XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender 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 hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA

LEGAL PRINCIPLES AS FUNDAMENTAL RIGHTS IN CRIMINAL AND TAX LEGAL DOCTRINE

Jamir Calili Ribeiro [1]

Resumo

A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender 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 hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria dos princípios, Direito tributário, Direito penal, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Law Theories asserts the existence of legal principles, especially in contrast to the rules. Brazilian criminal and tax law doctrine operate based on a set of normative standards that it labels as principles. Based on this assertiveness, we intended defend 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 criminal and tax doctrine treats principles as fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle theory, Tax law, Criminal law, Fundamental rigths

[1] Professor de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus de Governador Valadares. Doutor em Direito pela PUC Minas e Mestre em Administração Pública pela FJP.

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.

[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.

Ocorre que há poucos estudos sistematizados de análise da doutrina jurídica brasileira acerca do que se pode entender como princípio e sua contraposição às regras, em especial nos campos jurídicos como o Direito Tributário e o Direito Penal, ramos em que a perspectiva da rigidez conceitual ainda predomina.

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

a) há nos dois ramos 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 e do mundo da vida; e

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

A dogmática jurídica tem sido construída em uma sociedade cada vez mais complexa, onde a precisão linguística fica cada vez mais difícil, proliferam os *hard cases*, arrojados negócios jurídicos e inúmeros e complexos relacionamentos intra sistêmicos.

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

O que se pretende aqui é fazer uma proposta de compreensão do que podemos chamar de princípios dentro da doutrina tributária e penalista, levando em conta o significado que a pragmática linguística, desses campos teóricos, dá aos princípios jurídicos e ao modo pelo qual ele é operado pela doutrina desses ramos do direito.

Apesar da grande importância que a teoria dos princípios possui na construção hermenêutica nacional fundamentadas nas propostas de distinção entre espécies normativas fornecidas pelas Teorias de Direito contemporânea, em especial a de Ronald Dworkin (2007; 2010; entre outros) e Robert Alexy (2005; 2007; 2012; 2014), o que se pretende demonstrar é que princípios para a ciência tributária e penalista passam por outro significado, e isso significa que modelos de ponderação e resolução de conflitos

elaborados com base nas distinções qualitativas servem pouco para resolução de conflitos nessas searas.

O que se propõe aqui é uma releitura do conceito de princípios, o compreendendo a partir de uma atitude interpretativa dentro de um paradigma de direito que defende o controle do Estado das atividades de intervenção na propriedade e na liberdade e a segurança jurídica em prol do cidadão.

Assim, o pressuposto aqui é que a distinção normoteorética em abstrato é irrelevante e não há enunciados normativos que possam ser considerados como princípios ou como regras no estilo proposto por autor como Dworkin ou Alexy. A própria doutrina tributária ou criminal não tem adentrado à conceituação das regras, de forma a contrapor o conceito ao conceito de princípios.

Assim, a hipótese, que se pretende aqui defender, é a de que princípios são normas jurídicas que para esses ramos merecem uma qualificação especial de fundamentalidade, sendo, portanto, normas que se equiparam a Direitos Fundamentais.

1 O CONCEITO DE PRINCÍPIOS E AS QUESTÕES INTERPRETATIVAS

O debate sobre a distinção entre princípios e regras e sua aplicação no Direito Tributário ou Criminal 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).

Quando juristas são colocados para se debater a natureza da distinção entre regras e princípios, o que se vê é que muitos dos debates, giram em torno de se definir um critério para que se possa atribuir a uma proposição jurídica o conceito de princípios e regras. Trata-se, como se vê, de uma discussão de fato, embora diversos dos membros desta comunidade possa alertar para o fato de que essa discussão não poderia ser meramente fática.

Sugere-se um exercício de releitura do Direito Tributário marcado pela aceitação da distinção entre regras e princípios sob o enfoque teórico de Alexy, o que se faz somente a título de exercício para entendimento da proposta aqui esboçada. Aprofundando-se a discussão em relação à interpretação das normas da não cumulatividade e da espera nonagesimal, 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 realização na maior medida do possível, cabendo ao legislador fazer a ponderação da medida ideal.

Em relação à espera nonagesimal, poderia se defender 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.

Assim, "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.

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. A discussão, portanto, é mais sobre se seria possível fixar de forma não controvertida um critério semântico para dizer que uma determinada proposição seria um princípio ou uma regra.

Embora os juristas possam discordar sobre esses fundamentos de validade, todos acaba em sua prática diária tratando determinadas proposições jurídicas tributárias ou criminais 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 uma comunidade qualquer, por exemplo, de alunos, lida com os conceitos de princípios tributários ou criminais 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, 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 ou criminal 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 ou Criminal, em primeiro lugar passa-se pela etapa "pré-interpretativa"[2], caracterizada pela identificação do que se pode chamar de princípios tributários ou criminais e classificá-los.

Dentre os princípios constitucionais que podemos identificar em ambos os ramos jurídicos podemos citar o da estrita legalidade, da anterioridade e da tipicidade.

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" (CARVALHO, 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 intervenção. 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. (CARVALHO, 2013, p. 170).

[2] "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).

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[3]. O mesmo vale, se tomarmos definição similar na seara criminal.

Mas, há dentro desses ramos, princípios que estão, também, em níveis pré-jurídicos, como o princípio da culpabilidade, no campo criminal, ou o 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. (CARVALHO, 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.

O mesmo vale para o princípio da culpabilidade. Uma vez que o comando normativo vai desde a definição do crime até a dosimetria da pena. Do ponto de vista pré-jurídico, ele nos diz que é preciso que sejam selecionados signos de vontade e culpa na definição de um crime, mas no plano concreto, só se pode limitar a pena aos limites previstos na lei, ainda que possamos encontrar culpabilidades distintas com aplicações de penas similares, em razão do espaço normativo concedido.

Isso é muito relevante, na medida em que alguns princípios, nessa percepção teórica, parece possuir duas frentes:

[3] 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, 2011. p. 127).

a) a frente política, que permite ao legislador ampla possibilidade de escolha do signo de riqueza ou culpa, sendo caracterizada por se um momento pré-jurídico; e

b) a frente jurídica, que dá ao cidadão o direito de invocar o princípio para limitar a atuação do Estado em sua vida, sem que o Estado possa invocar o mesmo princípio ao aumentar sua atuação. Ou seja, o cidadão pode alegar o princípio para fazer com que sua pena não ultrapasse determinado valor de anos, mas o Estado não pode alegar o princípio para ampliar a pena acima do máximo permitido.

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 Carvalho, 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 penais ou tributários no nível pós-interpretativo? Se tomarmos a doutrina brasileira como foco de estudo, 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 penal ou tributária das tentativas da teoria do direito de distinguir princípios de regras; e

b) pode-se compreender a doutrina sob o enfoque próprio do seu jogo de linguagem, apartando-se da confusão gerada pelas teorias que afirmar que princípios não existem ou que a denominação de princípios não é relevante.

Isso não significa dizer que a doutrina 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[4].

O debate de fundo nas ciências criminal ou tributária está longe de estabelecer essa distinção, ou longe de ser necessária essa distinção, uma vez que a própria doutrina tributária ou penal sequer se preocupa em definir o que sejam as regras.

O critério da fundamentalidade na distinção entre princípios e regras, predominante no discurso doutrinário, 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, a doutrina seria mais bem sucedida se incorporasse o sentido de direito fundamental, sem a necessidade de contrapô-lo às regras. Dois motivos expressam isso:

a) primeiro que a distinção é irrelevante para o conteúdo desenvolvido pela doutrina e sua aplicabilidade; e

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

[4] 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.

Penal ou Tributário de maneira coerente. Oferece-se assim, uma nova forma de compreender os princípios, sem menosprezar os ganhos que a doutrina obteve em relação aos modelos jurídicos anteriores.

Assim, o **conceito** de princípios 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 Penal e Tributário, certas exigências se mostrarão a quase todos como paradigmas, isto é como um requisito para que se considere aquela norma como um princípio. 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 de alunos de um determinado curso de direito 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.

O direito, portanto, traz um conjunto de normas que autorizam o uso da força oficial contra o cidadão. Os princípios, portanto, assumem a conceituação de direitos fundamentais no sentido de conformadores e limitadores do uso da força oficial contra o cidadão[5].

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, tal como as imunidades, mas que conformam as normas atributivas de poder e são requisitos ao exercício válido do poder. É essa a interpretação que a doutrina tradicional 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.

Para seguir no entendimento do argumento aqui exposto, 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.

2 ARGUMENTOS DE PRINCÍPIOS: 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).

[5] No Direito Tributário e Direito Penal, 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.

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 Penal e do Direito Tributário e como consequência do primeiro problema, refere-se à importância que a norma da legalidade e da tipicidade possuem.

A legalidade, no Direito Tributário, similar ao do Direito Penal, 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. Isso vale tanto para a seara tributária quanto criminal. 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 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 réu reivindique para si um benefício na execução penal concedido por lei a outros réus. 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 criminais ou com objetivos de redução de pessoas no sistema prisional. 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.

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 criminal ou 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 Penal e 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 nos ramos do direito objeto de análise.

A legalidade deve ser vista sob o ponto de vista positivo, ou seja, o direito de tributar ou condenar, **só surge se expressamente a lei assim autorizar e especificar**. A omissão da lei é denegatória de autorização para exercer o poder punitivo ou de exigir tributos. Ao mesmo tempo em que a lei concede prerrogativas, a sua omissão aciona a favor do contribuinte o dever do Estado de permanecer inerte.

Porém, há outro conjunto de normas que possui função acessória ou complementar, tanto no Direito Penal quanto no Direito Tributário. 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 só pode ser compreendida 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 ou do poder punitivo, baseando-se em direitos e deveres que não tenham sido impostos por uma legislação explícita anterior.

CONCLUSÃO

Tendo sido realizadas essas colocações a hipótese que se pretendeu expressar é a de que o **conceito** de princípios tributários e criminais 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.

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.

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. A preocupação aqui é compreender o uso que a doutrina penal e tributária dá aos princípios e como é possível localizá-los dentro da Teoria do Direito.

Portanto, o argumento que se defendeu é o de que, embora a doutrina penal ou 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 constitucional. Ademais, essa seria inclusive a proposta de melhor interpretação dos princípios frente à moralidade da comunidade jurídica em que eles estão inseridos.

Ainda que se pudesse defender uma distinção racional entre regras e princípios para a Teoria do Direito, as doutrinas penal e tributária nacionais não trabalham do ponto de vista da definição e aplicação dos princípios sob esses marcos teóricos, apesar de, em alguns casos, fazerem referências descontextualizadas acerca dessas distinções.

É claro que se sabe que a hipótese que se pretendeu defender aqui levanta inúmeras outras questões, como os aspectos relativos a superabilidade das normas jurídicas, as discussões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, entre outras. Mas o objetivo aqui é lançar a ideia central de que princípios nada mais são do que normas de direitos fundamentais, isso na seara tributária e criminal. Se há outros aspectos a serem analisados, não se pode negar, mas devem ser enfrentados em outra ocasião.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

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.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 5a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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. 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.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

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. **Crítica a jurisprudência atual do STF em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2011.

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.