatividade é regra quando se está falando do crédito físico, pois, ou satisfaz-se a regra ou não, e em referência aos créditos financeiros trata-se de princípio, já que a Carta Magna exigiria a sua

[204] Para aprofundar nos debates ocorridos no referido congresso sugere-se a leitura dos Anais, organizados por Trivisonno, Saliba e Lopes (2014), e da obra Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito (2014), tendo como autor principal Robert Alexy, organizado, também, por Trivisonno, Saliba e Lopes.

realização na maior medida do possível, cabendo ao legislador fazer a ponderação da medida ideal.

Em relação à espera nonagesimal, defendeu-se que deveria ser rotulada de regra por ser uma norma que determina que um tributo só poderá ser cobrado de fatos geradores que ocorrerem noventa dias após a sua instituição.

Concluiu-se que "a teoria dos princípios formulada por Alexy pode [ria] ser aplicada ao Direito Tributário Brasileiro desde que os rótulos já previamente dados pela doutrina sejam abandonados" (RIBEIRO, 2014, p. 185), desde que fossem mantidas as descrições do conteúdo das normas jurídicas já desenvolvidas.

Essa conclusão, como se afirmou acima, tem sido rejeitada pelo doutorando nesta tese, abandonando-se aquele intento por não mais reconhecer a utilizada na distinção normoteorética entre regras e princípios. Mas, tal exercício é ilustrativo do que se pretende aqui demonstrar: em geral os juristas se limitam à discussão de fato, buscando atribuir um critério para que se pudessem distinguir as diversas proposições jurídicas pelos conceitos de princípio ou regra.

Debates como esse foram comuns durante o semestre em que se discutiu a cientificidade da proposta de distinção normoteorética apresentada pelos autores que a defendem, e aqui nesta tese abordados.

Assim, como se vê, o debate travado em sala de aula, e repercutido no Congresso estava mais para uma discussão sobre se era possível fixar de forma não controvertida um critério semântico para dizer que uma determinada proposição seria um princípio ou uma regra.

Mas analisando a situação de forma mais profunda, percebe-se que embora os juristas ali presentes pudessem discordar sobre esses fundamentos de validade, todos acabavam em sua prática diária tratando determinadas proposições jurídicas tributárias como princípios sem muitos problemas práticos, fazendo-se compreender pelos demais integrantes desta comunidade jurídica. Esse parece ser o mesmo sentido que Dworkin aplica às regras de cortesia. Eis:

> Todos desenvolvem uma complexa atitude "interpretativa" com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas que tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas ao

> contrário, suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras escritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade. (DWORKIN, 2007, p. 57-58).

Ora, quando essa comunidade de alunos, do professor Marciano Godoi, lida com os conceitos de princípios tributários não apenas pressupõe que essa entidade normativa exista, mas que elas estão suscetíveis de serem compreendidas e modificadas para melhor atenderem a sua finalidade. Essas pessoas, portanto, não só reproduzem mecanicamente os princípios tributários, mas tentam impor a eles um significado que seja o melhor possível (DWORKIN, 2007, p. 58). É claro que esses participantes, durante os litígios que travam no meio jurídico, não tentam a todo o tempo dar nova interpretação à norma jurídica que se nomeou como princípio, aplicando-se muitas vezes conforme ela se apresenta corriqueiramente. Mas é fato que paralelamente a isso, tentam os membros desta comunidade reinterpretá-los de maneira que possam, não só pautar o discurso e a argumentação na existência dos princípios, mas estabelecer o que de fato eles são, e quais proposições normativas simplesmente são pseudos princípios.

Neste sentido é que se deve ver, tal como sugere Dworkin, essa interpretação criativa, como uma interpretação construtiva, e que se preocupa mais com o propósito a que ela se dirige do que a causa do seu surgimento. Assim, para Dworkin, "em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito **a um objeto ou prática**, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam" (2007, p. 63-64) (negrito nosso).

Por conta disso, não se pretende sugerir que a doutrina tributária abandone o conceito de princípios simplesmente porque não se adere à distinção normoteorética que o distingue do conceito de regra. Mas trata-se de compreender qual o propósito que ela impõe às normas jurídicas que nomeia como princípios.

Para isso enfrenta-se a questão das etapas da interpretação propostas por Dworkin (2007, p. 81-84). Para compreender o conceito de princípio dentro da doutrina do Direito Tributário, em primeiro lugar passa-se pela etapa "pré-interpretativa"[205], caracterizada pela identificação do que se pode chamar de princípios tributários e classificá-los.

---

[205] "Coloco "pré-interpretativo" entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nesta etapa – se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia". (DWORKIN, 2007, p. 81).

Dentre os princípios tributários constitucionais podem ser identificados, como exemplo, aqueles apresentados por Paulo de Barros Carvalho (2013, p.166-177):

a) estrita legalidade;

b) anterioridade; (c) anterioridade nonagesimal;

d) irretroatividade;

e) tipologia;

f) proibição de tributo com efeito de confisco;

g) capacidade contributiva;

h) vinculabilidade da tributação;

i) uniformidade geográfica;

j) não discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens;

l) territorialidade da tributação;

m) indelegabilidade da competência tributária; e

n) não cumulatividade.

Em um segundo momento, passa-se à etapa interpretativa em que se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada. Ou seja, por que chama-se tais proposições jurídicas de princípios? "Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas" (BARROS, 2013, p. 158).

Nessa etapa, percebe-se que o conceito de princípio abarca um conjunto de outras definições parciais como a ideia de princípios como normas jurídicas que introduzem valores de grande importância no ordenamento, e a ideia de princípio como normas que estabelecem limites objetivos. Ocorre que ao dar conteúdo aos princípios, o autor acaba não só o compreendendo como linhas diretivas, mas como limites ao Estado no poder de tributar. Como exemplo, toma-se a discussão sobre o conteúdo do princípio da irretroatividade:

> Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranquilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsórios. Isso marcou decisivamente o meio jurídico e, na primeira oportunidade, que ocorreu com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, fez empenho em consignar outra prescrição explícita, dirigida

> rigorosamente para o território das pretensões tributárias, surgindo, então o princípio sobre que falamos. (BARROS, 2013, p. 170).

Como se vê, reforça-se a ideia de estabelecer limitações tão importantes a serem elevadas ao papel de limites ao poder de tributar, trunfos que os contribuintes que orientam a direção de seus negócios podem utilizar para impedir os avanços do poder estatal[206]. O mesmo vale, para finalizar as exemplificações, à descrição do conteúdo do princípio da capacidade contributiva:

> Havemos de considerar que a expressão tem o condão de denotar dois momentos distintos no direito tributário. Realizar o princípio pré-jurídico da capacidade contributiva absoluta ou objetiva retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto. Por outro lado, também é capacidade contributiva, ora empregada em acepção relativa ou subjetiva, a repartição da repercussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento. (BARROS, 2013, p. 173).

Vê-se que o próprio autor chama a capacidade contributiva absoluta como um princípio pré-jurídico, ou seja, a seleção dos signos de riqueza se dá em um espaço político ou econômico, e não jurídico. Interessa do ponto de vista jurídico, portanto, nesse raciocínio, a repartição da repercussão tributária em nível individual, sendo satisfeita e válida se não avançar além da capacidade econômica do contribuinte, sem, contudo, gerar o dever ao contribuinte de pagar tributos na integralidade da sua capacidade econômica se o legislador assim não o determinar.

Isso é muito relevante, na medida em que a capacidade contributiva, nessa percepção teórica, parece possuir duas frentes:

a) a frente política, que permite ao legislador ampla possibilidade de escolha do signo de riqueza, sendo caracterizada por se um momento pré-jurídico; e

b) a frente jurídica, que dá ao contribuinte o direito de invocar o princípio da capacidade contributiva quando o signo de riqueza e a sua materialização numérica for além da sua capacidade econômica, sem, conceder em troca o direito ao fisco de invocá-lo quando o legislador tiver escolhido um signo de riqueza e aspectos de sua materialização numérica que vai aquém da capacidade econômica do contribuinte.

---

[206] Ávila defende que os princípios são limitações em um sentido ainda mais amplo: "as limitações são normalmente dirigidas contra o Estado, mas não apenas contra ele. Com efeito, além de conter a força estatal, as limitações também servem de instrumento para conter forças econômicas e sociais" (ÁVILA, 2011b. p. 127).

Um exemplo: suponha-se que o legislador determine que os contribuintes recolham ao caixa da fazenda pública 10% da sua renda mensal, e não permita nenhuma dedução, independente do valor recebido. Essa exigência pode se mostrar inconstitucional ou exigir uma interpretação conforme para aquelas pessoas que recebam apenas um salário mínimo, e possuam gastos excessivos com saúde em decorrência de uma doença grave. Mas essa exigência, apesar de tímida, não poderá ser questionada pelo fisco, se aplicada a um grande empresário nacional que aufere rendas vultosas. Embora, possa se concluir pela injustiça da lei, o raciocínio exposto pela compreensão interpretativa do princípio, impediria seu alargamento. Voltar-se-á a problematizar essa questão a seguir. Por enquanto, essas observações são suficientes para se seguir na proposta de interpretação do que sejam os princípios.

A terceira etapa, pós-interpretativa ou reformuladora, é marcada pela proposta de ajustar "a ideia daquilo que a prática 'realmente' requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa" (DWORKIN, 2007, p. 82). Ou seja, trata-se de repensar o conceito que Barros, ou de um dos outros autores que poderia ser aqui exemplificado, ofereceu aos princípios jurídicos, e reclassificar as proposições normativas, e verificar se elas são de fato princípios.

Mas adverte Dworkin, "não obstante, haverá uma controvérsia inevitável, mesmo entre os contemporâneos, a propósito das exatas dimensões da prática que eles todos interpretam, e a controvérsia será ainda maior quanto à melhor justificativa para tal prática" (2007, p. 83).

Assim, compete aqui adentrar a questão dos conceitos e concepções. Afinal, deve-se estar perguntando: o que de fato são os princípios tributários no nível pós-interpretativo? Reanalisando a doutrina tributária exposta no capítulo 4 desta tese, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que princípios são direitos fundamentais do ordenamento, e não espécie normativa em contraposição às regras.

Esse ponto é relevante uma vez que:

a) se pode dissociar a doutrina tributária das tentativas da teoria do direito de distinguir princípios de regras; e

b) pode-se compreender a doutrina tributária sob o enfoque próprio do seu jogo de linguagem, apartando-se da confusão gerada pelas teorias que afirmar que princípios tributários não existem ou que a denominação de princípios não é relevante.

Isso não significa dizer que a doutrina tributária se refira a princípios como direitos fundamentais em todos os momentos em que se utiliza do dístico. Trata-se, aqui, de dar a

melhor interpretação da prática jurídica possível. Por exemplo, lá na prática social da cortesia os participantes de um determinado jogo de linguagem podem se referir a um determinado comportamento ou evento como se fosse uma prática da cortesia, sem que isso signifique que de fato o seja.

Como se afirmou, pode ser que os doutrinadores se refiram a uma determinada norma como se princípio fosse, por costume ou por mera retórica, sendo que no contexto geral da prática social, não se trate de um princípio.

Ademais, pode haver, inclusive, um debate, por exemplo, se as normas da não cumulatividade, da progressividade ou da seletividade são direitos fundamentais ou não. Isso não é uma discussão meramente de fato, mas sim de direito, uma vez que considerar uma norma como direito fundamental na prática interpretativa significa dar a ela, por exemplo, elementos de irreversibilidade e imodificabilidade restritiva[207].

Por mais que a própria doutrina tente se vincular à distinção normoteorética oferecida pelas teorias que distinguem princípios de regras, o que se percebe é que o debate de fundo está longe de estabelecer essa distinção, ou longe de ser necessária essa distinção, uma vez que, como se demonstrou, ela não se dá em bases racionais, e a própria doutrina tributária sequer se preocupa em definir o que sejam as regras.

O critério da fundamentalidade na distinção entre princípios e regras, predominante no discurso doutrinário tributário, sendo os princípios considerados normas que fundamentam as regras, deve ser encarado de outra perspectiva.

Ao defenderem que princípios são normas nucleares do sistema a irradiar-se sobre toda a estrutura do sistema tributário, a doutrina seria mais bem sucedida se incorporasse o sentido de direito fundamental, sem a necessidade de contrapô-lo às regras, tal como defendido pelas Teorias do Direito que foram apresentadas nesta tese. Dois motivos expressam isso:

a) primeiro que a distinção é irrelevante para o conteúdo desenvolvido pela doutrina tributária e sua aplicabilidade; e

[207] Na ADIn. n. 9.397, por exemplo, o STF interpretou as limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como as imunidade previstas na Seção II, do Capítulo I, do Título VI da CF, como direitos fundamentais irreversíveis, imodificáveis por meio do poder derivado de emenda e reforma. Nessa seção, por exemplo, nada se fala acerca da não cumulatividade. Ora, poder-se-ia debater se a não cumulatividade pode ser interpretada como um princípio, estendendo ou não, portanto, as conclusões do STF para aquelas normas para as normas da não cumulatividade. Não há outras normas constitucionais que passam por esse debate? Por exemplo, na seara do Direito Penal, discute-se se a maioridade penal prevista no art. 228, da Constituição Federal, é garantia individual, de modo que sua redução fosse inconstitucional. O debate, portanto, não é uma questão de fato, como se fosse possível estabelecer um critério semântico para identificar uma norma como direito fundamental ou não. A questão é interpretativa.

b) tomando, como referência, qualquer uma das teorias do direito aqui apresentadas, muitas das normas classificadas pela doutrina como princípio seriam regras, sem que isso significasse perder o caráter de direito fundamental.

A doutrina não assume explicitamente essa conclusão, mas trata-se de dar a melhor interpretação disponível ao conceito de princípio de forma a se pensar o Direito Tributário de maneira coerente. Oferece-se assim, uma nova forma de compreender os princípios tributários, sem menosprezar os ganhos que a doutrina obteve em relação aos modelos jurídicos anteriores.

Assim, o **conceito** de princípios tributários se liga à ideia de direitos fundamentais, e a **concepção** de direitos fundamentais vai se referir a diferentes posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p. 87).

Dentro ainda do prisma da teoria de Dworkin pode-se concluir que a afirmação acima é interpretativa e não semântica. Primeiro porque não se trata de uma afirmação sobre as regras básicas da linguística, as quais todos devem obedecer para serem entendidos. Inclusive admite-se que princípios possam ser utilizados de maneira diferenciada por outros autores, especialmente os da Teoria do Direito. Segundo porque não é uma afirmação atemporal, mantendo-se graças a um padrão de acordo e desacordo que pode no futuro desaparecer. E por fim, porque a afirmação pode ser contestada, e embora o contestador possa ser ridicularizado, ele será perfeitamente entendido. "Sua contestação marcará o aprofundamento da divergência, e não, como no caso de alguém que diz que *Moby Dick* não é um livro, sua superficialidade" (DWORKIN, 2007, p. 88).

E para compreensão do sentido de princípios, ainda é necessário compreender que a cada etapa histórica do desenvolvimento desse conceito dentro do Direito Tributário, certas exigências se mostrarão a quase todos como paradigmas, isto é como um requisito para que se considere aquela norma como um princípio tributário. Segundo Dworkin,

> O papel que esses paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático (2007, p. 88).

Essa abordagem leva a concluir, inclusive, que sempre que alguém tiver a intenção de reforçar uma norma como uma norma de direito fundamental, a pessoa atribuirá àquela proposição o conceito de princípio. Assim, se um dos membros da comunidade das aulas do

Marciano Godói pretender atribuir a uma norma que estabelece que as declarações de ajuste do imposto de renda da pessoa física devam ser entregues no último dia do mês de abril de cada ano a qualidade de direitos fundamentais, haverá um acordo abstrato a propósito do conceito de princípio que tornará essa pretensão uma pretensão plausível ou absurda. Segundo Dworkin,

> Em decorrência desse papel especial, a relação entre a instituição e os paradigmas da época será estreita a ponto de estabelecer um novo tipo de atributo conceitual. Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário.
> (...)
> Os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco. (DWORKIN, 2007, p. 89).

É nesse sentido que se pode compreender a divergência entre a perspectiva de Marco Aurélio Greco dos demais autores da doutrina tributária. Enquanto a maioria dos doutrinadores brasileiros veem os princípios como trunfos de defesa do contribuinte possíveis de serem sacados em face das pretensões estatais de tributar, o autor Marco Aurélio Greco encara os direitos fundamentais sob o paradigma de que eles norteiam e guiam todo o ordenamento jurídico, não se restringindo à perspectiva limitadora do papel dos princípios. Trata-se de uma divergência de fundo sobre a concepção de direitos fundamentais estabelecidos no Direito Tributário.

Assim, seria possível inclusive argumentar que o Direito Tributário estaria em fase de transição paradigmática, uma vez que a leitura de Marco Aurélio Greco acerca do papel dos princípios tem sido admitida pelos novos juristas, tais como Marciano Seabra de Godoi (2006; 2011; 2012b; 2013) e Felipe Faria de Oliveira (2010). Mas se tais argumentos fossem afirmados há duas ou três décadas atrás, seriam encarados como um erro extraordinário.

Em relação a essas divergências, aplicam-se as mesmas ponderações que Dworkin faz às divergências acerca do conceito de direito, uma vez que "as interpretações lutam lado a lado com os litigantes diante do tribunal" (2007, p. 110). Para o autor norteamericano (2007, p. 110-111) as teorias interpretativas de cada operador do direito serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes. Mas todas as comunidades possuem seus paradigmas, e as proposições de alguma maneira não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância. Assim, um grande número de forças atenua as diferenças e conspiram a favor da convergência. Mas a dinâmica da interpretação embora seja marcada por essas forças convergentes, a elas resistem, de modo que o conceito não fica estagnado, e esbarre no tradicionalismo:

> Certas soluções interpretativas, incluindo pontos de vista sobre a natureza e a força da legislação e do precedente, são muito populares em determinada época, e sua popularidade, ajudada pela inércia intelectual normal, estimula os juízes a considerá-las estabelecidas para todos os propósitos práticos. Elas são os paradigmas e quase-paradigmas de sua época. Mas ao mesmo tempo outras questões, talvez igualmente fundamentais, são objeto de debates e controvérsias. (DWORKIN, 2007, p. 111).

Desse modo, embora alguns conceitos fiquem aparentemente solidificados durante um tempo, sempre há desacordos, e constantemente "os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas" (DWORKIN, 2007, p. 112).

Para Dworkin "o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado" (2007, p. 116), e por conta disso, são direitos e responsabilidades jurídicas.

Os direitos e as responsabilidades jurídicas são compreensões que admitem antagônicas perspectivas sem comprometer o conceito de direito, sendo preenchidos conforme o paradigma que se sujeita. Mas em suma, o argumento jurídico provê uma "justificativa para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos individuais" (DWORKIN, 2007, p. 134).

O direito, portanto, traz um conjunto de normas que autorizam o uso da força oficial contra o cidadão, e nesse sentido deve ser, também, compreendido o Direito Tributário, na medida em que é nada mais nada menos do que o conjunto de normas que autorizam o uso da força oficial contra o cidadão para que ele se submeta a prestação pecuniária estabelecida em lei.

Os princípios tributários, portanto, assumem a conceituação de direitos fundamentais no sentido de conformadores e limitadores do uso da força oficial contra o cidadão na questão tributária[208].

Na sua dimensão individual, princípios são os chamados trunfos individuais do cidadão em face do poder estatal. São trunfos que não são simplesmente denegações de atribuição do poder estatal de tributar, tal como as imunidades, mas que conformam as

[208] Tal com o Direito Penal e do Direito Administrativo, e diferente de outros ramos, a relação jurídica preponderante envolve de um lado o Estado, com diversas prerrogativas, que só podem imperativamente invadir a esfera individual se autorizado por lei, e, do outro lado, o contribuinte, a quem interessa proteger seu patrimônio e sua liberdade. Por isso a atitude interpretativa para compreensão dos princípios deve levar em conta essa perspectiva dos princípios como direitos fundamentais. Em outros ramos jurídicos, com outros jogos de linguagem, princípios jurídicos podem acabar ganhando outras dimensões. Não interessa aqui analisar essas possibilidades. Deve-se entender que as conclusões aqui restringem-se ao Direito Tributário brasileiro sob o enfoque dado pela doutrina (e não pela jurisprudência, por exemplo).

normas atributivas de poder e são requisitos ao exercício válido do poder de tributar. É essa a interpretação que a doutrina tradicional tributária majoritariamente tem dado aos princípios.

Trata-se, como se pode notar, de uma primeira **concepção do conceito** de princípio, fortemente marcada pelas influências da emergência do Estado de Direito sob o paradigma liberal. Marco Aurélio Greco, por exemplo, não compartilha desta perspectiva. No tópico 5.2 De volta à questão dos princípios como Direitos Fundamentais voltar-se-á a essa questão.

Para encerrar esta seção, é preciso distinguir essa percepção da ideia de princípio em Dworkin como trunfos individuais, uma vez que não se está defendendo a existência de diferentes padrões normativos. Mas equipara-se a essa ideia quando se está diante da questão da argumentação de princípios em contraposição à argumentação de política. E essa distinção é significativamente útil para o que se defende aqui, uma vez que ela será capaz de dar sustento teórico tanto à teoria tradicional quanto à teoria defendida por Marco Aurélio Greco.

5.1.1 Argumentos de princípio no Direito Tributário: limites e possibilidades

Dworkin afirma que a tese de que os juízes aplicam, ou deveriam aplicar o direito criado por outras instituições, não devendo criar novos direitos, embora possa parecer plausível no plano ideal, não se concretiza na prática, uma vez que "as leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos" (DWORKIN, 2010, p. 128). Além disso, muitas controvérsias colocam em questão problemas que não podem ser decididos nem mesmo se forem ampliadas e reinterpretadas as regras existentes. Assim, o autor norte americano acaba admitindo que "os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita" (2010, p. 128).

Bem, isso coloca dois problemas. O primeiro deles o próprio autor já adianta: diversos teóricos, ao admitirem que os juízes criam novos direitos, ou justificam sua ação afirmando que devem os juízes agir como se fossem legisladores delegados, e por conta disso devem resolver o caso levando em consideração o que os legisladores levariam em conta, ou justificam, de maneira mais profunda, conceitual e politicamente, defendendo que os juízes devem ser considerados como legisladores segundos, ou seja, não só como delegados mas como se fossem legisladores propriamente ditos.

O segundo problema, não abordado pelo autor, mas que se pode ser levantado em razão da natureza do Direito Tributário e como consequência do primeiro problema, refere-se à importância que a norma da legalidade e da tipicidade[209] possuem no Direito Tributário.

A legalidade pressupõe a realização do previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal, que proíbe que os entes federados exijam ou aumentem tributos sem lei que o estabeleça, considerando o termo *lei* em seu sentido formal, ou seja, aquele instrumento normativo aprovado pelo Poder Legislativo devidamente constituído (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014, p. 236).

A tipicidade seria um acréscimo de exigência à legalidade, determinando que a lei "deve definir os principais aspectos do tributo com um grau satisfatório de precisão e concretude sem recorrer a conceitos vagos e sem dar margem à discricionariedade administrativa na cobrança do tributo" (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014, p. 236).

Vê-se, portanto, que a admissão do papel criativo do juiz pode soar contraditória em razão do que se afirmou. Quanto a isso, Dworkin afirma que

> Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro.
> Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, àquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumentação não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude política, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificativa política. (DWORKIN, 2010, p. 129-130).

No caso dos programas legislativos, tanto os argumentos de política quanto os argumentos de princípio são úteis para justificar uma fórmula legislativa específica, como

[209] Não se pretende debater o conceito de tipicidade aqui e suas problematizações. Já se fez tal debate no tópico 4.1.2 *Os princípios jurídicos na doutrina de Misabel de Abreu Machado Derzi*, quando se apresentou os argumentos de Derzi sobre os princípios jurídicos. Tomou-se aqui pelo seu uso corriqueiro. Para aprofundamento do debate, ver as considerações de DERZI, 2007; 2011b, em que o princípio da tipicidade é chamado de princípio da determinação conceitual e os diversos artigos organizados por RIBEIRO e ROCHA (2008) em que se discute a legalidade e a tipicidade no Direito Tributário Brasileiro.

uma lei que concede algum benefício fiscal para determinado setor. Se fosse possível considerar os juízes como legisladores segundos, eles estariam, também, legitimados a fazer o mesmo (DWORKIN, 2010, p. 130).

É claro que um juiz que aplica a lei, justifica sua aplicação por argumentos de princípios que podem ter sido originados de argumentos de política. Eis um exemplo: imagina-se que o juiz aplique as alíquotas progressivas do imposto de renda, que foram assim determinadas pela lei, tendo essa sido produzida sob o entendimento de que aqueles que recebem mais renda devem contribuir mais, de modo que toda a comunidade se beneficie de um sistema de solidariedade fiscal, em que os mais ricos contribuam mais para a manutenção dos serviços públicos em benefício dos mais pobres.

Refinando mais o argumento, suponha-se que determinado microempresário ajuíze uma ação para que um benefício fiscal concedido por lei a outros microempresários seja lhe concedido. A argumentação não será de política, mas sim de princípio, uma vez que o que ele pretende é que a lei lhe seja aplicada em razão da igualdade, e não em razão das políticas de emprego e renda que aquela lei possa ter almejado. A lei transformou a questão de política em uma questão de princípio, e o debate em juízo deve girar em torno da concessão ou não do direito individual, e não de seus efeitos e benefícios coletivos.

Debate similar esteve presente no RE 405.579/PR em que se discutiu o alcance da Lei 10.182/2001. A referida lei concedeu redução de 40% do imposto de importação para que montadoras e fabricantes de veículos importassem pneus para revenda (no mercado de reposição), vedando o benefício para as empresas que exclusivamente revendessem pneus. Empresa que era exclusivamente revendedora de pneus questionou a legislação, afirmando que o tratamento diferenciado violaria o princípio da igualdade. O STF não reconheceu o direito da empresa, pois, segundo a corrente majoritária, a lei não teria autorizado a importação com desconto para que as montadoras ou fabricantes simplesmente revendessem pneus. A corrente minoritária "entendeu que a Lei 10.182 instituíra tratamento desigual entre contribuintes que se encontravam em situação equivalente, e o acórdão recorrido agira corretamente ao estender o benefício a quem se viu arbitrariamente excluído do seu gozo" (GODOI, 2011, p. 63).

Como se pode notar, o debate girou em torno da argumentação de princípios, e não na discussão sobre as *policies* que justificariam os benefícios.

Mas adverte Dworkin, que se a premissa de que tribunais exercem o papel de legislador segundo ou delegado for verdadeira, então "se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode

parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios ou por políticas" (2010, p. 131). Esse seria o caso em que os tribunais poderiam adotar uma ou outra solução, sendo que ambas poderiam ser legítimas, uma vez que se baseassem em questões de política.

Veja o caso controvertido do RE 547.245/SC, em que o STF discutiu a incidência do ISSQN sobre o *leasing* financeiro. A decisão final "foi a de que o *leasing* financeiro não se confunde com uma simples obrigação de dar" (GODOI, 2011, p. 166), de modo que é legítima a incidência do ISSQN sobre a atividade que foi considerada como típica e constitucionalmente prestação de serviço prevista na Lei Complementar 116/2003.

Os argumentos que fundamentaram a decisão final foram argumentos de princípios, uma vez que giraram em torno da questão do direito do fisco de exigir a exação fiscal. Porém, destaca-se, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o seguinte questionamento: "Observo que os operadores de *leasing* estão no melhor mundo possível porque eles não pagam ISS, não pagam ICMS, não pagam IOF. Qual seria o tributo, então, que incidiria sobre essa operação?" (STF, 2009, p. 891).

Embora se trate de uma pergunta retórica dentro do voto do Ministro, poderia se questionar, a título de análise, se fosse essa a questão controvertida dos autos: seria socialmente justo que uma operação mercantil com tamanhos ganhos financeiros ficasse fora da tributação? Se o STF estivesse discutindo essa questão, os ministros poderiam ser considerados legisladores segundos, uma vez que o tribunal poderia tanto seguir a alternativa de tributar quanto de não tributar, fosse uma ou outra a recomendação do argumento de política.

Se a lei fosse omissa em relação a qual tipo de exação fiscal recairia sobre as operações de *leasing*, isso pareceria absurdo, pois, não se pretende justificar ou autorizar o poder de tributar com base em argumentos de política fora do processo legislativo. E isso se dá tanto por razões de respeito à democracia, quanto por razões de proteção da segurança e da confiança do contribuinte.

Mas como compatibilizar a tese de que na ausência de leis ou precedentes o juiz tenha que criar novo direito? Dois argumentos devem ser explicitados para justificar essa questão em relação ao que se pretende aqui defender, sem incorrer no equívoco da tese que admite o juiz seja como legislador segundo seja como legislador delegado. Segundo Dworkin,

> A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como

> ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever criado, pelo juiz após o fato.
> Esses dois argumentos se combinam para sustentar o ideal tradicional de que a decisão judicial deve ser o menos original possível. Contudo, eles oferecem objeções ainda mais poderosas às decisões judiciais geradas por políticas do que às geradas por princípios. (DWORKIN, 2010, p. 132-133).

Para o autor, em relação à primeira objeção não há dúvidas quanto a sua correção na medida em que os processos judiciais são incapazes de "oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração", e ainda que a democracia representativa possa não levar em consideração todos os diferentes interesses, ela ainda é uma solução mais adequada do que atribuir essas responsabilidade aos juízes, sem qualquer compromisso com grupos de pressão legítimos ou cobranças do eleitorado (DWORKIN, 2010, p. 133). A segunda objeção também seria convincente em relação aos argumentos de política, já que para o estado atual do direito seria difícil defender o sacrifício do direito de um homem inocente em razão de um direito novo criado depois do fato (DWORKIN, 2010, p. 133).

Mas essas objeções continuariam presentes em relação aos argumentos de princípios? Para Dworkin, não. Em relação à primeira objeção, o autor destaca que "um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade" (DWORKIN, 2010, p. 134). Prossegue o autor:

> Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento. (DWORKIN, 2010, p. 134).

Por fim, em relação à segunda objeção, a originalidade judicial, Dworkin afirma que

> Se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele. Mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação explícita anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação. O ponto está, certamente, no fato de que se o dever tivesse sido criado por lei, o réu teria tomado conhecimento desse dever de maneira muito mais explícita, e seria razoável esperar que organizasse seus negócios de forma a precaver-se contra as consequências do cumprimento do dever. Mas um argumento

> de princípio nos leva a considerar sob uma nova luz, a reivindicação do réu de que é injusto surpreendê-lo com a decisão. Se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação em uma lei. (DWORKIN, 2010, p. 134-135).

É claro, e Dworkin não deixa de ponderar isso, que há reivindicações que geram dúvidas nos tribunais, e uma das partes pode acabar sendo surpreendida de alguma maneira pela decisão judicial. Ocorre que nesses casos, quando comparados os argumentos dos demandantes, e levados em conta os direitos e deveres invocados, o tribunal conclui que as expectativas de um dos demandantes eram mais justificadas. Isso não significa que os tribunais não possam errar.

Isso não depõe a favor do argumento que admite a possibilidade de originalidade, uma vez que o fato de defender que os juízes não possam ser originais, não significa que eles não possam cometer erros. E esse ponto é importante em Dworkin, pois o autor norte americano parece admitir certo grau de risco na atividade de resolução de conflitos, ao qual todos acabam expostos.

A criação do novo direito deve ser compreendida como criação de uma solução para o caso, ou seja, de uma nova regra, densificando as normas jurídicas que são só *prima facie* vinculantes. Embora isso signifique que cada caso é um caso novo, diferente, isso não significa que as questões ou perguntas jurídicas que são colocadas em relação às controvérsias sejam diferentes de casos já resolvidos pelos tribunais em outras oportunidades.

Ocorre que a narrativa a ser construída para responder as perguntas que emergem do caso devem ser construídas baseadas no estabelecimento de argumentos que levem em conta direitos de uma pessoa ou de um grupo envolvido (direitos individuais e não direitos coletivos - no sentido de objetivos políticos), e os deveres da parte contrária.

A relação aqui é uma relação de direitos, deveres e responsabilidades jurídicas, marcada pelo conflito de interesses individuais. Não se pode admitir uma decisão judicial baseada em questões de políticas públicas, sejam elas sociais, econômicas ou ambientais, especialmente no campo tributário, preenchendo o vazio que o legislador deixou, pois exigiria que o juiz pudesse ponderar consequências e valores que estão longe da sua competência, e mais ainda, fora do ponto controvertido que lhe foi submetido.

No caso do Direito Tributário a questão da argumentação de princípios em contraponto à argumentação de política deve ser vista de maneira mais rigorosa, em razão do princípio da legalidade e da tipicidade. Dworkin admite, como se viu acima, que é possível

reconhecer direitos e deveres que não tenham sido impostos por uma legislação explícita anterior (2010, p. 134). Mas essa tese deve ser vista com limitações no caso do Direito Tributário brasileiro.

A legalidade deve ser vista sob o ponto de vista positivo, ou seja, o direito de tributar, ou o dever de pagar imposto, **só surge se expressamente a lei assim autorizar e especificar**. A omissão da lei é denegatória de autorização para exercer o poder de exigir tributos. Ao mesmo tempo em que a lei concede prerrogativas à administração pública tributária, a sua omissão aciona a favor do contribuinte o dever, dessa administração, de permanecer inerte.

Mas o Direito Tributário não se limita às normas que fixam o dever e o modo de pagar tributos. Há outro conjunto de normas que possui função acessória ou complementar. Nesses casos, o argumento de Dworkin, de que direitos e deveres podem ser encontrados ainda que não estejam expressamente previstos em lei, podem ser aplicados, desde que não invadam a intimidade, a propriedade e a liberdade dos contribuintes. Isso porque, qualquer avanço pelo Estado, nesses campos, deve ser autorizado em lei.

Nesse ponto, a criação de novo direito, em relação ao dever de pagar tributos e ao modo que se deve pagar, só pode ser compreendida, como já afirmou-se acima, pela criação pelo juiz de uma solução para o caso que lhe foi apresentado, densificando as normas *prima facie* vinculantes, sem que lhe seja permitido argumentar por princípios a favor do fisco baseando-se em direitos e deveres que não tenham sido impostos por uma legislação explícita anterior.

Assim, devem ser empreendidos esforços para se compreendam os limites dessa densificação por duas razões. Primeiro que se as normas são *prima facie* vinculantes, isso significa que elas podem ser superadas. Segundo, afirmar que direitos e deveres devem ser impostos por legislação explícita anterior pode dar a entender que se defende que é possível a criação de uma legislação precisa e clara. Passa-se a examinar em tópico específico essas questões.

5.1.2 A superabilidade das normas jurídicas no Direito Tributário

Argumentou-se no capítulo 3 que as normas jurídicas são superáveis. Apropriando-se de argumentos do Professor Thomas Bustamante, que desenvolveu um modelo complexo de

superabilidade das normas jurídicas baseado no grau de restringilidade, admitiu-se que as normas jurídicas podem ser superadas quando da sua densificação no caso[210].

Em resumo, afirmar que as normas jurídicas são superáveis significa dizer que em certas situações, há exigências contingenciais de que as normas não sejam aplicadas, ou que sejam aplicadas em sentido diferente do extraído do enunciado normativo. Assim, os limites da precisão normativa e da exaustividade dos enunciados dão origem ao reconhecimento de que todo condicional jurídico está sujeito a exceções, que surgem diante dos casos particulares. Para Bustamante, a aplicação da regra jurídica seria somente ordinariamente necessária e presumidamente suficiente (2005, p. 233).

Concorda-se com esse argumento, uma vez que o caso pode trazer elementos não previstos e que tornariam a aplicação da norma inviável ou injusta.

Retoma-se, brevemente, a informação de que Bustamante em um primeiro momento defendeu que a superabilidade seria característica tanto das regras quanto dos princípios, sendo nos princípios imanentes e nas regras excepcional. Posteriormente alterou o seu pensamento para defender que como os princípios são normas cuja institucionalização é parcial, não podem ser superadas, pois não estabelecem hipótese de incidência alguma. Assim, passou a defender que só as regras são superáveis.

Nesta tese, defende-se que as normas jurídicas são superáveis, pois são só *prima facie* vinculantes. Isso significa dizer que mesmo em um nível abstrato é possível estabelecer uma norma para um caso hipotético similar à realidade, capaz de indicar uma solução preliminar para as controvérsias futuras. Essas soluções em abstrato constituem as normas jurídicas, que se transformarão em regras quando aplicadas ao caso. Essas normas não são sacadas por meio de espécies normativas chamadas de regras ou princípios, mas sim do ordenamento jurídico como um todo, compreendido como o conjunto de textos explícitos e implícitos que regulam as condutas humanas e são institucionalmente interpretadas e aplicadas.

Logo, o que é superável são essas normas jurídicas, intersubjetivamente compartilhadas, que vinculam *prima facie* os casos futuros. Assim, a questão que se deve enfrentar refere-se aos limites da superabilidade das normas jurídicas tributárias, em especial aquelas que implicam no dever e no modo de pagar tributos.

Estimulado pelos critérios apresentados por Bustamante (2006, p. 102-104), quais sejam, o critério da importância para a coerência do sistema jurídico, a ligação com direitos

[210] Não se pretende esmiuçar-se no modelo do professor da Universidade Federal de Minas Gerais, bastando para os propósitos desta tese as considerações que se fará a seguir. Como os objetivos dessa tese não passa por debater essas questões, adentrar a esse tema exigiria uma pesquisa que não se fez, mas que se considera relevante e necessária.

individuais e a precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade, aderindo-se, no caso específico do Direito Tributário, a precedência *prima facie* da propriedade, chega-se às seguintes conclusões.

As normas tributárias que implicam no dever e no modo de pagar tributos só podem ser superadas para:

a) exonerar integral ou parcialmente o contribuinte se:

a.1) o dever que lhe for imposto representar concretamente excessos que possam colocar injustificadamente em risco sua liberdade, seja de ir e vir como liberdade de opinião e expressão, e propriedade, tal como nos casos de confisco;

a.2) se o dever que lhe foi imposto tiver sido aliviado, por lei ou por ato administrativo, para outro contribuinte em situação similar, em ofensa ao princípio da igualdade; e

b) aprimorar o modo de pagar tributos, aplicando meios menos gravosos para o contribuinte desde que isso contribua para o exercício do dever de pagar tributos, favorecendo a arrecadação e que não afete a igualdade.

Quanto ao ponto (a.1), destaca-se como exemplo o caso objeto de análise no processo n. 13003.000021/99-14, julgado pela 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes na sessão de 18.10.2000, já mencionado anteriormente.

A legislação tributária federal estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. Desse modo, se uma empresa importasse um determinado produto, deveria ser excluída do programa de pagamento simplificado. Ocorre que, no caso julgado, uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte, aderente ao programa de pagamento simplificado, efetuou a importação de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Contudo, o Conselho de Contribuinte não excluiu a empresa, baseando-se no princípio da razoabilidade.

Eis trecho do acórdão:

> Em razão da destinação dada ao produto importado e de a atual legislação não definir a operação de importação de produtos estrangeiros, mesmo para comercialização, como evento excludente da opção; no exame do cerne da questão, entendo que deve ser levado em conta o princípio da razoabilidade, para, daí, inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei. Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas e ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público,

> e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa, e dentro da qual a decisão será discricionária (CARF, 2000, p. 161).

Ora, essa seria uma questão possível de ser resolvida com argumentos de princípio, invocando a superação da norma tributária em razão de sua aplicação impor um dever que representa concretamente excessos que possam colocar em risco a liberdade e a propriedade do contribuinte. Não seria necessário atribuir a decisão a um ato de originalidade, uma vez que a solução normativa *prima facie* vinculada não possui obscuridade alguma, cabendo aqui verdadeiro ato de superação da norma jurídica.

Em relação ao item (a.2), retoma-se o exemplo do RE 405.579/PR, em que se discutiu o alcance da Lei 10.182/2001. Fosse a corrente minoritária vitoriosa, tendo o acórdão definido que a lei instituíra tratamento desigual entre contribuintes que se encontravam em situação equivalente, seria o caso de estender o benefício a quem se viu arbitrariamente excluído da sua fruição.

Nesse sentido é, também, o posicionamento de Marciano Seabra de Godói, para quem,

> (...) tivesse realmente a legislação ordinária criado um benefício fiscal em si mesmo regular e válido, mas do qual houvesse sido excluído arbitrariamente certo grupo de contribuintes, o plenário do STF poderia ter suplantado a rigidez do cânone do legislador negativo (GODOI, 2011, p. 65).

Esse critério é diferente da revogação de benefícios que foram concedidos ao contribuinte que impliquem em ofensa a igualdade, e que não sejam possíveis de ser estendidos a outras classes de contribuintes em situação similar, gerando privilégios injustificado e odioso. Um exemplo é o caso já foi visto anteriormente no capítulo 4 quando discutiu-se a ADI 3.260/RN, em que questionou-se a isenção de taxas para os membros do Ministério Público.

A determinação legal de que os membros do Ministério Público, incluindo os inativos, estariam isentos do pagamento de custas judiciais, notariais, cartorárias e quais taxas ou emolumentos foi declarada inconstitucional, sob o argumento de que violaria o princípio da igualdade tributária, pois estabelecia privilégio injustificado a favor de uma classe.

Ora, nesse caso não se está diante de um caso de superabilidade da norma tributária aqui debatido, mas da própria declaração de invalidade desta norma. Isso é plenamente possível, sem ofender os princípios de Direito Tributário ainda que vistos sob o enfoque dos trunfos individuais do contribuinte contra o poder de tributar. Dois são os motivos para isso:

1) primeiro lugar uma controvérsia judicial desta natureza não é promovido entre titulares de direitos individuais ou de um determinado grupo, mas entre representantes coletivos, em que se discute a compatibilidade das normas no sistema constitucional vigente, adotando-se principalmente os critérios típicos da hierarquia, especialidade e temporalidade; e

2) da decisão não há o aumento ou criação de tributo, uma vez que a lei que concede isenções é posterior à lei que cria o tributo. Sendo essa lei declarada inválida, retoma-se o *status quo* anterior, sem nenhuma ofensa aos princípios constitucionais tributários e seu aspecto de limitação ao poder de tributar.

Quanto ao ponto (b), toma-se uma ficção como exemplo: imagine-se uma determinada legislação que determine que os pagamentos dos tributos sejam feito exclusivamente pelo Banco do Brasil. Em uma determinada comunidade, em decorrência de isolamento ou calamidade, só se pode fazer pagamentos diretos ao tesouro pelo Banco Bradesco. O fisco, embora não autorize tal realização, não poderia se opor a ela, cabendo a legislação ser superada para facilitar a própria arrecadação; e, por fim,

Em todas essas duas conclusões o esforço argumentativo para superação da norma jurídica, que *prima facie* vincula contribuinte e fisco, deve ser capaz de demonstrar efetivamente os excessos e as ofensas aos princípios envolvidos. A regra que surgem da superação da norma é uma exceção, embora possa ser considerada como um precedente.

É uma regra que se aplica unicamente ao caso, sem nenhuma pretensão de revogação da norma jurídica de um modo geral, embora possua pretensão de universalidade, no sentido de que casos similares possam exigir, também, a mesma solução por uma questão de igualdade.

Trata-se, como se vê, de critérios para manter a coerência do sistema, uma vez que, como estão em jogo a legalidade positiva e a tipicidade, espera-se que as normas tributárias nunca sejam superadas para aumentar o ônus do contribuinte, exceto se fora exonerado, por privilégio odioso, de obrigação que havia anteriormente sido fixado em lei.

Além disso, há de se reconhecer que os critérios adotados para superação levam em conta a precedência dos direitos individuais sobre os bens coletivos e a precedência da liberdade, igualdade, acrescidos da propriedade.

Desse modo, levando em conta os critérios apresentados, pode-se concluir que as normas de Direito Tributário são normas que podem ser superadas, como todas as demais normas, mas sua superação se dá principalmente na restrição do seu campo de atuação, exceto

quando se trata de benefício fiscal que possa ser estendido, mitigando o cânone do legislador negativo.

Trata-se, é verdade, de uma restringibilidade excepcional, uma vez que ao mesmo tempo em que são normas autorizativas do poder de tributar, são normas cogentes que obrigam a ação do Estado e obrigam os indivíduos. Mais ainda, a própria tributação é inerente à propriedade e à sua proteção, logo, as normas tributárias são normas que, diferente das normas que regulam a autonomia moral, são, *prima facie*, indisponíveis, de modo que só podem ser restringidas, em prol do contribuinte, em situações excepcionais.

5.1.3 Direitos e deveres na legislação explícita: clareza e precisão?

Ainda sobre a questão dos argumentos de princípio, foi dito que não poderia o tribunal argumentar por princípios a favor do fisco baseando-se em direitos e deveres que não tenham sido impostos por uma legislação explícita anterior. Isso poderia gerar uma dúvida, pois, afinal, seria possível entender essa afirmação como uma defesa da possibilidade da criação de uma legislação precisa e clara em todos os seus termos?

Já se reconheceu nesta tese que o modelo subsuntivo positivista não encontra mais fundamento na sociedade complexa contemporânea, já que a norma não consegue veicular em seu texto todas as hipóteses e exceções para solucionar os conflitos.

Assim, o foco da segurança jurídica não está mais na previsão exaustiva das hipóteses normativas, mas no controle dos jogos de linguagem, através da integridade e da coerência na aplicação do direito, como se argumentará a seguir.

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

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

Disso decorre que a segurança jurídica, a tipicidade e a legalidade sejam questionadas, o que levou Michel Bouvier (2001) a nominar o fenômeno como “retorno à Idade Média”.

Em razão da nova e complexa realidade, surgem alternativas metodológicas ao positivismo kelseniano, tal como a teoria dos princípios já abordada, mas, também, como as que propugnam a aplicação do direito conforme as suas consequências, que tem ganhado

forma pela chamada análise econômica, que atribui aos magistrados verdadeiros poderes legislativos para tomar a decisão judicial somente após "*all things considered*", como sugere Richard Posner (2003, p.65), teorias que se pretende afastar.

Esse é um breve retrato da "crise da modernidade jurídica", que somente poderá ser debelada com a adoção de uma metodologia que possa, ao mesmo tempo, garantir os valores positivados pelos textos jurídicos e com eles fazer justiça, sem, todavia, desconstruir o direito positivo.

Assim, é de se reforçar que no Direito Tributário o jogo de linguagem é mais rígido[211], não no sentido ontológico, mas na percepção de que o fluxo de sentidos que se pode atribuir ao texto deve passar por roteiros mais complexos do que somente a pragmática social.

A segurança jurídica no direito tributário está principalmente no estabelecimento de sentido do texto e na abstração da realidade tributável através de um instrumento de reconhecimento da pragmática social, qual seja, a lei formal. Isso faz com que as transformações de sentido sejam mais lentas e previsíveis, embora isso não signifique ausência de transformação ou previsibilidade absoluta.

O intérprete fixa no texto (num determinado termo ou num conjunto deles) da lei um determinado sentido abstraído da realidade que será tributada. Isso não significa que esse sentido não possa se alterar, mas significa que as alterações nesse sentido devem advir d'outra lei, que reconhecerá o novo sentido dado àquele fenômeno pela sociedade. Tal conclusão advém do respeito ao princípio da democracia sob seu viés da anuência do contribuinte a ser tributado.

O jogo de linguagem tributário, portanto, exige uma regra de reconhecimento do novo sentido. Mas como fugir da ontologização? Consoante alerta Sacha Calmon Navarro Coelho (1982, p. 221), a positivação conceitual da norma jurídico-tributária deve ocorrer por completo, abarcando não apenas os elementos do seu antecedente, mas também do seu consequente.

O conceito normativo ("tipo fechado[212]"), portanto, deve corresponder a uma estrutura total de sentido, que se forma pelos dados descritivos da hipótese, bem como pela prescrição dos efeitos dela advindos.

---

[211] Ver nota de rodapé n. 143.

[212] Não se desconhece o debate teórico acerca da distinção entre tipos e conceitos e a discussão sobre o princípio da tipicidade, conforme já se mencionou já nota 209. Esse debate não será aprofundado, pois não é determinante para as conclusões que se pretende fazer. Além disso, abriria uma questão que por ora não é necessária ser enfrentada. Em suma, conceitos e tipos têm sido defendidos como dois modos de pensar na metodologia tributária. O modo de pensar por conceito preconiza o apontamento de notas características e essenciais, não graduáveis, para se compreender a realidade. O modo de pensar por tipos preconiza o apontamento de notas

A realidade é abstraída em um conceito, ou um tipo como tem sido mencionado mais comumente, em que suas notas características são escolhidas pelo legislador, a partir de argumentos diversos, deixando de fora outros sentidos possíveis. Ou seja, não há *a priori* um conceito no mundo das ideias, mas a abstração de um ou vários sentidos que possam ser encontrados na realidade.

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

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

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

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

---

características renunciais e graduáveis. Detlev Leenen (1971) afirma que a própria distinção entre tipo e conceito é gradual e tipológica. Sendo assim, entre os dois polos identificáveis nitidamente – de um lado, o tipo puro e, de outro, o conceito classificatório fechado - podem surgir várias transições fluidas, sendo conceitos mais ou menos determinados, conceitos que pedem valoração ou preenchimento de significação. Essa observação é relevante para que se possa deixar bem claro que se está ciente das críticas realizadas à ideia do conceito próprias das teorias clássicas da verdade, tais como conceito como essência, como certeza ou como coerência lógica, todas elas que servem para justificar uma perspectiva de obtenção de total segurança jurídica através dos chamados conceitos fechados de Direito Tributário ou Penal. Abordou-se o assunto em texto em coautoria com André Mendes (2013). Por fim, remete-se à nota de rodapé n. 209, quando indicou-se leituras acerca do tema.

Ou seja, se não se pode falar em conceitos neutros, por outro lado, não se permite um vale tudo linguístico[213]. Como se nota, foge-se da concepção ontológica, mas reconhece-se um grau de significação relativa dos conceitos em relação ao que pretendem denotar.

É nesse mesmo sentido que Humberto Ávila se posiciona, afirmando que "não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação" (2012, p. 32). Para ele o significado não é dado pelo conteúdo das palavras, mas depende de seu uso e interpretação, o que pode ser verificado pelo conteúdo que se dá aos termos em tempo e espaços diferentes e as inúmeras controvérsias que a doutrina estabelece em relação aos sentidos adequados que ao texto legal deve ser atribuído.

Seja encarando a questão da linguagem através da metáfora dos jogos, como Wittgenstein, seja encarando-a na perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann, no viés comunicativo de Habermas, ou até mesmo conforme a Teoria dos Atos de Linguagem, como em Searle, é preciso ter em foco o contexto jurídico pelo qual os enunciados ou os desempenhos linguísticos tomam forma.

Por isso, não se defende uma isomorfia, ou seja, um engessamento conceitual, dos termos legislativos e seus correspondentes na realidade, nem tampouco, uma dimensão infinita de indeterminabilidade. A questão é que em determinados contextos jurídicos permitem-se regras de jogo linguístico que admitem a unidade do tipo, com uma maior renunciabilidade de notas e características, ou uso mais flexível e com maior graduação, enquanto em determinados jogos, a elasticidade é menor, sendo menor a dimensão de alteração pragmática de conteúdo.

Assim chega-se a três conclusões:

a) quando se diz que os direitos e deveres tributários devem ser impostos por uma legislação explícita anterior, se está dizendo que a lei formal fixa, ainda que provisória, algum sentido específico da realidade tributável, com base nos jogos de linguagem utilizados pela sociedade no momento da fixação;

[213] No mesmo sentido, argumentando contra o vale tudo o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz e outros afirmam: "Não negamos que qualquer texto normativo tem várias possibilidades hermenêuticas, elemento constitutivo da própria linguagem. Entretanto, os sentidos de um texto normativo são trabalhados no campo do direito ao longo do tempo tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que permite perceber mudanças significativas. Sabemos não haver elementos de objetividade *a priori* ou de uma essência anterior à linguagem, crenças típicas do paradigma mentalista da linguagem. Contudo, tais mudanças exigem alguns requisitos, tais como tempo suficiente para sua maturação e/ou uma adesão majoritária e dominante em um auditório específico (por exemplo, o meio acadêmico ou judiciário) para sua operação, pois, caso contrário, estaríamos diante de uma distorção operada arbitrariamente pelo intérprete" (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 77).

b) essa fixação corresponde à determinação dos elementos essenciais para se caracterizar um realidade tributável; ou seja, sem um dos elementos não se poderá falar em dever de pagar tributo ou direito de cobrar o tributo; e

c) ao delimitar espécies, atribuindo-se consequências jurídicas para a ocorrência delas na vida real, não há a possibilidade do intérprete graduar, ou admitir transições fluidas e contínuas de uma espécie a outra.

Porém, o fato da lei fixar um conceito não quer dizer que não surgirão dúvidas acerca dos fenômenos econômicos/sociais que se encaixam ou não no conceito legalmente estabelecido. O caso do *leasing* apresentado acima, relativo a discussão do RE 547.245/SC, é bem exemplar, pois trata-se de um contrato que envolve várias características e vários contratos.

Ocorre que nesses casos, acionado o Poder Judiciário, ele terá três opções: ou reconhece que o fato não se encaixa em nenhum conceito e, portanto, é intributável; ou determinará a aplicação de um conceito já previamente determinado, optando por uma só possível solução, encarando o contrato em sua generalidade, e demonstrando que nenhuma nota característica do conceito foi renunciada ou flexibilizada; ou, ainda, o Poder Judiciário poderá reconhecer que o contrato de *leasing* é um contrato complexo, sendo um conjunto de outros contratos, e para cada expressão econômica contratual específica, aplicar um tributo, mas sem mesclar, confundir ou aplicar de maneira global vários tributos para o mesmo fato em proporções distintas.

Também, as modificações da jurisprudência são totalmente admissíveis, como se já se afirmou, reconhecendo a possibilidade de *overrulling* dos precedentes, já que o tribunal pode reconhecer uma melhor interpretação, ou a tecnologia possa deixar a questão mais nítida e clara. A integridade do direito não significa a sua repetição, mas a sua aplicação justa e equânime, de forma coerente.

Nesses casos, as modificações da jurisprudência devem vir com o reconhecimento de que a interpretação anterior estava errada, ou pelo menos insuficiente. Não é possível no campo do Direito Tributário, sem haver uma modificação da lei, entender que a interpretação anterior era tão correta quanto a nova interpretação[214].

[214] Embora não seja objeto do presente trabalho, tem-se defendido, baseado em Derzi (2009), que as modificações de jurisprudência, embora possíveis, devem vir acompanhadas das seguintes ações por parte do tribunal que a altera: (a) o tribunal deve reconhecer expressamente a modificação, admitindo a adoção de uma nova jurisprudência, de forma fundamentada e apontando os motivos de superação da jurisprudência anterior; (b) tribunal deve proteger a confiança que os contribuintes depositaram na jurisprudência anterior e aplicar a nova jurisprudência somente aos casos futuros, resguardando àqueles que já estiverem em juízo pelos seus direitos, isentando os demais das penalidades, e dando ampla publicidade à nova orientação; e (c) por fim, quando a

5.2 De volta à questão dos princípios como Direitos Fundamentais

Tendo sido realizadas essas colocações até o momento, volta-se à tese de que o **conceito** de princípios tributários se liga à ideia de direitos fundamentais, enquanto as **concepções** de direitos fundamentais vai se referir a diferentes posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências dos direitos fundamentais, ponto em que a doutrina irá ser controversa.

Tal como apresentado por Dworkin, "o contraste entre conceito e concepção aqui é um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática" (2007, p. 87). Em relação ao conceito, o acordo entre os intérpretes tem por bases ideias distintas que são utilizadas de maneira incontestável em todas as interpretações, enquanto no nível de abstração das concepções essas divergências são identificadas e assumidas. Mas deve-se ficar claro que, para Dworkin,

> A distinção entre conceito e concepção, assim compreendida e criada com esses propósitos, é muito diferente da conhecida distinção entre o significado de uma palavra e sua extensão. Nosso filósofo teve êxito, supomos, ao impor à prática de sua comunidade uma estrutura tal que certas teorias independentes podem ser identificadas e entendidas como subinterpretações de uma ideia mais abstrata. Em certo sentido sua análise, se bem-sucedida, deve também ser incontestável, porque sua alegação – de que o respeito estabelece o conceito de cortesia – não produz efeito, a menos que as pessoas estejam totalmente de acordo que a cortesia é uma questão de respeito. Contudo, apesar de incontestável nesse aspecto, sua afirmação é interpretativa, e não semântica; não se trata de uma afirmação sobre as regras básicas da linguística que todos devam observar para se fazerem entender. Sua afirmação também não é atemporal: ela se mantém graças a um padrão de acordo e desacordo que poderia (...) desaparecer amanhã. (DWORKIN, 2007, p. 87-88).

Um cuidado deve ser tomado quando se pensa sob essa perspectiva. Não se refere aqui a todos os conceitos de princípios disponíveis nas práticas argumentativas dos membros da comunidade jurídica, e esta tese não se pretende a analisar outros ramos do direito. A preocupação aqui é compreender o uso que a doutrina tributária dá aos princípios e como é possível localizá-los dentro da Teoria do Direito.

Portanto, o argumento que se defende é o de que, embora a doutrina tributária tente manejar os princípios como se fossem uma espécie normativa em contraponto às regras, quando delimita o conteúdo material de cada princípio e o aplica na solução dos casos concretos o faz no sentido de direitos fundamentais tal como proposto pela doutrina

---

modificação da jurisprudência for benéfica ao contribuinte ou cidadão deve-se determinar a reversão dos atos praticados pelo Estado sob a égide da interpretação antiga, pelo menos àqueles possíveis de serem revertidos dentro prazo prescricional. Para isso ver: BOTELHO; RIBEIRO (2013) e RIBEIRO (2013).

constitucional. Ademais, essa seria inclusive a proposta de melhor interpretação dos princípios tributários frente à moralidade da comunidade jurídica em que eles estão inseridos.

Não só defende-se que não há distinção racional entre regras e princípios para a Teoria do Direito, como defende-se que, mesmo que houvesse, a doutrina tributária não trabalha do ponto de vista da definição e aplicação dos princípios sob esses marcos teóricos, apesar de fazer referências descontextualizadas acerca dessas distinções.

Poder-se-ia apontar a exceção dos trabalhos de Humberto Ávila que desenvolve e aplica a sua própria teoria dos princípios. Mas, como se demonstrou, mesmo em Ávila essas distinções geram mais confusão do que esclarecem e facilitam o trabalho do aplicador. Ocorre que a distinção parece fazer sentido em abstrato, mas desfaz-se na aplicação no caso.

Não se pretende enfrentar e aprofundar nas controvérsias jurídicas acerca da definição dos direitos fundamentais, uma vez que tais controvérsias estão ligadas às discussões que giram em torno da **concepção** dos direitos fundamentais, tal como exposto acima com base nos argumentos Ronald Dworkin. O que se pretende aqui é traçar uma abordagem breve, mas significativa sobre como definir e aplicar os princípios jurídicos tributários.

5.2.1 O aspecto subjetivo dos direitos fundamentais

A compreensão dos princípios como Direitos Fundamentais deve ser conectada à perspectiva da emergência do Estado de Direito. É certo que do ponto de vista histórico a tributação se remete à própria emergência da ideia de sociedade, em que as autoridades estatais, *lato sensu*, exerciam o poder tributário, basicamente confundido com a espoliação da população como um todo, sem respeito à legalidade, democracia e igualdade. O Direito Tributário contemporâneo, ou melhor, a própria ideia de Direito Tributário só pode ser compreendida conectada à ideia de Estado de Direito.

Segundo Aliomar Baleeiro,

> Nos países democráticos ou que, embora imperfeitamente, procuram disciplinar-se pelo regime democrático, a atividade financeira desdobra-se dentro de campo institucional traçado pelo Direito Público. O poder, no Estado de direito, é autolimitado e exercita-se dentro de princípios que racionalizam sua ação soberana. (BALEEIRO, 2013, p. XIX).

A inspiração desta perspectiva é nitidamente liberal[215], fortemente influenciada pela ideia de proteção da liberdade e da propriedade, construindo ao longo da recente história constitucional um arcabouço institucional com o objetivo de defender os indivíduos do abuso do poder (BALEEIRO, 2013, p. 77).

É claro que não se pode atribuir a emergência do Direito Tributário, como direito autônomo, à emergência dos Estados de Direito sob o enfoque liberal. O enfoque individual e voltando à limitação do Estado ainda se referia ao tributo como um instituto geral do Direito sem uma sistemática própria[216]. Isso não quer dizer que as influências do ramo não sejam nitidamente marcadas sob essa inspiração, embora, na contemporaneidade, diversos doutrinadores passassem a reconhecer um papel de garantidor da justiça social às normas tributárias, embora, como se viu, colocas sob segundo plano, na maioria dos casos.

No capítulo 4, viu-se que a argumentação predominante é a de que "o legislador constitucional redobrou os cuidados de elaboração normativa, estatuindo princípios fundamentais de proteção aos direitos do cidadão" (CARVALHO, 2011a, p. 267).

Sacha Calmon Navarro Coêlho, por exemplo, nomeia uma norma como princípio quanto quer indicar que ela é uma norma hierarquicamente superior do sistema, possuindo caráter fortemente marcado pela fundamentalidade em relação às outras normas que ele rotula como regras. Em conteúdo, em estrutura e em função normativa não se diferem do papel que as regras exercem dentro do sistema.

Vê-se, como já se demonstrou, que o autor trata os princípios constitucionais como nucleares do sistema normativo, é de se destacar aqui o esforço discursivo para reafirmar e reforçar o caráter autoexecutório dos princípios (COÊLHO, 2014, p. 163).

Isso leva a percepção de uma aproximação dos princípios ao conceito de direitos fundamentais e, contextualizando-os, sob a força argumentativa da concepção liberal do conceito.

Como Direitos Fundamentais, os princípios são direitos que encontram abrigo no plano interno de determinado Estado, assegurando, juridicamente, valores que são considerados essenciais para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, fortemente

---

[215] Comentando a respeito do princípio da legalidade no sentido administrativo, Raquel Melo Urbano de Carvalho afirma que "considera-se que o seu surgimento institucional coincidiu com a Revolução Francesa de inspiração liberal, embora não se identifique uma ruptura radical, genérica e instantânea com a ordem anterior existente à época. Malgrado não haja uma verdadeira ruptura epistemológica com a substituição radical de um paradigma dominante por outro emergente e radicalmente diverso, certo é que se encontram nos ideias da Revolução Francesa a necessidade de substituição da vontade individual do soberano por uma vontade geral, contida em uma norma emanada pelo Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular (2008, p. 45-46).

[216] Sobre esse assunto, remete-se ao breve histórico que Aliomar Baleeiro faz sobre a autonomia do Direito Financeiro (2013, p. XIX-XXVII).

marcado, claro, pelas expectativas políticas e ideológicas que determinada comunidade possui (ALVES, 2013, p. 30).

José Adércio Leite Sampaio defende que os direitos fundamentais "são aqueles juridicamente válidos em um determina ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)" (2010, p. 8).

Valor aqui não é utilizado tal como defendido pelos comunitaristas, mas compreendido no mesmo sentido de Gisele Cittadino, para quem

> (...) a partir do momento em que assumem caráter concreto de normas constitucionais positivas passam a serem considerados direitos constitucionais e não valores supraconstitucionais ou supra-estatais, como afirmam os autores comprometidos com a visão do direito natural. (CITTADINO, 2003, p. 18).

A vantagem da concepção de princípios tributários[217] como direitos fundamentais é que essa concepção permite tanto afastar-se da distinção normoteorética entre princípios e regras, quanto dar guarida às interpretações da doutrina tributária, e suas preocupações com os direitos do contribuinte, especialmente em relação à liberdade e à propriedade, permitindo a ela avançar sob novos paradigmas de direito que incluem a igualdade e a solidariedade como direitos a serem assegurados por este ramo.

Percebe-se pelos argumentos e comentários realizados no capítulo 4 que a doutrina de alguma forma trata tanto da perspectiva do Direito Tributário sob o enfoque liberal quanto adiciona a essa perspectiva preocupações atuais de maior justiça social, a ser, também, promovida por uma melhor interpretação e regulamentação do poder de tributar.

A ideia, portanto, é aproveitar o conteúdo normativo dado aos princípios pela doutrina para dar aos princípios tributários uma melhor interpretação, ainda que seja o caso de afastar esse conceito interpretativo para determinadas normas, ao se verificar que elas não possuem conteúdo de direito fundamental, ou se apropriar do conceito para outras normas que antes não eram assim designadas dentro do Direito Tributário.

Impera na doutrina tributária nacional, majoritariamente, a perspectiva de que os direitos fundamentais do contribuinte possuem caráter subjetivo. Mas, o que isso quer dizer? Isso quer dizer que quando se mencionam os princípios jurídicos há **uma primeira**

[217] Perguntar-se-ia se essas contribuições poderiam ser apropriadas por outros ramos. Talvez essas mesmas conclusões possam ser aplicadas a outros ramos do direito, como o penal. Porém, o limite dessa tese são as normas tributárias, isso por que se privilegiou a análise do jogo de linguagem próprio desse ramo. Mas, seria pertinente perguntar: em que medida pode-se falar em princípio da federação e princípio da igualdade? Referem-se aos mesmos institutos jurídicos?

preocupação[218] em reconhecer os direitos dos contribuintes abstratamente previstos como garantias ou trunfos que possibilitam a defesa do cidadão em relação aos avanços da fazenda pública sob a sua liberdade e propriedade.

O enfoque desta primeira concepção de princípios como direitos fundamentais está baseado principalmente na defesa da "**estabilidade** das obrigações materiais em receio aos abusos estatais, [o princípio então é visto'] (...) como o principal instrumento de proteção aos direitos fundamentais emergentes: **propriedade, liberdade e igualdade formal**" (OLIVEIRA, 2010, p. 90). A legalidade e a tipicidade ganham um *status* singular dentro da doutrina. Carvalho (2013) chega, inclusive, a referir-se à segurança jurídica como um sobreprincípio.

Nesse mesmo sentido, Luño apresenta a perspectiva subjetivista como uma primeira perspectiva sobre os direitos fundamentais ligados à ideia de proteção de situações jurídicas subjetivas (1995, p. 20). O destinatário dos princípios, encarados como direitos fundamentais, portanto, é o Estado, que deve respeitá-lo não infringindo os direitos individuais. O papel do Estado é policiar, proteger, e os princípios são grandes negações[219] que se coloca ao Estado através do constitucionalismo: não me cobrar tributos não previsto na lei, não me cobrar tributos que vão além da minha capacidade econômica, não cobrar tributos que sejam cumulativos etc.

Vê-se que essa perspectiva é dominante no Direito Tributário[220] e especialmente útil quando se refere à resolução de controvérsias jurídicas pelos tribunais. Os tribunais se deparam com questões em que direitos subjetivos estão em disputa, assim, interessa a eles saber quais relações jurídicas devem ser estabelecidas entre as partes, e quais situações devem ser protegidas[221].

Assim, como Direito Fundamental, os princípios podem ser vistos como direitos subjetivos[222], entendidos como prerrogativas conferidas às pessoas, de cunho constitucional, que podem ser invocados pelos contribuintes contra a fazenda pública ou seus substitutos[223].

---

[218] Destacou-se o "uma primeira preocupação" para deixar claro ao leitor que há outras preocupações além desta, como será visto adiante. Por exemplo, o princípio da igualdade poderá ser utilizado para assegurar, e não afastar, a incidência de um tributo.

[219] Trata-se do *status negativus* dos direitos fundamentais, sendo que o Estado só deve pautar sua conduta sob o princípio da legalidade. (ALVES, 2013, p. 38).

[220] Suspeita-se que tal hegemonia decorre da forte presença de advogados como doutrinadores do Direito Tributário, marcado especialmente pela tentativa de se criar uma doutrina útil para resolução de conflitos subjetivos.

[221] Remete-se o leitor ao tópico 5.1.1 Argumentos de princípio no Direito Tributário: limites e possibilidades.

[222] Segundo Canotilho, "diz-se que uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o <<direito>> a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar este acto" (1999, p. 1176).

Do ponto de vista prático, toma-se como exemplo a interpretação dada tanto ao princípio da capacidade contributiva quanto ao princípio da não cumulatividade.

No caso da capacidade contributiva, por hora analisada sob o enfoque subjetivo exclusivamente, concluir-se-ia que a lei infringiria seu comando normativo se ela estabelecesse uma carga excessiva ao contribuinte, não respeitando a sua capacidade econômica subjetiva.

Uma interpretação adequada sob esse enfoque é a promovida por Derzi, para quem, como se viu, o princípio da capacidade contributiva possui todas as prerrogativas das normas fundamentais, sendo, portanto, imodificáveis por meio de emenda à constituição, sendo todas de plena eficácia e de aplicação imediata, conforme preconiza o art. 5º, §1º, da CF/88 (DERZI, 2010, p. 1.090-1.091).

Embora a autora sustente que a aplicação da capacidade contributiva não possa ficar restrita ao viés liberal, abstencionista, uma das faces que a interpretação do princípio possui figura-se nesse sentido. Como princípio, sua face subjetiva proíbe que sejam fixadas imposições excessivas (confiscatórias) e impede que sejam oneradas as rendas mínimas, devendo o sistema graduar progressivamente as alíquotas (DERZI, 2010, p. 1.092).

Esse é comando normativo, o núcleo mínimo, a prerrogativa do cidadão, que o poderá invocar, no caso, se sua renda mínima for atingida, ou se o que lhe foi imposto representar confisco.

Do ponto de vista do princípio da não cumulatividade, Derzi afirma que a prerrogativa do contribuinte, ou o que ele pode sustentar em face do fisco, é o seu direito a deduzirem os créditos físicos obtidos na cadeia produtiva[224].

Essa perspectiva subjetiva refere-se ao reconhecimento de atualização das liberdades em relação aos Direitos Fundamentais, mas, também, refere-se ao direito do cidadão de beneficiar-se de prestações estatais (HESSE, 1998, p. 235-237). Isso significa que além de não ser alvo de arbitrariedade, o Estado deve prestar ao cidadão os serviços para os quais foi constituído.

Quanto à primeira referência, já se viu aqui neste trabalho, entendendo-a como a prerrogativa do cidadão em face da fazenda pública, perspectiva que não se pode deixar de defender.

---

[223] Difícil encontrar, no Direito Tributário, controvérsias que possam ser instauras entre contribuintes ou entre entes federados. Mas essa tese não afastaria a possibilidade desta ocorrência, sem inviabilizar o que aqui se defende.

[224] Alguns podem fazer a seguinte objeção: seria a não cumulatividade um direito fundamental? Para essa questão, remete-se o leitor às considerações realizadas no tópico 5.2.3 Objeções à compreensão dos princípios tributários como direitos fundamentais.

No caso da segunda, parece mais adequado interpretá-la, dentro do Direito Tributário, sob dois aspectos:

a) como o direito do cidadão de ver a atividade arrecadatória cumprida da forma correta, evitando tanto a tributação além da lei, como a ausência dela, prejudicando os princípios da igualdade e da livre concorrência, por exemplo, em prejuízo da execução do orçamento público. Para isso, o Direito Brasileiro dispõe, para os cidadãos, de alguns instrumentos processuais como as ações populares, a possibilidade da Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público, para combater a improbidade administrativa; e,

b) como o dever do Estado de arrecadar não só para satisfazer o funcionamento da máquina administrativa do Estado.

Segundo Casalta Nabais,

> (...) não se deve identificar o estado fiscal como estado liberal, uma vez que aquele, no entendimento que dele temos, conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo da sua evolução: o estado fiscal liberal, movido pela preocupação de neutralidade econômica e social, e o estado fiscal economicamente interventor e socialmente conformador. O primeiro, pretendendo-se um estado mínimo, assentava numa tributação limitada – a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do estado –, uma máquina que devia ser tão pequena quanto possível. O segundo, movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada – a exigida pela estrutura estadual correspondente. (NABAIS, 2004, p. 194).

Bem, quanto a essa segunda referência, vê-se já um avanço em relação à perspectiva puramente liberal elencada. Por um lado, é fundamental que o Direito Tributário desenvolva trabalhos e pesquisas que instrumentalizem teoricamente os cidadãos de meios para exigir que o Estado promova a regular e adequada atividade arrecadatória. Por outro lado, o Estado não deve abrir mão de arrecadações sem um devido estudo do impacto dela na sociedade.

Trata-se de uma perspectiva própria do desenvolvimento dos direitos fundamentais sob a égide do Estado Social. Mas, mesmo nesse caso, há referência aos direitos subjetivos, sendo que, majoritariamente, a doutrina tributária só admite essa perspectiva na medida em que não afete a ideia dos direitos fundamentais como prerrogativas do cidadão.

Uma das objeções, que pode estar sendo realizada, refere-se ao papel dos princípios como informadores do ordenamento jurídico, que nada tem a ver com o papel subjetivo que ele realiza. Sobre esse aspecto, compreender os princípios como direitos fundamentais também é satisfatório, uma vez que a teoria dos direitos fundamentais desenvolveu uma

concepção que vai mais além da perspectiva liberal, e até mesmo além da perspectiva social. Trata-se de desenvolver o aspecto objetivo, ou a face política dos princípios tributários.

5.2.2 A face política dos princípios: o aspecto objetivo dos direitos fundamentais

Tomando por base a definição de Luño, a teorização do aspecto objetivo vem como contribuição para superar a perspectiva clássica dos direitos fundamentais **exclusivamente** como limitação do poder estatal ou garantia das liberdades existentes. Tratar-se-ia, de reconhecer nos direitos fundamentais essa perspectiva, mas acrescentar a eles a função de definir diretivas da ação dos poderes públicos, que levaram a uma emancipação social (LUÑO, 1995, p. 21).

É um reconhecimento do dever de proteção do Estado em relação aos cidadãos (SARMENTO, 2003, p. 255). Cândice Lisbôa Alves, escrevendo sobre o direito à saúde, afirma que

> A construção da teoria objetiva dos direitos fundamentais caminha no sentido de que alguns direitos devem ser garantidos à comunidade, mas não em um aspecto exclusivamente particular ou individualista. Ao contrário, na medida em que a Constituição incorpora valores da comunidade transformando-os em direito objetivo, deve-se obedecer à efetividade em prol desta mesma comunidade em uma dimensão que ultrapasse o indivíduo. O viés objetivista promove a superação da perspectiva do Estado Liberal para catapultar os direitos fundamentais às premissas do Estado Social e, no caso do Brasil, para alcançar os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito em vigor. (ALVES, 2013, p. 37).

Assim, os princípios tributários seriam capazes de, em seu aspecto objetivo, "fundamentar deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto" (CANOTILHO, 1991, p. 533). O Estado passa a ser visto não só pela perspectiva da legalidade positiva no sentido de autorização, mas, no sentido de dever de concretizar o comando normativo em sua plenitude. Ampliar-se-ia o âmbito de proteção dos princípios jurídicos tributários para reconhecer o papel positivo deles no ordenamento, e ao mesmo tempo, reconhecer a força de irradiação que eles teriam sobre todas as demais normas jurídicas.

Em uma primeira análise, essa percepção seria compatível com a defesa do conceito interpretativo de princípios como direitos fundamentais, na medida em que diferentes concepções de princípios poderiam se adequar ao conceito conforme a hegemonia de um ou outro paradigma.

Mas o aspecto objetivo dos princípios leva à discussão acerca da sua face jurídica em contraponto à sua face política, remetendo às seguintes questões: nestes casos os princípios tributários seriam utilizados como argumentos de princípios ou argumentos de política?

Dworkin, como se viu anteriormente, contra atacando o positivismo jurídico afirma que o Direito é uma prática social que lida não só com regras. Sugere que não se pode ignorar o papel de outros padrões normativos tal como os princípios e as políticas na prática jurídica. Inclusive o autor sugere utilizar o termo "princípios" de uma maneira genérica indicando todo o conjunto de padrões que não são regras, embora denomine por política um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, enquanto os princípios propriamente ditos seriam padrões que devem ser observado por uma questão de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2010a, p.36).

No caso das políticas, há uma dimensão coletiva, enquanto os princípios estariam ligados às questões de direitos subjetivos individuais. Mas como se viu, não é possível defender racionalmente a existência de espécies normativas identificáveis abstratamente, de modo a guiar a aplicação do direito, sendo, portanto, inútil a diferenciação entre regras, princípios, políticas e outros.

Apesar de rejeitar a possibilidade racional de se dividir as normas em padrões estanques, no máximo como tipos ideais, há dois pontos que se podem extrair do raciocínio de Dworkin que conduzirão ao desenvolvimento do argumento que se pretende explicitar neste tópico.

O primeiro ponto é o reconhecimento por Dworkin, de que o direito abriga tanto padrões que tratem de direitos individuais, quanto padrões que estabelecem objetivos para a coletividade. Desse modo é possível incluir nas concepções de direitos fundamentais a sua face voltada para estabelecimento de objetivos do ordenamento jurídico.

O segundo ponto é a tese de que os tribunais devem se utilizar de argumentos de princípios para solucionar as controvérsias que são submetidas a eles, e não julgar por questões de política. A tese é compatível com o argumento que se construiu até o momento de que os tribunais devem resolver as controvérsias jurídicas que envolvam questões tributárias sem avançar em discussões sobre o mérito das políticas de tributação.

Os princípios em sua face política[225], ou os direitos fundamentais em seu aspecto objetivo, são mandamentos constitucionais voltados para o legislativo e não para a solução de conflitos entre direitos e deveres subjetivos das partes litigantes[226].

[225] Um exemplo deste debate e como ele pode ser encontrado na doutrina tributária refere-se à descrição do princípio da capacidade contributiva. É comum a doutrina dividi-la, e viu-se isso no capítulo 4, em seus aspectos

Esse é o sentido correto a ser dado a perspectiva dworkiniana, na medida em que

> Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que estabelecem objetivos. (DWORKIN, 2010, p. 141).

Mas não estar-se-ia recaindo novamente nos problemas apontados para própria distinção entre princípios e regras? Não, porque não se trata de classificar as normas em decorrência do seu modo de aplicação, ou da forma como semanticamente ela se apresenta, de forma a ser possível distinguir no próprio conjunto de normas quais são princípios e quais são políticas.

Trata-se de reconhecer que como direitos fundamentais os princípios tributários são muito mais do que simplesmente argumentos de princípios, voltados para solucionar a aplicação do direito, mas volta-se, também, como ordem ao legislativo sobre o conteúdo normativo que a legislação deve promover.

Assim, defender que os princípios são direitos fundamentais tanto no aspecto subjetivo quanto no aspecto objetivo é reconhecer que eles podem ser distinguidos em direitos preferenciais e direitos institucionais. Segundo Dworkin,

> Qualquer teoria adequada distinguirá, por exemplo, entre direitos preferenciais (*ground rights*), que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, e direitos institucionais, que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica. (DWORKIN, 2010, p. 145).

Como se vê, enquanto os direitos preferenciais justificam as decisões políticas adotadas pela sociedade, ou seja, representam os princípios sob sua face política, os direitos institucionais representam os princípios sob sua face subjetiva/jurídica, justificando as decisões judiciais tomadas pelos tribunais. Isso permite compatibilizar as novas concepções dos direitos fundamentais desenvolvida pelo avanço dos paradigmas de direitos da sociedade contemporânea.

---

objetivos e aspectos subjetivos. Parece que é um debate muito similar ao aqui apresentado. Carvalho chega a chamar a dimensão objetiva de pré-jurídica (2013b. p. 173). Não se adere a essa tese, uma vez que é possível ainda na dimensão objetiva reconhecer caráter deontológico do princípio, como se discutirá.

[226] Chama-se a atenção para destacar que parece que tal conclusão poderia, também, ser adaptada a teoria sistêmica de Luhmann, encarando nesse caso princípios como elementos integrantes do conteúdo da Constituição, compreendida como acoplamento estrutural entre o subsistema da política e o subsistema do direito. Para ver melhor as possibilidades desse entendimento sugere-se a leitura do capítulo 10, *Structural Couplings*, do livro *Law as a Social System* (2004, p. 381-422).

A tese dos direitos defende que os tribunais decidam confirmando ou negando direitos institucionais e não preferenciais, e devem apresentar uma narrativa que justifique o reconhecimento ou a negação dos direitos sob argumentos que sejam jurídicos, baseados na dicotomia entre o lícito e o ilícito, e não de outro tipo. Esse argumento é válido quando se está diante de controvérsias que envolvam direitos e deveres subjetivos. (DWORKIN, 2010, p. 158).

Dworkin assevera que:

> Existem regras constitutivas e reguladoras especiais que definem o que é um poder legislativo, quem dele faz parte, de que modo vota tal poder, e que ele não pode estabelecer uma religião oficial. Contudo, essas regras que nitidamente pertencem à legislação quase nunca são suficientes para se determinar se um cidadão tem um direito institucional a que uma determinada lei seja promulgada; elas não decidem, por exemplo, se ele tem um direito a uma legislação sobre o salário mínimo. Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumenta em favor de tais direitos. (DWORKIN, 2010, p. 158-159).

As metas e objetivos podem se tornar uma questão jurídica, institucional, uma vez que aquela comunidade absorve juridicamente os objetivos ou valores que ela defende ter. Porém, essa institucionalização dos direitos é feita de modo que o princípio passe a atuar normativamente sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Reconhece-se que um determinado princípio tributário é um comando normativo que exerce papeis distintos na argumentação, um político e o outro especificamente jurídico, ambos com força normativa.

Assim, quando tribunais ou, até mesmo, órgãos administrativos aplicam o Direito e resolvem controvérsias que debatam direitos e deveres subjetivos, tais como as controvérsias entre o fisco e os contribuintes, os princípios tributários sob sua face subjetiva não podem ser abatidos pelas metas coletivas comuns, que expressam a face objetiva dos princípios.

Isso não significa que os tribunais não possam decidir sobre o aspecto político dos princípios. Há vários instrumentos processuais que o Direito Brasileiro disponibiliza para judicializar essas questões, tais como os chamados controles abstratos de constitucionalidade, as ações populares e ações civis públicas e outros[227].

[227] Não se pretende adentrar às questões processuais. De forma bem sucinta, a ideia é de que ao contrário das ações judiciais em que figuram interesses individualizados resistidos, essas ações, em regra, submetem aos tribunais controvérsias sobre a validade da legislação e sua adequação ao ordenamento jurídico como um todo; questões que dizem respeito à validade e conformidade da lei ou do modo de cobrança dos tributos dentro do ordenamento jurídico, e não o estabelecimento de direitos e deveres subjetivos que estavam controvertidos. Assim, os princípios tributários como direitos fundamentais são critérios de controle desta validade. Os mandados de injunção, que embora tenha o aspecto da discussão subjetiva, discute a omissão do dever legislativo de cumprir o seu papel. Nesse ponto, por exemplo, os princípios podem ser argumentados tanto sob o viés objetivo quanto sob o viés subjetivo. Ver críticas à essas nomenclaturas, controle abstrato, concentrado, objetivo, subjetivo, etc., em Cruz, Meyer e Rodrigues (2012).

Toma-se, como exemplo, a questão do princípio da capacidade contributiva. Eis que esse princípio, como se viu, protege o contribuinte de avanços da esfera estatal sob a mínima renda para a existência do cidadão, o que se poderia chamar de núcleo mínimo do princípio. Em relação a essa questão não dúvidas de que o contribuinte pode acionar o judiciário para afastar integral ou parcialmente a incidência de um tributo que tenha efeito de confisco, por exemplo.

Mas, além disso, esse princípio pode, também, ser concebido como diretriz positiva, tal como proposto por Marco Aurélio Greco. Segundo ele, o princípio da capacidade contributiva não seria somente uma limitação, devendo ser visto não só sob o aspecto do que o Estado não pode fazer, mas como comando normativo que indica o que deve o Estado fazer, ou seja: tributar de forma a permitir a emergência de uma sociedade ao mesmo tempo livre, justa, e solidária (GRECO, 2011a, p. 155-156).

Suponha, então, duas situações jurídicas, que de alguma forma já se abordou aqui. A primeira delas, trata-se de uma lei que imponha ao contribuinte um dever de pagar tributos que o leve a decotar sua renda abaixo do salário mínimo, estabelecido em lei. Nesse caso, não seria difícil concluir que a lei possa ser afastada pelos tribunais a fim de preservar o princípio da capacidade contributiva.

Uma segunda situação pode ser visualizada da seguinte forma: suponha que uma lei municipal estabeleça que todos os imóveis da cidade paguem o valor de R$ 200,00 (duzentos Reais) a título de IPTU, e que os moradores de baixa renda comprovada fiquem isentos de tal ônus. Percebe-se claramente que tal lei não impõe ao contribuinte um dever de pagar tributos que exceda a sua condição de sobrevivência mínima. Mas não haverá dúvidas, por qualquer analista tributário, que seria um tanto quanto desigual, injusto e, até mesmo, pouco racional economicamente impor o pagamento de um valor fixo, sendo que há, na cidade, imóveis que valem mais de milhões de reais.

É forçoso admitir que os princípios de direitos tributários estão sendo desrespeitados por essa legislação. Mas o fisco estaria impedido, pelo que se defendeu anteriormente, de questionar essa lei em juízo para pedir aos tribunais que a adaptasse, elevando as tarifas ou estabelecendo alíquotas progressivas.

Os legalmente habilitados pelas Constituições Estaduais e Federal poderiam questionar a constitucionalidade da lei. Mas se a inconstitucionalidade da lei fosse reconhecida isso geraria uma situação paradoxal, uma vez que o questionamento da lei visa impedir injustiças e o resultado da declaração de inconstitucionalidade seria desonerar a todos

os contribuintes, uma vez que uma lei inconstitucional não poderia gerar efeitos, beneficiando inclusive os que já pagam pouco.

Outra solução possível seria reconhecer a constitucionalidade e deixar como a lei está, a espera de que o legislativo municipal pudesse fazer cumprir o mandato constitucional por conta própria. Mas isso colocaria em dúvida a força normativa dos princípios sob o seu aspecto objetivo.

Cruz, Meyer e Rodrigues (2012, p. 22-27) trazem uma possível solução para resolver o problema aqui apresentado. Comentando o julgamento comum das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 875/DF, nº 1.987/DF, nº 2.727/DF e nº 3.243/DF, em que se discutiu a Lei Complementar nº 62, de 1989, os autores propõem uma solução em que seja possível reconhecer a inconstitucionalidade da lei sem que crie-se, em troca, uma vácuo legislativo.

A referida lei havia estabelecido normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados e DF. Porém, a lei deixou de estabelecer os critérios de rateio desse fundo de modo a promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, em clara afronta ao determinado pelo art. 161, inc. II, da Constituição Federal.

O STF entendeu que o legislador teria elaborado norma legal que atendeu à maioria das exigências constitucionais, configurando omissão parcial, não tendo, também, a norma se adequado às mudanças sociais verificadas no censo de 1990. A decisão decretou o reconhecimento da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, de modo que foi assegurada sua eficácia normativa até 31 de dezembro de 2012, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

O Ministro Gilmar Mendes proferiu voto que foi acompanhado pelos demais ministros, ocasião em que afirmou que somente decretar a inconstitucionalidade da lei, determinando a suspensão dos dispositivos impugnados, traria *"incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos*" (STF, 2010, p. 272.) do Fundo de Participação dos Estados.

Segundo Cruz, Meyer e Rodrigues,

> Em sua argumentação consequencialista, o Ministro Gilmar Mendes lembra hipótese em que se julgássemos inconstitucional a lei do salário mínimo por não atender os desideratos do art. 7º, inc. IV, da Constituição, o trabalhador ficaria descoberto de qualquer proteção, um exemplo típico já trabalhado em seu livro Jurisdição constitucional. A lei do salário mínimo não cumpriria a toda evidência os desígnios impostos na norma constitucional. Então, na hipótese de propositura de uma ação de

> controle de constitucionalidade contra a lei do salário mínimo, a declaração de inconstitucionalidade geraria uma situação pior do que existia anteriormente, pois com o desaparecimento da lei o trabalhador poderia ser contratado por valores inferiores ao mínimo estabelecido (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 23).

Para eles, esse consequencialismo forte desconsideraria o aspecto deontológico do direito, solucionando a questão por critérios não jurídicos. Reforçam o argumento, afirmando que "o problema da Corte não seria mais o de reconhecer e garantir um direito fundamental e sim de zelar pela governança administrativa e pelo equilíbrio orçamentário" (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 24).

Embora defendendo que os tribunais devam pautar suas decisões tanto pela análise fática, que chamam de concretismo judicial quanto pelas consequências de seu provimento, não admitem que juízes possam se afastar da "lógica binária do direito de modo a determinar o provimento jurisdicional por razões exclusivamente não jurídicas" (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 25).

Mas, para tanto, sugerem que, por exemplo, no caso do salário mínimo, se o tribunal decidir que a lei que o estabelece é inconstitucional por não atender às necessidades do cidadão exigidas pela Constituição, deve-se compreender a decisão não no sentido de uma liberalização geral do estabelecimento do valor do salário mínimo, mas que o "cidadão brasileiro não poderia receber do empregador menos do que R$ 545,01, pois a Corte reconheceu que o valor de R$ 545,00 seria inconstitucional" (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 26).

Para eles, o próprio reconhecimento de inconstitucionalidade seria uma censura ao legislador. Segundo os autores,

> Pela mesma maneira, devemos indagar se a opção do Supremo Tribunal Federal pela modulação temporal com prazo fixado até 31 de dezembro de 2012 seria a melhor (única) solução para garantir a continuidade do repasse aos Estados do FPE. Acreditamos que não!
> (...)
> Contudo, há que se indagar: caso o Congresso Nacional permanecesse inerte poderia o Supremo Tribunal Federal determinar a suspensão do repasse do FPE? Em nosso sentir, uma decisão com esse teor poderia ser equiparada a um antibiótico que para matar uma bactéria mataria primeiro o paciente. O nó da questão está no fato de que a finalidade do Fundo de Participação é a redução do desequilíbrio socioeconômico entre as regiões brasileiras. Ora, a suspensão do repasse cumpriria esse objetivo constitucional? Por certo que não! Em nosso sentir a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial definitivamente não impediria o repasse de verbas do FPE porque tal interrupção, esta sim, acarretaria flagrante inconstitucionalidade (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 25).

Ainda assim ficaria a dúvida acerca do efeito que essa decisão teria sobre os legisladores. Afinal, os legisladores estariam obrigados a legislar? E se não o fizessem? No caso da Lei Complementar n. 62, de 1969, os autores propõe que a decisão deveria ter sido outra:

> Desse modo, a Corte deveria ter aplicado analogicamente os coeficientes de participação dos Estados fixados na Lei Complementar nº 62/1989, determinando, para tanto, a aplicação das informações e dados aferidos pelo último censo do IBGE até que o Congresso Nacional regrasse a questão. Em verdade, os critérios do acordo do CONFAZ deveriam minimamente atender à necessidade de rever o desequilíbrio regional para serem aplicados, de modo que qualquer favorecimento aos Estados menos desfavorecidos da Federação seria o suficiente para afastar a "espada de Dâmocles" levantada pelo próprio Ministro Gilmar Mendes (CRUZ, MEYER, RODRIGUES, 2012, p. 26).

Mas o caso apresentado pelos autores, embora ilustrativo só nos serve parcialmente, uma vez que o exemplo trata-se de uma ação de inconstitucionalidade por omissão. No caso do princípio da capacidade contributiva, que foi apresentado anteriormente, trata-se-ia de uma ação de reconhecimento da inconstitucionalidade comissiva, sendo que os próprios autores não endossariam a saída pelo reconhecimento de inconstitucionalidade da lei tributária municipal, interpretando-a no sentido de que o mínimo que deveria ser pago pelos contribuintes seria o valor ali estipulado.

É certo que não seria possível declarar uma inconstitucionalidade e manter a cobrança do tributo ao arrepio da legalidade. E nem mesmo, poderia o Supremo Tribunal Federal complementar a legislação tributária por analogia.

Os esforços dos autores mencionados são importantes no sentido de alertar para alternativas possíveis que não firam o caráter deontológico do Direito, embora tais questões ainda mereçam ser mais bem desenvolvidas pela doutrina nacional.

Embora a interpretação do sentido de princípios tributários como direitos fundamentais seja a mais adequada para compreensão do discurso doutrinário e a aplicação das leis deste ramo jurídico, e embora a concepção mais contemporânea de princípios jurídicos implique o reconhecimento do seu aspecto subjetivo e objetivo, o ordenamento jurídico nacional e a doutrina têm sido mais bem sucedida na construção da interpretação e na efetivação dos princípios como direitos fundamentais em seu aspecto subjetivo, do que na interpretação e na instrumentalização de mecanismos para efetivação dos princípios tributários em seu aspecto objetivo.

O processo de inflação normativa pelo qual o Direito Brasileiro tem sido construído tem gerado normas jurídicas, especialmente as de direito fundamental ligadas ao direito econômico, que acabam ficando suspensas, aguardando a sua efetivação.

No campo do Direito Tributário, embora seja necessário reconhecer os avanços da proposta de Greco, especialmente quando aborda a questão da legalidade como emancipação (2008b), deve-se, também, reconhecer que para uma maior efetivação dos princípios jurídicos tributários, sob o aspecto objetivo, é necessária a construção de um arcabouço institucional que se direcione ao Estado para uma melhor distribuição de responsabilidades e para permitir a exigência do cumprimento dos direitos fundamentais em seu aspecto objetivo de forma mais efetiva.

Do ponto de vista estrito do contribuinte, a perspectiva de princípios como direitos fundamentais no aspecto subjetivo é suficiente para lhe resguardar os direitos mínimos. O problema, como se viu, refere-se ao aspecto objetivo, ainda inconcluso[228], pouco desenvolvido pela doutrina, e que se remete não ao contribuinte no sentido estrito da palavra, como pagador de tributos, mas ao cidadão[229].

Não é o problema que se pretende resolver nesta tese, mas o apresenta para dar a dimensão do que se pretendeu defender.

5.2.3 Objeções à compreensão dos princípios tributários como direitos fundamentais

Algumas objeções podem ser levantadas neste momento acerca da abordagem dos princípios como direitos fundamentais. Adiantam-se quatro contestações que durante a leitura poderiam ter sido realizadas, pretendendo agora respondê-las:

a) objeções referentes ao fato de que a doutrina tributária muitas vezes qualifica como princípios normas que não se poderia convencionar chamar de direitos fundamentais;

---

[228] Essa inconclusão não seria do próprio Estado Democrático de Direito?

[229] Um interessante exercício a ser realizado seria tentar responder à questão a qual Derzi foi submetida acerca do princípio da não-cumulatividade. Seria ele regra ou princípio? Observou-se, na ocasião em que se descreveu o pensamento da autora mineira, que a não cumulatividade seria um princípio na medida em que possui um conteúdo mínimo nuclear, classificado como crédito físico, sendo proibido reduzir, mutilar ou deformar esse direito, mas autorizando sua expansão através de permissão legal para incluir o crédito financeiro, por exemplo. (DERZI, 2010, p. 768). Misabel Derzi poderia ter respondido, mantendo o sentido defendido, que a não cumulatividade é um princípio na medida em que possui sentido de direito fundamental do contribuinte, e no seu aspecto subjetivo é o direito do contribuinte ao crédito físico, no seu aspecto objetivo é o comando normativo para que o legislador transforme o sistema tributário em um sistema cada vez mais não cumulativo. E ainda, diria: não se pode falar em regra como contraposição aos princípios, mas como a solução dada ao caso concreto. Assim, não cumulatividade é princípio que, quando diante de uma controvérsia que requer uma solução de um caso concreto, fornece argumentos para criar uma regra especifica para regular o caso submetido ao tribunal.

b) objeções referentes ao fato de que outras normas tributárias são consideradas como direitos fundamentais, como as imunidades tributárias, e nem por isso são qualificadas como princípios tributários;

c) o fato de que essa abordagem acabaria restrita ao direito tributário, não constituindo uma contribuição para todo o direito; e

d) problemas referentes à própria dificuldade de se conceituar os direitos fundamentais.

Em relação ao primeiro aspecto devem ser ponderados três pontos. O primeiro deles é que a leitura dos princípios como direitos fundamentais, aqui realizada, é uma contribuição de melhor interpretação feita do discurso doutrinário tributário, que obviamente, não se posiciona desta maneira de forma explícita. Mas buscou-se através da análise do sentido que majoritariamente tem sido dado pela doutrina para as normas tributárias qualificadas como princípios encontrar aquele ponto interpretativo mais comumente referido. E no caso os princípios tributários em geral são qualificações atribuídas aos direitos fundamentais.

Um segundo ponto, que daí decorre, é que o fato em si de se considerar os princípios como direitos fundamentais, por meio de uma atitude interpretativa, não nega que a doutrina possa tratar determinadas normas como se fossem princípios tributários, embora não os sejam na perspectiva que aqui se defende, tal como o princípio da praticidade ou da tipicidade.

Esses princípios são ilustrativos, pois mesmo a doutrina tributária tem comumente questionado a sua qualificação como princípio, optando por manter a designação, talvez por costume. Viu-se no tópico 4.1.2 *Os princípios jurídicos na doutrina de Misabel de Abreu Machado Derzi*, a partir da página 202, que Misabel Derzi, por exemplo, empresta a esses princípios sentidos diversos daquele que comumente defende para os demais princípios. Isso não inviabiliza a teoria que aqui se descreve, pois trata-se, portanto, de reconhecer que tais atribuições estão equivocadas.

Ademais, ainda é de se reconhecer que a própria doutrina trabalha com conceitos de princípios advindos de outros setores que não o tributário, e nesse caso embora possam ter um significado específico não interessam aqui, pois fazem parte de um jogo de linguagem diferente. É o caso dos princípios como postulados jurídicos, ou seja, "as condições de possibilidade para o conhecimento destranscendentalizado do sistema jurídico" (CRUZ, 2007, p. 269). Nesse caso, por exemplo, ilustra-se com o princípio da supremacia da Constituição.

Além disso, há outras normas chamadas de princípios pela doutrina constitucional que geralmente são apropriadas para o Direito Tributário, como o princípio do federalismo, por exemplo. A esse respeito, argumenta-se que tal princípio não é de fato um direito fundamental

do contribuinte, mas sua apropriação decorre, como já se afirmou, de um jogo de linguagem diverso do tributário, referindo-se mais a aspectos constitucionais.

Por fim, o terceiro ponto a ser colocado trata do fato de que a conceituação de princípios tributários como direitos fundamentais não obsta a discussão sobre se tal norma é ou não um princípio, do ponto de vista da atitude interpretativa. Ora, os direitos fundamentais podem ser formais ou materiais, e além de tudo são históricos.

Eis o caso da não cumulatividade. Para Greco a não cumulatividade é tão relevante no sistema jurídico que a doutrina em geral elevou a técnica de apuração de impostos à condição de princípios (GRECO, 2004, p. 106). Isso parece conduzir a conclusão de que a não cumulatividade não é um direito fundamental, mas uma técnica protegida constitucionalmente.

Mas para Derzi, a não cumulatividade é uma prerrogativa do contribuinte a ser sustentada contra o fisco, sendo seu direito mínimo deduzir os créditos físicos obtidos na cadeia produtiva. Não parece que Derzi admitiria a modificação constitucional para reduzir esse direito, o que permite reconhecer que formalmente a não cumulatividade ganhou *status* de direito fundamental.

Mas como se disse anteriormente, não se trata de analisar o conteúdo em si da não cumulatividade, mas de reconhecer que haverá discussões sobre as concepções do que seja ou não direito fundamental dentro do sistema normativo tributário, sem com isso inviabilizar a contribuição que aqui foi dada.

A segunda objeção refere-se ao fato de que outras normas tributárias são consideradas como direitos fundamentais, como as imunidades tributárias, conforme foi decidido pelo STF, na ADIn 9.397, e nem por isso são qualificadas como princípios tributários. Logo, por que não considerar as imunidades tributárias como princípios? Considerar imunidades e princípios como institutos diferentes é o posicionamento majoritário da doutrina.

A defesa de que princípios são direitos fundamentais não significa dizer o contrário, de que todo direito fundamental seja princípio. Mas o que diferiria as imunidades dos princípios? O âmbito de atuação, sua função dentro do Direito Tributário e o fato de que as imunidades são consideradas normas de direito fundamental por derivação.

Diferente dos princípios, as imunidades são direitos fundamentais subjetivos que estabelecem incompetência tributária sobre certos fatos ou situações determinados, enquanto os princípios são direitos fundamentais subjetivos e objetivos que vão além da questão da competência tributária.

Inclusive, as imunidades são logicamente dedutíveis de princípios jurídicos, mesmo de outros ramos do direito, na busca da efetivação de direitos fundamentais. Por isso, devem ser consideradas como efetivação por derivação de direitos fundamentais, e não o próprio direito fundamental em si. O constituinte, na criação das imunidades, resolveu dar um âmbito tributário a direitos que ele considerou fundamental, através da denegação da competência tributária para aqueles fatos ou situações. Vale lembrar que as imunidades são direitos fundamentais formais[230], uma vez que só denegam a competência tributária porque estão estabelecidas na Constituição Federal. Assim, as imunidades possuem as características dos direitos fundamentais, mas são logicamente derivadas deles, sendo fruto e não a própria árvore.

Prova dessa argumentação é o fato de que apesar de proteger, por exemplo, os templos e os livros, jornais periódicos e o papel destinado a sua impressão, não se deduz os direitos fundamentais a liberdade religiosa e a opinião dessas normas. Essas normas, inclusive, possuem interpretação muito mais limitada do que os princípios, não podendo incluir, por exemplo, as maçonarias[231] ou as peças de teatro[232] como objetos a serem protegidos pelas imunidades, embora sejam expressões sociais da liberdade de associação, da expressão artística e difusão de cultura.

A terceira objeção a ser considerada, refere-se ao fato de que essa abordagem acabaria restrita ao direito tributário, não constituindo uma contribuição para todo o direito. É verdade que o estudo aqui se restringe ao Direito Tributário, e essa a delimitação da pesquisa. Mas, não se pode inferir que as conclusões aqui tomadas não possam ser apropriadas por outros ramos jurídicos. Seria necessária a investigação do discurso doutrinário, por exemplo, penalista, civilista. Fato é que parece que em outros ramos a abordagem de princípios como direitos fundamentais seria muito restritiva, uma vez que os princípios parecem se referir a

[230] No caso da imunidade recíproca, tal imunidade poderia ser derivada logicamente do sistema federal, sem a necessidade de previsão expressa pela Constituição, como tem defendido a professora Misabel Derzi (2010, p.372 e segs.). Ocorre que no caso especifico desta imunidade a sua condição de clausula pétrea não deriva de um direito fundamental, mas da adoção do regime federal, que é tido formalmente pela Constituição como cláusula pétrea.

[231] No RE n. 562.351, o STF entendeu que as maçonarias não se qualificam como religiosas, não estando abrangidas pela imunidade.

[232] Por exemplo, foi necessária a promulgação da Emenda Constitucional n. 75, de 2013, para garantir a imunidade tributária dos "fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser". Sem essa disposição, a imunidade não poderia ser reconhecida, embora do ponto de vista material, livros, fonogramas e videofonogramas musicais possam desempenhar papel similar na difusão da expressão, opinião e cultura.

coisas distintas. De qualquer forma, não se poderia afirmar que tal limitação inviabilizaria em si a tese que se defende.

Por fim, cumpre enfrentar a última objeção, referente aos problemas de se conceituar os direitos fundamentais. Parece que essa é mais uma questão sobre as concepções possíveis a respeito de quais normas podem ser interpretadas como direitos fundamentais do que necessariamente uma pergunta sobre o que de fato são direitos fundamentais. Não é possível extrair um conceito ontológico para se definir os direitos fundamentais, e muito menos é esse o interesse desta tese, uma vez que encarando os direitos fundamentais como conceito interpretativo, caberá a cada intérprete e aplicador do direito expor suas concepções, matéria acerca da qual, com certeza, a doutrina irá controverter. Ocorre que nesse caso será preciso ao observador da prática argumentativa perceber qual o paradigma predominante nesta concepção.

Assim, reconhece-se que há divergências e multiplicidade de teorias acerca do conceito dos direitos fundamentais, e isso não é exatamente um problema a ser resolvido aqui na medida em que se trata de um conceito considerado interpretativo, girando em torno da ideia de um núcleo normativo que deve ser prestigiado pelo ordenamento.

Logo, afasta-se a última objeção, pois a multiplicidade das teorias para se conceituar e conceber os direitos fundamentais longe de ser um problema é uma premissa para se pensar a ideia do princípio tributário como conceito interpretativo.

Um último ponto ainda deve ser analisado. Afinal, a distinção entre princípios e regras surge com o objetivo de auxiliar a aplicação do direito. Porém, como rejeitou-se a racionalidade da distinção, pergunta-se: como aplicar o Direito Tributário?

Passe-se, portanto, a desenvolver a concepção de integridade no Direito Tributário como alternativa para a compreensão da prática jurídica, superando as técnicas de subsunção e de ponderação, defendendo-a como em processo de desenvolvimento, tal como proposto por Dworkin (2007, p. 271-331).

5.3 A integridade no Direito

Dworkin critica duas concepções de direito que ele tem por inadequadas: o convencionalismo e pragmatismo.

Convencionalismo é a concepção que, em suma, entende ser possível tornar explícitas e incontestáveis as decisões políticas passadas. Essa perspectiva “faz o direito depender de

convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas; em particular, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como" (DWORKIN, 2007, p. 141-142).

Os convencionalistas insistem que toda prática jurídica se baseia nas convenções, e que se bem compreendida, trata-se de uma questão de respeitar e aplicar as convenções. Tal concepção está bastante presente no Direito Tributário, especialmente em razão da importância que a legalidade tem sido reforçada no ordenamento jurídico.

Além disso, para os convencionalistas não há sempre um direito a ser aplicado, uma vez que as convenções não permitem se adiantar a todos os problemas que irão surgir, de maneira que, ao juiz é reservado o papel discricionário (DWORKIN, 2007, p. 142-143).

Tal concepção se assemelha muito às teorias positivistas rejeitadas aqui neste trabalho, e "se ajusta mal a nossas práticas jurídicas" (DWORKIN, 2007, p. 183). Ainda que se possa reconhecer que o convencionalismo seja atrativo para os doutrinadores que se preocupam com a segurança do direito e com a previsibilidade, uma vez que os juízes, por essa concepção, só podem exercer o poder coercitivo, no caso deste estudo, exigir o tributo, caso haja decisões políticas passadas que o justifiquem, essa mesma concepção admite o poder discricionário dos juízes nos supostos novos casos.

Como se nota, essa concepção é singularmente atrativa para os estudiosos do Direito Tributário, haja vista a preocupação com a não surpresa tributária e com o resguardo do direito ao planejamento por parte do contribuinte. Porém, essa previsibilidade ficaria sempre à disposição do juiz, uma vez que a discricionariedade que lhe é concedida pelos convencionalistas, coloca a solução da controvérsia jurídica sempre a depender do modo de agir correto do juiz[233], especialmente sendo honesto quando cria um direito novo:

> Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quanto ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em

[233] Bernardo Gonçalves Fernandes traz essa mesma questão acerca de Kelsen, afirmando que a aplicação do direito acaba ficando a depender muito mais da sobriedade do julgador do que necessariamente de um sistema de definição do conteúdo da norma jurídica: "Se o critério de validade é, portanto, o único modo de identificação da norma jurídica, bem como de sua interpretação para um determinado fato social, fica outra dúvida: como julgar que interpretação pode ser considerada como a melhor e, por isso mesmo, a que deveria ser aplicada pelos Tribunais? Kelsen nos responde com uma *negativa*, ou seja, *não há, como queria Ferrara e outros membros de uma hermenêutica jurídica clássica, um método para definir ou avaliar as interpretações sobre uma norma a não ser a própria validade.* Se tal interpretação for considerada como válida, então, ela pode ser aplicada. O ato de escolher qual das múltiplas interpretações, para Kelsen, é *discricionário* e, **por isso, só cabe à consciência do aplicador do direito a escolha**" (2011, p. 167) (grifo nosso).

> vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro (DWORKIN, 2007, p. 159).

Porém, os juízes, segundo Dworkin, dedicam mais atenção às chamadas fontes convencionais, insistindo que estão tomando decisões de forma submissa à legislação, ainda que a lei não apresente qualquer possível solução para o caso. Assim, geram uma falsa narração para legitimar sua decisão, e muitas vezes utilizam desta perspectiva para aplicar uma lei que seja injusta, sem considerações morais acerca dela. Mas mesmo no caso do juiz consciente, alerta Dworkin, o fato de ele assumir o seu papel criativo não ajuda muito, uma vez que essa confissão ainda ignora o papel da coerência como fonte de direito (DWORKIN, 2007, p. 159-160).

Já os pragmatistas defendem uma concepção de direito que nega que o poder coercitivo do Estado seja autorizado ou não, com base em decisões políticas passadas, que por si só seriam capazes de legitimar o uso da força. Eles encontram "a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva" (DWORKIN, 2007, p. 185). Isso significa que a decisão não é baseada em decisões políticas passadas, em precedentes ou na coerência na construção do argumento, mas em questões consequencialistas. Segundo Dworkin:

> O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz e mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor (DWORKIN, 2007, p. 195).

O que a doutrina chama de direitos são só padrões que auxiliam na decisão do que seja o melhor futuro. Trata-se, como se vê, de uma perspectiva consequencialista e sobre essa questão já se pontuou para a desdiferenciação sistêmica que tal perspectiva gera, uma vez que o código binário lícito/ilícito é simplesmente ignorado[234].

[234] Mas um pragmático poderia perceber o risco de se decidir por esse viés e disfarçar seus argumentos a fim de legitimar a sua decisão, e gerar confiança no sistema: Não obstante, um pragmático sofisticado poderia ser tentado, por razões que consideraria totalmente respeitáveis, a disfarçar essas atenuantes. Poderia achar melhor, às vezes, simular a aplicação da lei antiga ou obsoleta, ou de um precedente malicioso e tolo, quando na verdade os estaria ignorando. Nesse caso, poderia apresentar sua decisão como uma surpreendente "interpretação" da lei ou do precedente, quando na verdade não se trata disso. Um pragmático consumado consideraria a questão de disfarçar ou não (e em que medida) sua decisão real desse modo, simplesmente como mais uma questão de estratégia. (DWORKIN, 2007, p.189).

No Direito Tributário essa perspectiva poderia gerar dois problemas devastadores:

a) uma arrecadação abusiva pela preponderância de argumentos que entenderiam o papel do Estado pela sua intervenção máxima na distribuição de riquezas; ou o caminho inverso; e

b) uma arrecadação pífia, baseada na preponderância de argumentos que defendessem a felicidade humana pela liberdade de dispor de sua propriedade.

O problema é que, tanto no convencionalismo quanto no pragmatismo, a moral e a história exercem papéis incompatíveis entre si. No convencionalismo, a moral é desprestigiada em favor da previsibilidade e das convenções; no pragmatismo, com viés consequencialista e instrumentalista de sua concepção, a história é mero auxiliar, e a moral é concorrente a outras estratégias consequencialistas admissíveis.

Como alternativa a essas concepções, Dworkin defende o direito como integridade, concepção fortemente marcada pela moral e pela história. A proposta do autor afasta-se da ideia do direito como prática social que seja tanto normativamente quanto cognitivamente fechada. O direito como prática social distinta de outras se relaciona e se complementa com a moral e a história.

O autor norte americano defende que

> Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. (DWORKIN, 2007, p. 212).

Para o autor, em relação ao princípio legislativo, ele faz tanto parte de nossa prática política, que nenhuma interpretação bem sucedida poderia ignorá-lo. Assim, em uma sociedade que se baseia em um modelo de princípios, os seus membros aceitam que são governados não só por regras criadas por um acordo político, mas por princípios que são compartilhados pelos membros daquela coletividade (DWORKIN, 2007, p. 254).

Nessa comunidade, seus membros pensam a política não sob o limitado viés da luta individual para prevalência de suas convicções pessoais no campo do poder e das regras; mas, pensam como uma arena de debates em que se discutem os princípios que aquela comunidade quer compartilhar e que digam respeito às conflitantes concepções de justiça, de equidade ou de justo processo legal.

Assim, a concepção de direito como integridade seria mais adequada para compreensão desta prática social. Os conflitos sob as diferentes concepções de justiça, por

exemplo, deve ser considerada como uma tentativa de tornar "o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política" (DWORKIN, 2007, p. 489).

O conceito de direito é um conceito interpretativo e a concepção fornecida pela integridade é marcada pela atitude:

> É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 2007, p. 492).

Há, como se vê, uma reaproximação do direito com a moral, e mais do que isso, o rompimento com a percepção de que a linguagem pode ser clara, objetiva, neutra e atemporal, sem, contudo admitir a impossibilidade do equilíbrio desta perspectiva com a previssibilidade e a segurança jurídica. O direito coerente e íntegro não se vincula somente ao presente, mas é uma ponte entre o passado e o futuro.

Em Dworkin, a teoria geral do direito é interpretativa, e ao mesmo tempo justificadora, fazendo parte do próprio direito e da própria decisão jurídica, na medida em que para ele "o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia de direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos" (DWORKIN, 2007, p. 113).

Tal como o direito, os princípios jurídicos tributários não podem ser descritos em sua totalidade, mas devem ser interpretados dentro do contexto doutrinário. E para compreensão desta ideia, assim como se viu a integridade em relação ao princípio legislativo, deve-se discutir a integridade em relação ao princípio jurisdicional.

A interidade nega o direito voltado exclusivamente ao passado, tal como defendido pelos convencionalistas, e o direito voltado exclusivamente ao futuro, tal como defendido pelo pragmatismo jurídico. Dworkin

> Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 2007, p. 271).

Assim, para ele, o debate se juízes descobrem ou se inventam o direito é uma questão inútil se analisado o direito sob a perspectiva da integridade, uma vez que os juízes fazem ao mesmo tempo as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2007, p. 271).

A metáfora da interpretação do direito como um romance em cadeia é útil para compreender como o juiz constrói a sua decisão do ponto de vista narrativo, respondendo ao passado e projetando o futuro, sem que se faça uma mera aplicação de técnicas de subsunção e de ponderação.

5.3.1 A construção narrativa do Direito: o romance e a integridade

O direito, como prática social interpretativa é, também, uma prática social criativa, no sentido de que a interpretação pretende "impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições" daquela comunidade (DWORKIN, 2007, p. 275). Cada intérprete introduz acréscimos à tradição que interpreta, acréscimos que serão levados em conta nas próximas interpretações.

A norma jurídica, portanto, não é uma entidade abstrata a ser compreendida pelos observadores, mas uma entidade concreta construída pelos observadores. Esse projeto de construção é um projeto coletivo, em que o romance, ou a narrativa que se desenvolve é construída por vários romancistas ou narradores. Tal como no seriado "A Grande Família", em que os enredos se sucedem no tempo, mas é preciso dar coerência aos personagens, assim é a construção interpretativa do direito, embora "espera-se que os romancistas [do projeto jurídico] levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade" (DWORKIN, 2007, p. 276).

Assim, as decisões dos tribunais não são baseadas em justificativas, mas em processos narrativos em que o intérprete insere um novo capítulo ao direito daquela comunidade a partir do material que recebeu. Mas, adverte Dworkin que a interpretação jurídica é peculiar, e que duas dimensões devem ser analisadas. A primeira delas seria a dimensão da **adequação**:

> Ele [o intérprete] não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum

> importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. Se não se encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá que encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido (DWORKIN, 2007, p. 277).

O que o intérprete não poderá ter é uma atitude de ceticismo interno a ponto de não considerar nenhuma interpretação adequada, uma vez que nada seria uma continuação, mas sempre um novo começo, o que não se poderia admitir. Mas, o intérprete pode se deparar com duas ou mais interpretações que ele considere ajustáveis ao caso. Inicia-se, portanto, a segunda dimensão da interpretação, a dimensão do **conteúdo**, baseada no julgamento de qual é a melhor leitura possível a se ajustar à obra em desenvolvimento:

> A esta altura entram em jogo seus juízes estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse. Mas as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda, pois mesmo quando nenhum das duas interpretações é desqualificada por explicar muito pouco, pode-se mostrar o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo. (DWORKIN, 2007, p. 278).

A diferença entre as dimensões da interpretação não é tão profunda, mas útil para a análise do intérprete, uma vez que se uma interpretação se ajustar muito mal ao enredo, sequer será levada em conta na segunda dimensão. Isso não quer dizer, também, que elas ocorram de forma subsequente, muitas vezes ao prosseguir na narração o próprio intérprete pode perceber que descartou uma interpretação que seria mais útil e que a adotou estava equivocada.

Mas quais os limites do papel do juiz, uma vez que o modelo parece só parcialmente resolver o problema da previsibilidade e da estabilidade? Isso interessa em especial para o Direito Tributário, e poder-se-ia reformular a pergunta da seguinte forma: como defender a integridade no Direito Tributário?

5.3.2 A integridade no Direito Tributário: o problema da previsibilidade

Bem, nem os pragmáticos, nem os convencionalistas têm uma solução para a previsibilidade integral. Os convencionalistas acabam admitindo a discricionariedade e os pragmáticos acabam permitindo a desdiferenciação sistêmica. Além disso, ambos acabam se apartando da justiça como ideal regulador, seja por que tal como os convencionalistas

recorrem à aplicação do passado sem análise do aspecto da moralidade política comunitária, seja por que recorrem a um projeto de análise do futuro incontrolável.

A integridade no direito constrange a atividade dos tribunais apontando a eles dois limites: a história e a própria integridade, compreendida como coerência. Tais aspectos levam aos seguintes critérios analíticos:

> a) as decisões judiciais devem levar em conta questões de princípios, deixando de lado compromissos, estratégias ou acomodações políticas com o objetivo de gerar consensos e conciliações;
>
> b) os juízes estão verticalmente vinculados pela integridade, na medida em que ao tomarem uma decisão devem mostrar que essa decisão é consiste com o arranjo legal e institucional daquela comunidade, o que inclui a Constituição, as leis e os precedentes; e
>
> c) os juízes estão horizontalmente vinculados pela integridade, na medida em que ao tomarem uma decisão, densificando as normas jurídicas para o caso controvertido, devem dar o mesmo peso para os aspectos analisados em outros casos em que as controvérsias forem similares.

A perspectiva do direito como integridade, portanto, recorre ao passado, à tradição e à história, mas, recorre, também, ao futuro. Nesse sentido, parece adequado sua aplicação ao Direito Tributário, reconhecendo, porém, que os critérios para que essa concepção prevaleça deve levar em conta as características anteriormente levantadas acerca das peculiaridades do jogo de linguagem deste ramo jurídico.

A dogmática tributária tem se esforçado em torno da busca por limites precisos sobre a estrutura lógica da norma e para uma melhor compreensão dos fatos típicos e dos conceitos ali estabelecidos para aplicação da consequência jurídica prevista quando se verificada a concretização do fato no plano da vida. Essa é a concepção jurídica dominante na doutrina tributária, não sendo difícil, porém, achar doutrinadores que reconhecem que o Direito nas sociedades democráticas modernas e contemporâneas está longe da simplicidade que o método positivista parece propor.

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

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

A proposta de compreender o Direito Tributário sob a perspectiva da integridade do direito opondo-se à interpretação dominante convencionalista e a interpretação pragmática parece adequada. Reconhece-se que, mesmo no Direito Tributário a objetividade está irremediavelmente comprometida. O juiz possui a sua disposição uma gama de razões argumentativas que giram em torno de conceitos interpretativos.

Reconhece-se que a construção argumentativa de um caso jurídico está aberta a diversas possibilidades de leitura, sem que isso possa obstruir o intérprete de encontrar para o caso, a resposta correta (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 150), no sentido de decisão mais adequada e justa para regular as pretensões das partes envolvidas no conflito.

Assim, como já se apresentou, muito interessa à hermenêutica jurídica tributária a perspectiva do debate sobre os argumentos de princípios e dos argumentos de política, da tese dworkiniana (2010), sendo que em razão dos bens jurídicos protegidos, como liberdade e propriedade, a dinâmica da solução do caso deve levar em conta direitos e não objetivos políticos, embora esses possam ser razões para instituição de direitos e de deveres tributários.

Como consequência do raciocínio acima apresentado, é de se concluir que os juízes não podem agir discricionariamente na solução de um caso tributário, e não possuem ampla liberdade decisória, sendo muito útil para o direito tributário a proposta de direito entendido metaforicamente como romance em cadeia (DWORKIN, 2007, p. 275), uma vez que sendo a legalidade uma autorização para a tributação, essa só pode ser exercida dentro do mandato que foi conferido pelo legislador ao ente tributante através de lei.

Ao contrário dos outros ramos jurídicos, no Direito Tributário já pouca margem para criações voluntariosas das partes envolvidas, tal como é possível se identificar no Direito Civil, ramo em que a autonomia moral tem muita centralidade, baseada na legalidade negativa, que significa a permissão de tudo fazer se não proibido ou exigido em lei.

Na medida em que a interpretação do Direito é criativa (DWORKIN, 2007, p. 55 e segs), o intérprete do direito, seja ele o juiz ou a doutrina, deve construir a solução do caso levando em conta o passado e o futuro, de forma que a solução seja coerente com o que já se construiu e suficientemente indicativa do caminho que se quer tomar para o futuro.

Mas qual o limite para o juiz indicar o caminho que se quer tomar para o futuro? É com isso que a doutrina tributária mais se preocupa. A dimensão voltada ao passado está já exaustivamente abordada. Mas para o futuro, há fortes preocupações. Como encarar a previsibilidade e a segurança jurídica em equilíbrio com a justiça e a moral da comunidade, sem abrir mão dos princípios da legalidade, tipicidade, anterioridade etc.

Os limites são aqueles expostos nos tópicos 5.1.1 *Argumentos de princípio no Direito Tributário: limites e possibilidades* e seguintes, quando se debateram os argumentos de princípios, a superabilidade das normas de Direito Tributário e a clareza e precisão conceitual.

Não há dúvidas de que há uma impossibilidade de se defender um conceito jurídico claro, preciso e nunca problematizável. Assim, a previsibilidade e a segurança jurídica não estão na certeza dos conceitos, mas está no fato de que argumentos de justiça e moral só podem ser utilizados para:

a) abster o contribuinte de pagar tributos;

b) melhorar a forma como ele recolherá um tributo; e

c) para declarar uma lei inconstitucional, traga ela um benefício ou um dever tributário. Nesse último caso se enquadra a questão em que após a criação de um tributo a lei confere a alguns contribuintes benefícios tributários indevidos. O princípio da igualdade nesse caso, invocado pelos representantes da sociedade, servirá para reestabelecer o dever de tributar do Estado, em razão do reconhecimento da invalidade do benefício concedido. Assim, como se vê, reconhece-se a dimensão tanto *pro contribuinte* quanto *pro fisco* da possibilidade na garantia da previsibilidade e a segurança jurídica.

E como controlar essa aplicação? Não há controle absoluto e corre-se o risco de um caso ou outro gerar decisões não adequadas, que devem ser consideradas um erro. O sistema recursal e as decisões colegiadas são soluções institucionais parciais. Mas a estabilidade e a integridade do direito só poderão ser mantidas difusamente se os intérpretes do direito tiverem a capacidade de agir de forma responsável, complementando os capítulos desse romance, responsáveis que são pela narrativa dessa história, corrigindo-os e adequando-os.

5.4 Considerações finais: um breve resumo dos pontos abordados

Não se pretende retomar cada um dos pontos aqui analisados, mas fazer um brevíssimo apanhando das ideias que foram defendidas aqui. Em primeiro lugar cumpre destacar que a

distinção normoteorética entre princípios e regras, embora retoricamente mencionada pela doutrina, não é útil para compreensão da dimensão do que a doutrina tributária chama de princípios.

Como conceito interpretativo, é preciso compreender princípios tributários como direitos fundamentais, e por conta disso, constitucionais, podendo ter concepções diversas, fortemente marcadas pelos seus aspectos subjetivo e objetivo. Assim, quando a doutrina tributária brasileira fala em princípios sob o aspecto da fundamentalidade, não o está fazendo em referência ou contraposição às regras, mas sim na perspectiva de direitos fundamentais.

Mas, somente concluir que princípios são direitos fundamentais seria muito simplório, uma vez que a distinção normoteorética se coloca como um mecanismo de auxílio para a decisão judicial.

Logo, encarar os princípios como direitos fundamentais resolve metade dos problemas que se colocou. Outro problema refere-se à concepção de direito tributário e como interpretá-lo e aplicá-lo, sem abrir mão da previsibilidade e das limitações constitucionais como direito do contribuinte. A proposta, portanto, foi no sentido de encarar o direito na concepção de integridade. Para isso desenvolveu-se uma argumentação que defende que as decisões judiciais só podem se utilizar de argumentos de princípios para estabelecer direitos e deveres jurídicos, e não em argumentos de política, que são úteis, mas direcionados aos legisladores e responsáveis pela legislação tributária.

Discutiu-se, também, a possibilidade da superação das normas jurídicas em Direito Tributário. Afirmar que as normas jurídicas são superáveis significa dizer que em certas situações, há exigências contingenciais de que as normas não sejam aplicadas, ou que sejam aplicadas em sentido diferente do extraído do enunciado normativo.

Reconhece-se, portanto, que todo condicional jurídico está sujeito a exceções, que surgem diante dos casos particulares. Para isso estabeleceram-se limites para a superação das normas tributárias, sendo que as normas tributárias que implicam no dever e no modo de pagar tributos só podem ser superadas para[235]:

a) exonerar integral ou parcialmente o contribuinte se:

a.1) o dever que lhe for imposto representar concretamente excessos que possam colocar em risco sua liberdade e propriedade;

[235] Para o detalhamento dos argumentos aqui sintetizados, ver a partir da pag. 268.

a.2) se o dever que lhe foi imposto tiver sido aliviado, por lei ou por ato administrativo, para outro contribuinte em situação similar, em ofensa ao princípio da igualdade; e

b) aprimorar o modo de pagar tributos, aplicando meios menos gravosos para o contribuinte desde que isso contribua para o exercício do dever de pagar tributos, favorecendo a arrecadação e que não afete a igualdade.

Além disso, afastou-se a ideia de que o direito, como texto normativo, possa ser absolutamente claro e preciso. Não se defende uma isomorfia, ou seja, um engessamento conceitual, dos termos legislativos e seus correspondentes na realidade, nem tampouco, uma dimensão infinita de indeterminabilidade. A questão é que em determinados contextos jurídicos permitem-se regras de jogo linguístico que admitem a unidade do tipo, com uma maior renunciabilidade de notas e características, ou uso mais flexível e com maior graduação, enquanto em determinados jogos, a elasticidade é menor, sendo menor a dimensão de alteração pragmática de conteúdo.

Esse é o caso do Direito Tributário, em que a legislação não é somente a principal fonte do direito e explicita formalmente o conjunto normativo ao qual se socorre o intérprete para solução de conflitos, mas é ela que autoriza a ação Estatal sobre a propriedade e a liberdade dos contribuintes, não se admitindo ir nem aquém nem além do ali expresso. Explicitar não significa, reforça-se, tornar o texto claro e preciso, mas veicular a norma tributária.

O intérprete não lida com princípios em contraposição às regras, mas com normas jurídicas, umas mais outras menos densas, claras, específicas, sendo só *prima facie* vinculantes dependendo sempre do caso para se tornarem normas jurídicas definitivas.

6 CONCLUSÃO

É preciso reconhecer que os princípios estão presentes no Direito e necessário é compreender o significado que é atribuído a eles pelos jogos de linguagem específicos dos sistemas sociais de comunicação, tal como o Direito.

Ao longo desta tese pretendeu-se discutir se as tentativas operadas de se estabelecerem distinções entre regras e princípios encontram limitações ou fundamento científico e racional. Esse foi o primeiro tópico que se teve que vencer para responder a pergunta nuclear: afinal, o que são princípios tributários? Em que eles diferem das regras (e se diferem) e como eles são aplicados?

Defendeu-se a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender os princípios sem que seja necessário contrapô-los à ideia de regras.

A conclusão que se chega é que a doutrina tributária majoritariamente e preponderantemente se refere a princípios como se estivesse falando em direitos fundamentais. Bem, ainda assim, poderia o avaliador discutir se a distinção entre princípios e regras deveria ser retomada e recuperada, demonstrando sua racionalidade e utilidade.

Quanto a essa possibilidade não se nega que seria um grande contra-ataque ao que se propôs aqui. Mas, de todo modo, independente da Teoria do Direito apresentar uma distinção racional ou não, fato é que a doutrina tributária, embora maneje as teorias modernas e clássicas, não precisaria dessa distinção para descrever seu objeto.

Inclusive quando manejam essas distinções, contrapondo os princípios às regras, perdem um tempo enorme, e encontram ainda mais dificuldades para sustentar quão fundamentais são as normas que rotulam como princípios.

Além disso, ainda que se possa fundamentar e apresentar uma teoria convincente de que haja normas como princípios em contraponto a normas como regras, em nada as conclusões deste trabalho seriam invalidadas. Isso porque, se uma teoria convincente surgisse, haveria de ter um esforço para reler e rotular novamente as normas tributárias, uma vez que, como a doutrina não trabalha sob esse pressuposto de distinção, muito daquilo que seria chamado de princípio não o seria.

Poder-se-ia manter a descrição do conteúdo normativo que a doutrina nacional já desenvolveu, mas os rótulos provavelmente requereriam que fossem radicalmente abandonados e reconstruídos. As coincidências seriam somente isso: coincidências.

Uma nova teoria sustentável exigiria abrir mão dos rótulos que a doutrina tributária comumente atribui às suas normas. E não se pretende abrir mão dos rótulos que a doutrina tributária atribui. O que se pretendeu foi compreender como esse rótulo pode ser interpretado, e a melhor forma é encarar os princípios como direitos fundamentais.

Pode parecer, também, que a revisão da Teoria do Direito, em relação às distinções normoteoréticas, tenha sido inútil, uma vez que se chegou a uma conclusão que, certamente, requereria maior aprofundamento sobre as concepções de direitos fundamentais.

Quanto a isso é preciso esclarecer que a revisão das teorias principiológicas foi necessária uma vez que a própria doutrina conduz os seus estudiosos a raciocinar o Direito Tributário no enfoque da contraposição entre regras e princípios. Só assim, após esse estudo, é que foi possível compreender que a Doutrina não se referia a essa contraposição quando operacionalizava e definia quais normas eram de fato princípios.

Mas não se nega que um aprofundamento sobre a teoria dos direitos fundamentais ajudaria muito a aprimorar o modo como se pensa o Direito Tributário. Isso abre mais uma linha de contra-ataque ao que se ofereceu, é claro. Mas ao mesmo tempo, abre-se uma nova vertente de questionamentos que redirecionam o debate que se estabeleceu.

Afirmar que os princípios tributários não devem ser estudados sob o enfoque da distinção normoteorética, mas sob o enfoque dos direitos fundamentais, traz duas vantagens.

A primeira delas é permitir sair do círculo vicioso em que se encontra a doutrina, na medida em que, ao se referirem a princípios, tentam de todo modo enquadrá-los em umas das teorias, seja ela uma teoria moderna, seja ela uma teoria contemporânea.

A segunda vantagem é permitir que o pan-principiologismo, ou seja, a maneira abusiva com que os intérpretes do direito têm criado princípios jurídicos para tudo que pensam que seja relevante, sem que tenham qualquer conteúdo normativo, seja mais bem compreendido e atacado.

Uma vez que princípios tributários são tidos como direitos fundamentais é preciso que o seu conteúdo normativo seja preenchido tanto com normas de direitos subjetivo, que são capazes de empoderar os sujeitos de direitos com trunfos individuais, quanto com direitos em sua dimensão objetiva, permitindo a emancipação dos contribuintes, na medida em a ordem tributária também deve servir à justiça social.

Apresentou-se, também, um modelo interpretativo de operacionalização do Direito, baseado nas contribuições de Ronald Dworkin com sua teoria do direito como integridade e o romance em cadeia. O Direito não pode se desconectar do seu contexto contemporâneo, mas deve dar satisfações para o passado e apontar para as perspectivas futuras, sem, contudo,

permitir uma desdiferenciação sistêmica. E isso ainda é mais relevante, na medida em o Direito Tributário exige uma proteção significativa da liberdade e da propriedade.

A igualdade também exige a proteção, e é esse o grande desafio do Direito Tributário contemporâneo para dar efetividade ao Estado Democrático de Direito. Porém, a ampliação do raio de atuação da norma da igualdade não pode fragilizar os indiscutíveis avanços que a emergência do Estado de Direito trouxe. A previsibilidade e a confiança são mecanismos de redução de complexidade essenciais para a sociedade contemporânea.

Acrescenta-se, ainda, que não se defendeu aqui a rigidez e a clareza conceitual de forma a desconhecer a dimensão da pragmática social no debate linguístico. O que se afirmou, e volta-se a reforçar, é que as modificações de sentido dos elementos normativos tributários não devem ocorrer de maneira tão flexível tal como outros ramos jurídicos possa permitir.

Não se nega, também, a característica da superabilidade das normas jurídicas. Porém, tais superações devem ser realizadas de forma menos flexível possível, e para isso descreveu-se um conjunto de critérios, evitando-se o rompimento com o pressuposto da legitimidade democrática do sistema tributário.

O papel da legislação na atribuição de sentido é fundamental, e inclusive essa percepção é histórica e não fora do mundo da vida. O autoritarismo que marca a nossa história política, constitucional e jurídica, ainda exige cuidados nas limitações ao poder de tributar do Estado, tal como exige nas limitações ao poder de punir do Estado.

Isso leva a seguinte questão: é possível expandir as análises que foram realizadas aqui para outros ramos jurídicos? Acredita-se que sim, especialmente o ramo do direito criminal, que compartilha de preocupações similares com o direito tributário. Porém, adverte-se, o que se buscou foi compreender o termo princípios na pragmática tributária, podendo em outros ramos esses termos ganhar outras conotações específicas.

Pensa-se que foi possível discutir e construir um modelo interpretativo de aplicação e operacionalização do Direito Tributário que permita avançar além do positivismo. É claro que se pode ter incorrido nas mesmas contradições que se apontou e criticou, embora, tenha se tomado o cuidado para evitar tais equívocos.

Certo é que a sociedade atual vive em constante risco, e embora se possa exigir uma prática jurídica íntegra, com coerência, os tribunais são compostos por homens, e nessa medida, simplesmente por possuírem a característica do humano, são falíveis, contraditórios e sempre se divergem.

E, além disso, são passíveis de serem intimidados e convencidos por argumentos consequencialistas. Esses argumentos levam, muitas vezes, a arriscadas decisões

conciliatórias que acabam afastando-se do campo da deontologia e da justiça. O certo é que a atitude do magistrado não pode ser arbitrária, e deve ele estar sempre pronto para buscar a resposta correta, no sentido da resposta mais adequada para o caso que lhe é submetido, dentro das possibilidades antropológicas e sociais a que ele está submetido.

Pensa-se que se atingiu o objetivo que foi proposto inicialmente, que era verificar como a doutrina tributária brasileira se coloca (ou é colocada) dentro dos diversos paradigmas relativos à teoria dos princípios, aferindo como ela distingue as espécies normativas e qual o cabedal teórico utilizado para essa distinção, e se a distinção elaborada também é coerentemente aplicada na solução de casos concretos em outras obras do mesmo doutrinador. Do mesmo modo, pensa-se que a resposta atingida foi satisfatória.

Não se pretende retomar a cada tópico ou conclusão parcial aqui, evitando-se maiores redundâncias. É preciso, claro, seguir na construção de uma hermenêutica que seja capaz de potencializar o Estado Democrático de Direito.

Não interessa propor que a doutrina abandone suas distinções e os sentidos que pretende atribuir aos seus argumentos e rótulos. Interessa reforçar o sentido de direitos fundamentais dos princípios tributários, o que se extrai de mais importante da doutrina, e a partir desse sentido, utilizando-se da concepção de integridade para compreensão e aplicação do direito, espera-se construir uma alternativa além do positivismo para realização do Direito Tributário Contemporâneo.

Diversas críticas foram realizadas até aqui, e novas propostas construídas. Chegou a hora de submeter à avaliação. As crítica virão e serão bem vindas. Não há receio na mudança de ideias. Somente espera-se que esse trabalho seja uma contribuição, ainda que pequena, para o intento de potencializar o Estado Democrático de Direito, incluindo novas questões na esfera cognitiva do Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 607-630, jan/jun. 2003.

ALCHOURRÓN; BULYGIN. **Lenguage del Derecho.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

ALEXY, Robert. A fórmula de peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito.** TRIVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica. (ORGS). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. In: **Revista Internacional de Direito Tributário**. v. 3. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, jan/jun, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito.** TRIVISONNO, A. T. G. (Organizador e Tradutor). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito à saúde: efetividade e proibição do retrocesso social.** Belo Horizonte: Editora Plácidos, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais.** Lisboa: Minerva, 1968.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** São Paulo: RT, 1985.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro.** São Paulo: RT, 1968.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **DOXA**, 24, p. 671-687, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 de março de 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 7, p. 73-104, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011a.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 5a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ÁVILA, Humberto. O "Postulado do Legislador Coerente" e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 11. São Paulo: Dialética, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** Atualização de Misabel de Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar.** Atualização de Misabel de Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paulo de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

BARROSO, Luís. Roberto. Tutela e efetividade do direito à liberdade. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 1972.

BENTHAM, Jérémie. **De l'organisation judiciaire, et de la codification.** 4ª v. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828.

BERGER, Peter. **Perspectivas Sociológicas:** Uma perspectiva humanística. Petrópolis: Vozes, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONVADIES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Paula de Abreu Machado Derzi; RIBEIRO, Jamir Calili. Modulação de efeitos das decisões modificativas da jurisprudência constitucional tributária. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudicias aos Contribuintes.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

BOUVIER, Michel. **Introduction au Droit Fiscal General et à la Théorie de l'Impot**. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2001.

BRASIL. Ministério da Fazenda, **Acórdão n. 104-21.675** da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, proferido na Sessão de 22.06.2006, Relator Nelson Mallmann, ementa disponível em: <http://www.conselhos.fazenda.gov.br>. Acesso em: 16.jul. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos.**Estado, Estado-Nação e Revolução Capitalista**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2659>>. Acesso em 11 de maio de 2014. Rio de Janeiro; Fundação João Pinheiro, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.). **Teoria do Direito e Decisão Racional:** Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica - Reposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 153-168, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem:** A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. **Revista Doxa**. Alicante, n. 33, p. 79-108, 2010a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípio, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.14, n.54, p.76-107, jan./mar.2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem.** Disponível em << http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>> Acesso em 11 de maio de 2014. Direito, Estado e Sociedade. Revista PUC Rio. Rio de Janeiro, v. 37, p. 152-180, jul/dez. 2010b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Prefácio da Edição Alemã. In: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina; 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Org.). J**urisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito.** A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CARVALHO, Antônio Gilson Aragão de. Não-cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária.** São Paulo: Dialética, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método.** 4a ed. São Paulo: Noeses, 2011a.

CARVALHO, Paulo de Barros. O direito positivo como sistema homogêneo de enunciados deônticos. **Revista de Direito Tributário** - RDT, São Paulo, v.12, n.45, p. 32-36, jul./set. 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra e outros (COORD). **Direito Tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito.** São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurançca jurídica e a revogação de normas tributárias. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudicias aos Contribuintes.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Oscilações Jurisprudenciais. In: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Edições Lael, 1974.

CARVALHO; Paulo de Barros. Princípios e sobreprincípios na interpretação do direito. Direito Tributário em questão, Porto Alegre, n.7, p. 133-148, jan./jun. 2011b.

CARVALHO; Paulo de Barros. Segurança jurídica e modulação dos efeitos. **Direito Tributário em questão**, Porto Alegre, v.1., n.1, p. 203-216, jan./jun. 2008.

CINTRA, Carlos César Sousa. A não-cumulatividade no direito tributário brasileiro: teoria e prática. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária.** São Paulo: Dialética, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 13a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. El principio de la legalidad. In: TORRÊS, Heleno Taveira; PISTONE, Pasquale (Coord.). **Estudios de derecho tributario constitucional e internacional.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Fraude à lei, abuso do direito e abuso de personalidade jurídica em direito tributário - denominações distintas para o instituto da evasão. In:

YAMASHITA, Douglas (Coord.). **Planejamento Tributário à Luz da Jurisprudência.** São Paulo: Lex, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Não-cumulatividade tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária.** São Paulo: Dialética, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da exoneração tributária.** 3a ed. São Paulo: Dialética, 2003.

CRUZ, Álvaro R. S.; MEYER, Emilio P. N; RODRIGUES, Eder B. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta:** incursões jurídicas e filosóficas sobre as Teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. In: **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Regras e Princípios: Uma visão franciscana. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Coord). **Nos corredores do direito.** v.1. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2015, no prelo.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WIKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Coord). **Nos corredores do direito.** v.1. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2015, no prelo.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e Crise no Direito.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DAHL, Robert. **Decision-Making in a Democracy:** The supreme court as national policy-maker. Nova York: Emoy Law Journal, 1957.

DAHL, Robert. **Decision-Making in a Democracy:** The supreme court as national policy-maker. Nova York: Emoy Law Journal, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Atualizações a Direito Tributário Brasileiro.** BALEEIRO, Aliomar. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Atualizações a Limitações constitucionais ao poder de tributar.** BALEEIRO, Aliomar. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário:** proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. O direito à economia de impostos – seus limites (estudo de casos). In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). **Planejamento Tributário à Luz da Jurisprudência.** São Paulo: Lex, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Praticidade (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo et all (ORG). **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011a.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Tipicidade (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo et all (ORG). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011b.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Sistema Tributário Nacional: Não Cumulatividade e Substituição Tributária na Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord). **Princípios Constitucionais Relevantes.** Porto Alegra: Lex Magister, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EMBAIXADA E CONSULADOS GERAIS DA ALEMANHA NO BRASIL. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 07 ago. 2014.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

FIGUEROA, Alfonso García. ¿Existen diferencias entre reglas y princípios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los princípios de Robert Alexy". In: Alexy, Robert et alli., **Derechos sociales y ponderación**, Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico:** el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

FURLAN, Anderson; VELLOSO, Andrei Pitten. Não-cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética, 2009.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. 1. 5ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLUPO, Marcelo Campos. A Teoria Discursiva do Direito e a Renovação do Conceito de Princípios Jurídicos. In: **Igualdade e diferença.** Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GODOI, Marciano Seabra de Godoi. O quê e porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GODOI, Marciano Seabra de. **Crítica a jurisprudência atual do STF em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2011.

GODOI, Marciano Seabra de. Não-cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária.** São Paulo: Dialética, 2009.

GODOI, Marciano Seabra de. **Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF**. São Paulo: Dialética, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. Proteção da Segurança Jurídica e Guinadas Jurisprudenciais em Matéria Tributária: Análise da Doutrina Atual e de Alguns Casos Recentes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.** 1a ed.São Paulo: Dialética, 2012a.

GODOI, Marciano Seabra de. Crítica à visão libertarista do tributo e do direito tributário. In: Valcir Gassen. (Org.). **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira:** Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. 1ed. Brasília: Consulex, 2012b.

GODOI, Marciano Seabra de. O consequencialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário** - 13.º Volume. 1.aed.São Paulo: Dialética, 2009.

GODOI, Marciano Seabra de. A volta do in dubio pro Contribuinte: Avanço ou Retrocesso?. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.** 1.aed.São Paulo: Dialética, 2013.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GRECO, Marco Aurélio Greco. Três papéis da Legalidade Tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2008b.

GRECO, Marco Aurélio. Capacidade Contributiva (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo et all (ORG). **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011a.

GRECO, Marco Aurélio. **Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro.** Revista da PGFN, v. 1, p. 9-18, 2011b.

GRECO, Marco Aurélio. Devolução ex offício de tributo indevido: dever de legalidade, moralidade e eficiência administrativas, no âmbito da função tributária. In: DIAS, Karem Jureidini; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). **Compensação tributária.** São Paulo: MP Editora, 2008c.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito.** São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. Medida **Provisória 2037 23 incentivos fiscais para a informática.** Parecer manuscrito. São Paulo, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. Não-cumulatividade no PIS e na COFINS. In: Leandro Paulsen. (Org.). **Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS.** Porto Alegre: Thomson/IOB, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008a.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, v. 6. São Paulo: Dialética, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. Princípio da capacidade contributiva. **Revista Fórum de Direito Tributário** - RFDT, Belo Horizonte, v.4, n. 22, p. 119-135, jul./ago. 2006a.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação, in: **Solidariedade social e tributação**, coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói. São Paulo: Dialética, 2005.

HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ISENSEE, Josef. **Die Typisierende Verwaltung**. Berlin: Duncker e Humblot, 1976.

JUNG, Carl. **Tipos Psicológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LEENEN, Detlev. **Typus und Rechtsfindung**. Berlin: Duncker e Humblot. 1971.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: **Il Futuro della Costituzione**. Org. ZAGREBELSKY, Gustavo. Torino, Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Klaus A. Ziegert (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUÑO, Antônio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Não-cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética, 2009.

MACHADO, Edgar da Mata Machado**. Elementos de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. A não-cumulatividade no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da legalidade como limitação constitucional ao poder de tributar. **Revista Dialética de Direito Tributário** - RDDT, São Paulo, n.197, p. 56-65, fev. 2012.

MACHADO. Hugo de Brito. **Aspectos fundamentais do ICMS**. 2a ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.

MOREIRA, André Mendes; RIBEIRO, Jamir Calili. Metodologia do Direito Tributário e o Modo de Raciocinar por Tipos e por Conceitos. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.), **Segurança Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NABAIS, Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário e Direitos Fundamentais** – uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

PADOVER, Saul Kussiel. **The living U.S. Constitution**. 3ª ed. New York: Meridian,1995.

PINTO, Adriano. Não-cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Não-cumulatividade tributária**. São Paulo: Dialética, 2009.

PINTO, Bilac. Isenção Fiscal. **RDA** 21, São Paulo. Jul-Set. 1950.

POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RADBRUCH, Gustav. Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken. **Internationale Zeitscherift für Theorie dês Rechts**, n. XII, 1936.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Jamir Calili. A Não Cumulatividade e a Desoneração Tributária no IPI: O lobo na pele do cordeiro. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, v. 1, p. 05-23, 2013.

RIBEIRO, Jamir Calili. Aplicabilidade da Teoria dos Princípios de Robert Alexy à Teoria Geral do Direito Tributário. In: TRIVISONNO, Alexandre T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette Lopes. **Anais do Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Forense, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Derl Rey, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPOIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Antônio Henrique Corrêa. **Colisão de princípios e ponderação de interesses:** solução ruim para problema inexistente. Manuscrito. Rio de Janeiro: 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n.º 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica** – Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Heleno Taveira. **Direto Tributário e Direito Privado:** autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e seus subprincípios constitucionais. In: **Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT**. ano 1, n.1, jan/fev. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 19a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado. **Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da proporcionalidade e as normas antielisivas no código Tributário da Alemanha. In: Ives Gandra Martins, **Direito financeiro e tributário comparado:** estudos em homenagem a Eusebio González García 1ª (in memoriam). São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v.18, 2004.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A. T. G. **Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

VILANOVA, Lourival**. As estruturas lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Editora RT, 1977.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V.1. Milano: P. Rossi, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

WROBLÉWSKY, Jerzy. **Legal syllogism of rationality of judicial decision**. In Rechtstheorie 1, 1974.