

QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na publicação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo."

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



Coordenador:

LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI

Professor Titular de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Advogado em São Paulo.

DIREITO TRIBUTÁRIO

HOMENAGEM A PAULO DE BARROS CARVALHO



Editora Quartier Latin do Brasil
Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-001
Vendas: Fone (11) 3101-5780
Email: vendas@quartierlatin.art.br
Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2008
quartierlatin@quartierlatin.art.br

ssidade de aplicação, como a união de dois mundos que demandam do poder dicional a aplicação, num processo de "tradução" da linguagem. otável como a doutrina desenvolvida pela escola de Paulo de Barros Carvalho se xima da doutrina alemã em diversos aspectos da lógica da linguagem. Igualmente a sensação a evolução da lógica da linguagem nos tribunais constitucionais.

REGRA-MATRIZ *VERSUS* PRINCÍPIOS

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regras *versus* princípios sob o ângulo conceitual. 1.1. Regras. 1.1.1. Funcionalidade. 1.1.2. Eficácia. 1.2. Princípios. 1.2.1. Funcionalidade. 1.2.2. Eficácia. 2. Regras *versus* princípios sob o ângulo normativo. 3. Conclusões.

Humberto Ávila

Livre-Doente em Direito Tributário pela USP. Ex-Pesquisador Visitante das Universidades de Harvard, EUA, e Heidelberg, Alemanha. Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.

1. REGRAS VERSUS PRINCÍPIOS SOB O ÂNGULO CONCEITUAL

1.1. REGRAS

1.1.1. FUNCIONALIDADE

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 fatos⁵. As regras, portanto, possuem algumas características peculiares cuja análise interessa aqui.

As regras descrevem a conduta a ser adotada ou a parcela de poder a ser exercida pelo seu destinatário. Isso porque ela não deixa aberta a escolha de qualquer meio de atuação do destinatário, definindo, em vez disso, um meio específico. A escolha de um meio específico de atuação do poder público, por meio da positividade de uma regra, faz com que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não fique livre para escolher outro meio, por melhor que lhe possa parecer. Quando há uma regra, portanto, o conflito moral que surgiria, caso não houvesse sido editada a regra, deixa de surgir pelo efeito decisório da regra que foi editada. Daí se afirmar que o caráter hipotético-condicional das regras deve afastar considerações de ordem subjetiva, tanto do aplicador quanto dos seus autores⁶.

As regras, ponderando previamente todos os aspectos relevantes sobre o conflito entre princípios, pretendem estabelecer uma decisão para esse conflito. Desse modo, elas geram uma solução específica para o conflito entre razões⁷. Isto é, tendo sido editada uma regra que estabelece uma decisão específica para um conflito entre princípios, não pode o Poder Legislativo ou o Poder Executivo ponderar novamente os princípios em conflito tomando outra decisão. De fato, as regras têm a função de gerar uma solução para um conflito, evitando que a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurgir no momento de aplicação.

As regras, devido ao seu caráter decisório, excluem razões que seriam consideradas, não houvesse sido escolhida a técnica de normatização por meio da regra. Vale dizer, se não existisse a regra, o intérprete estaria liberado para decidir a questão levando em conta outras razões, mas como há uma regra posta, essas razões ficam excluídas pela razão imposta pela regra. Daí se dizer que as regras estabelecem razões de segunda ordem que bloqueiam a ação de razões de primeira ordem⁸. Todas aquelas razões que seriam consideradas têm sua consideração bloqueada pela instituição da regra, que passa a ser a própria razão de decidir⁹.

⁵ Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de vetores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade de referência e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas.

⁶ A norma tributária em sentido estrito, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. Sua construção é obra do cientista do Direito e se apresenta, de final, com a característica própria dos juízos hipotético-condicionais.

INTRODUÇÃO

A obra de Paulo de Barros Carvalho é riquíssima em múltiplos aspectos. Um deles diz respeito ao exame das espécies normativas, que o autor, depois de esmiuçar os vários critérios existentes, divide em princípios e regras, segundo o grupo institucional a que pertencem.

Os princípios seriam preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintético no conjunto, exercem grande influência sobre extensas porções do ordenamento jurídico, informando o vetor de sua compreensão¹.

As regras, por sua vez, divididas entre regras de estrutura e de comportamento, são aquelas prescrições que, no campo tributário, definem a incidência do tributo e que se revestem de uma estrutura hipotético-condicional, na medida em que contêm uma hipótese, suposto ou antecedente, a que se conjuga um mandado, uma consequência ou estatuição².

Essas duas normas, na obra do ilustre homenageado, não só exercem diferentes funções, como também possuem eficácias normativas diferentes. Contribuir para o exame dessas funções e finalidades é o modesto objetivo deste estudo. O título sugerido para a homenagem — “regra-matriz versus princípios” — sugere uma contraposição entre ambas as espécies normativas. Esse contraste pode ser feito de duas formas. De um lado, pode ser feito do ponto de vista conceitual, adiante a comparação entre as funções e as finalidades das regras e dos princípios. De outro, ele pode ser feito do ponto de vista normativo, por meio do exame do conflito entre regras e princípios. São esses dois confrontos — conceitual e normativo — que compõem as partes deste trabalho.

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

² *Idem*, p. 260.

³ *Idem*, p. 159.

⁴ *Idem*, pp. 359 e 260.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249.

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

⁸ RAZ, Joseph. *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 22-23.

⁹ SCHAUER, Frederick. *Formalism*. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar/1988, p. 537.

Essas características das regras têm uma importância sem igual para a interpretação constitucional, já que elas modificam o próprio processo de resolução dos conflitos constitucionais. Nesses casos, a legitimidade do poder não é descoberta por meio da ponderação quantitativa entre o interesse estatal e o interesse individual, no sentido de que será admitida uma restrição tanto maior ao direito individual, quanto mais importante for a finalidade estatal perseguida; em vez disso, a legitimidade do poder é averiguada por meio de uma análise qualitativa que investiga a estrutura do poder que é atribuído por meio de uma regra.¹⁰ É precisamente dentro desse quadro que entram as regras de competência que definem a incidência do tributo, demarcando os seus vários aspectos, cabendo ao intérprete esquadriñar os seus vários elementos mediante uma análise estrutural.¹¹

As regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, afastando a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha. É justamente para evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse mesmo conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra.¹²

Além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais. Isso tudo porque, deixando aberta a decisão para que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, de acordo com considerações equitativas que julgar mais adequadas, possa decidir o caso, corre-se um risco de arbitrariedade.¹³

É precisamente dentro desse quadro que entram as regras de competência que definem a incidência do tributo, demarcando os seus vários aspectos.¹⁴ As regras, nessa função, são instrumentos de alocação de poder: como, por meio delas, descobre-se qual o âmbito de poder a ser exercido, pode-se controlar o exercício do poder, devidamente demarcado por meio dos aspectos das suas hipóteses.¹⁵

1.1.2. EFICÁCIA

As regras têm o efeito de pré-decidir o meio de atuação do Poder Público, descrevendo os comportamentos permitidos, proibidos ou obrigatórios. Relativamente a outras normas do ordenamento jurídico, as regras funcionam como instrumentos concretizadores de ideais mais vagos. No tocante aos fatos, as regras selecionam os fatos pertinentes, qualificando-os juridicamente. Daí por que elas selecionam os

elementos a serem considerados, bloqueando a consideração de outros fatores, tornados impertinentes pela sua eficácia.

Nesse sentido, a eficácia das regras é decisiva, ao passo que a dos princípios é apenas contributiva, não cabendo ao intérprete, por consequência, afastar, sem mais, a decisão tomada pela Constituição Federal pela sua própria decisão pessoal. As regras também têm uma eficácia definitiva dos próprios princípios com os quais horizontalmente se relacionam, no sentido de que vários dos ideais, cuja realização é por eles determinada já têm seu modo de concretização prévia e abstratamente "delimitado" no plano constitucional, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele já definido pela Constituição por meio de suas regras.¹⁶

Em virtude dessas eficácias, também conjugadas com a eficácia seletiva de fatos e modificadora do ônus de argumentação, é que as regras têm uma eficácia diferenciada relativamente aos princípios, que se passa agora a examinar.

1.2. PRINCÍPIOS

1.2.1. FUNCIONALIDADE

Os princípios podem ser caracterizados sob vários pontos de vista. Por um viés, eles podem ser distinguidos pelo seu elevado grau de generalidade e abstração: os princípios seriam normas portadoras de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e, por isso, exigem uma aplicação influenciada por um elevado grau de subjetividade do aplicador, contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número (quase) determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número (quase) determinado de pessoas) e, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete.¹⁷

Sob outra perspectiva, complementar à primeira, os princípios podem ser caracterizados pelo grau de manifestação do seu conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização.¹⁸

Sob outro ângulo, os princípios podem ser diferenciados pela sua diferente estrutura: enquanto as regras instituem deveres definitivos (deveres que não podem ser superados por razões contrárias) e são aplicadas por meio da subsunção (exame de correspondência entre o conceito normativo e o conceito do material fático), os princípios estabelecem deveres provisorios (deveres que podem ser superados por

16 AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 102 e ss.

17 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4. imp. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990. p. 51. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1979. p. 26.

18 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. pp. 50, 53 e 55. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159.

10 PILDES, Richard H. *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, abr/1994, p. 714.

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 259.

12 ALEXANDER, Larry e SIKERWIN, Emily. *The Rules of Rules - Morality, Rules and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001. p. 30-31.

13 SCHAUBER, Friederick. *Profits, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 53.

14 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 259.

15 CARVALHO, Paulo de Barros. *Elementos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

razões contrárias) e são aplicados mediante ponderação (sopesamento concreto entre razões colidentes com atribuição de peso maior a uma delas)¹⁹.

Por fim, mas não por último, os princípios podem ainda ser distinguidos em razão da natureza da descrição do comportamento (as regras descrevem comportamentos ou poderes para atingir fins; princípios descrevem fins cuja realização depende de efeitos decorrentes da adoção de comportamentos); da natureza da justificação exigida (as regras exigem um exame de correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato, sempre com a verificação da manutenção ou realização das finalidades sub-jacentes); os princípios exigem uma compatibilidade entre os efeitos da conduta e a realização gradual do fim); e da natureza da contribuição para a decisão (as regras têm pretensão terminativa, e os princípios têm pretensão complementar)²⁰.

Independente de qual ângulo for escolhido – generalidade e abstração, intensidade axiológica, estrutura normativa ou funcionalidade –, as notas distintivas dos princípios conduzem, se buscada uma ideia comum, a uma indeterminação, maior ou menor, do meio a ser escolhido para a sua realização. Daí a oportuna afirmação do jurisconsulto honenagado, no sentido de que os princípios, por preservarem valores e não serem revestidos de estrutura hipotético-condicional, envolvem características que tornam a sua aplicação extremamente complexa, pela ausência de limites objetivos²¹.

Os princípios, justamente porque apenas apontam para finalidades a serem buscadas, normatizam uma parte da controvérsia e necessitam da complementação de outras normas no processo de aplicação. Precisamente por isso, a decisão deverá ser tomada por meio da ponderação quantitativa entre os princípios concretamente colidentes. Isso ocorre porque os princípios, ao deixarem aberta a escolha dos meios a serem escolhidos para sua promoção, não trazem uma solução para o conflito de interesses que pode surgir no processo de aplicação, proporcionando, com isso, uma diferente interação com outras normas, com as quais eventualmente entra em conflito. Os princípios, devido ao seu caráter complementar, incluem, no processo de aplicação, as razões que devem ser consideradas diante do conflito. O aplicador, em vez de ter impedida ou restringida sua atividade de investigar as razões morais que estão por trás das normas, está livre para ponderá-las diretamente umas com as outras. Essa característica também não passou despercebida da argúcia do Mestre honenagado, quando, depois de relacionar os princípios com normas portadoras de elevada carga valorativa, mencionou as características de bipolaridade, preferibilidade e tendência à graduação hierárquica dos valores²².

E, finalmente, porque os princípios não estabelecem, de antemão, o meio de atuação do poder público, eles deixam de vincular o aplicador a uma operação de correspondência entre o conceito da hipótese normativa e o conceito dos fatos do caso. Ao invés disso, o aplicador está incumbido de fazer uma ponderação concretamente orientada entre os princípios conflitantes, ele próprio encontrando os meios adequados, necessários e proporcionais à consecução do fim, cuja realização é determinada pela positividade dos princípios. Aos princípios faltam, precisamente, os tornos mais precisos que sobram nas regras.

As considerações anteriores revelam que os princípios são instrumentos de garantia da justiça individual, tendo em vista que visam a deixar aberta a solução para um conflito de interesses a ser objeto de decisão, pelo aplicador, mediante consideração das razões privilegiadas pelos princípios que entram concretamente em conflito. Em razão disso, a sua aplicação deve obedecer a critérios específicos que visam a diminuir a arbitrariedade mediante a introdução de estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis.

1.2.2. EFICÁCIA

Os princípios possuem várias funções eficácia²³. Em primeiro lugar, eles exercem uma função interpretativa, pois servem de parâmetro para a interpretação de outras normas. Dentre os vários sentidos possíveis, deve ser escolhido aquele que melhor se conforme ao conteúdo do princípio axiologicamente sobrejacente. Daí se dizer que os princípios são normas que aparecem como linhas diretrizes que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade²⁴. Em segundo lugar, os princípios desempenham uma função bloqueadora, em razão de neutralizar a aplicação das regras previstas, mas cujo conteúdo é incompatível com o ideal que eles determinam promover. Em terceiro lugar, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que introduzem uma regra jurídica necessária à promoção do estado de coisas.

2. REGRAS VERSUS PRINCÍPIOS SOB O ÂNGULO NORMATIVO

O contraste entre regras e princípios, além de poder ser feito sob a perspectiva conceitual acima examinada, pode ser feito do ponto de vista normativo, por meio do exame do conflito entre regras e princípios.

Mesmo considerando que a Constituição Federal estabelece regras específicas, ainda assim se poderia pensar que havendo, na mesma Constituição, regras e princípios poderia ocorrer um dos seguintes fenômenos: ou a prevalência do princípio sobre a regra, atuando aquele diretamente no âmbito não abrangido por esta; ou a ampliação do conceito previsto na regra pela atuação indireta do princípio sobre a sua interpretação

19 DWORCKIN, Ronald. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review* 35 (1967), p. 14 e ss.
ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), p. 59 e ss. *dem. Ref.*
Vernunft. *Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 177. *Idem*. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien.
Arbeiten für Rechts- und Sozialphilosophie 25 (1985), p. 19 e ss. *Idem*. Rechtssystem und praktische
Vernunft. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 216-217. *Idem*. *Theorie der
Gerechtigkeit* 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 77 e ss.

20 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. B. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71 e ss.

21 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162.

22 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162.

23 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111 e ss.

24 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162.

ção. Ambos os fenômenos, ainda que conceitualmente separáveis, provocam o mesmo efeito jurídico: criação de uma nova restrição sem atribuição expressa de poder por meio de uma regra. Nenhuma das duas possibilidades, no entanto, pode ser aceita.

Isso porque num confronto horizontal entre regras e princípios, as regras devem prevalecer²⁵. De fato, as regras têm uma eficácia que os princípios não têm. Em primeiro lugar, a eficácia das regras é decisiva, ao passo que a dos princípios é apenas contributiva, não cabendo ao intérprete, por consequência, afastar, sem mais, a decisão tomada pela Constituição Federal pela sua própria decisão pessoal. Em segundo lugar, as regras têm uma eficácia definitiva dos próprios princípios com os quais horizontalmente se relacionam, no sentido de que vários dos ideais, cuja realização é por eles determinada, já têm seu modo de concretização prévia e abstratamente "delimitado" no plano constitucional, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele já definido pela Constituição por meio de suas regras. A previsão constitucional de princípios ou de instituições correlacionados àquelas regras de competência não invalida a conclusão anterior, na medida em que a previsão de princípios e de instituições deixa livre a adoção dos comportamentos necessários à sua realização, "talvez se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência"²⁶.

Embora não tenha manifestado expressamente esse entendimento, não deixa de ser essa a posição do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, por meio da qual um ente federado (Estado do Rio Grande do Sul) arguiu a inconstitucionalidade de uma regra constitucional, sobre proporcionalidade de representação no Congresso Nacional, em face do próprio princípio federativo. O Tribunal decidiu extinguir a ação por impossibilidade jurídica do pedido por entender que não poderia afastar, com base num princípio, a concretização definitiva escolhida pelo Poder Constituinte Originário por meio das regras constitucionais. Assim, entendeu-se que o Poder Constituinte instituiu o princípio federativo, mas o fez conforme estabelecido na regra prevista no artigo 45, e com as restrições ali estabelecidas. Desta decisão, pode-se concluir que não é permitido a outro Poder rever a "ponderação" realizada pelo próprio Poder Constituinte Originário.

Tanto é assim que o Acórdão mencionada, na página 347, que o princípio da igualdade está limitado pela própria Constituição no artigo 5º, inciso I, ou que o princípio democrático está limitado pela própria Constituição no artigo 1º ("(...) nos termos desta Constituição"). Do mesmo modo, foi acolhido o parecer da Advocacia Geral da União no sentido de que "a tese defendida pelo autor sobre a possibilidade de existência de disposições inconstitucionais diante de normas tidas como de hierarquia superior não é aceitável" (página 318). Por fim, o Tribunal entendeu que o Poder Constituinte é livre para fixar os limites de um princípio constitucional, já que "quem é livre para

fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções" (página 325). Essas exceções são estabelecidas por meio de regras. Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, com outras palavras, decidiu que o aplicador, seja ele o Poder Judiciário, seja ele o Poder Legislativo, não pode afastar uma regra com base num princípio constitucional, em razão do caráter definitivo e decisivo das regras.

O mesmo raciocínio foi feito pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou a possibilidade de resolver o conflito entre as garantias constitucionais de proteção contra a prova ilícita e o interesse público repressivo. Em vez de efetuar uma ponderação entre os direitos individuais regidos pela Constituição e o interesse público colidente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não cabe a ele efetuar nova ponderação quando a Constituição já fez uma ponderação anterior por meio do estabelecimento de uma regra. Ilustrativo é o voto do Ministro Sepúlveda Pertence: "É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal — por valores fundamentais da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscição da prova ilícita"²⁷.

Idêntico raciocínio também foi feito pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou vários casos em que o legislador infraconstitucional pretendia afastar, ampliando, conceitos previstos, direta ou indiretamente, em regras constitucionais. A Constituição, porém, quando utiliza um termo, sem conceituá-lo de modo diverso, termina por incorporar o conceito que é utilizado no direito infraconstitucional vigente antes da sua promulgação. A esse respeito, por exemplo, tem decidido repetidamente o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal: ao julgar a instituição da contribuição social sobre o faturamento, decidiu que o conceito de faturamento seria aquele estabelecido no direito infraconstitucional pré-constitucional, a saber, o conceito de faturamento previsto no Decreto-Lei nº 2.397/87 (receita bruta proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços)²⁸, ao analisar a incidência da contribuição social sobre a folha de salário sobre as remunerações pagas a administradores, avulsos e autônomos, decidiu que o conceito de salário seria aquele instituído no direito infraconstitucional pré-constitucional, a saber, o conceito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (remuneração paga pelo empregador ao empregado, assim considerado aquele que mantém vínculo contínuo de subordinação com seu empregador)²⁹; ao analisar a instituição do imposto sobre circulação de mercadorias sobre a importação de mercadorias por pessoa física, decidiu que o conceito de mercadoria seria aquele estabelecido no direito infraconstitucional pré-constitucional, a saber, o conceito de mercadoria previsto no Código Comercial (coisa móvel que possa ser objeto de comércio por quem exerce mercancia com habitualidade)³⁰; ao analisar a insti-

27 Habeas Corpus nº 79.512-9, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 16.06.01.

28 Recurso Extraordinário nº 150.755-1, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.08.91.

29 Recurso Extraordinário nº 166.772-9, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 16.12.94.

30 Recurso Extraordinário nº 203.075-9, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 24.10.99.

25 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

26 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 80.

ção do imposto sobre serviços relativamente aos contratos de locação, decidiu que o conceito de serviço seria aquele previsto no direito infraconstitucional pré-constitucional, qual seja, o conceito de obrigação de fazer previsto no Código Civil (esforço humano empreendido em benefício de outrem)³¹; e assim por diante.

As decisões acima referidas são categóricas no sentido de que as regras constitucionais atributivas de competência, quando utilizam expressões cujas propriedades são conotadas pelo direito infraconstitucional pré-constitucional, incorporam os conceitos nele previstos. Além de categóricas, as decisões do Supremo Tribunal Federal são reiteradas. Longe de serem isoladas ou díspares, elas fluem sempre na mesma direção: os conceitos, ao serem incorporados ao direito constitucional, fixam "balizas constitucionais" que não podem ser ultrapassadas pelo legislador. Entendimento no sentido de que os conceitos constitucionais poderiam ser largados pelo Poder Legislativo levaria à implosão da rigidez prevista na Constituição³².

Enfim, não é admissível afastar, nem ampliar além do limite semântico intrínseco, uma regra constitucional, com base num princípio, por ser a regra a própria solução constitucional para determinado conflito de interesses. Nessas situações, a Constituição fixa balizas intransponíveis³³. Ainda mais considerando que a Constituição Federal não tem apenas um princípio que possa alargar ou ampliar uma determinada regra, mas vários princípios, e nem todos apontam numa só direção.

Dai o acerto da análise estrutural das regras de competência: como instrumentos de alocação e limitação do poder, elas devem ser examinadas mediante a decomposição dos seus aspectos³⁴. Não estando, de fato, preenchidos todos eles, nenhum poder existirá ao ente federado, pouco importa a existência de princípios supostamente legitimadores. Pudessem os princípios ter eficácia direta ou mesmo indireta, surgiriam duas consequências incompatíveis com o sistema tributário brasileiro: de um lado, ter-se-ia de aceitar a tributação com base em princípios sem respaldo nas regras de competência, cuja existência, aliás, seria inútil; de outro lado, ter-se-ia de aceitar a exclusão da tributação com base em princípios sem respaldo nas regras de competência, cuja existência, aliás, também restaria supérflua. Os princípios, na Comunidade, não apenas valorizam elementos fáticos ligados à solidariedade, mas, também, elementos relacionados à segurança e previsibilidade da decisão segundo o padrão normativo previsto (Estado de Direito, segurança jurídica, legalidade e atribuição de poder por meio de regras de competência).

É preciso considerar, ainda, que os princípios constitucionais não têm o condão de criar poderes restritivos já regulados por outras normas. Eles têm, em vez disso, a função de delimitar os contornos do exercício dos poderes previstos nas regras constitucionais de competência. Isso porque poder sem competência é como um filho sem pai³⁵. A questão relacionada aos contornos de um poder, pela eficácia dos princípios, só surge quando há atribuição de poder que possa ser exercido. No campo tributário, em que a Constituição Brasileira atribuiu poderes por meio da discriminação de competências, só se pode avaliar o exercício de um poder que tenha sido previamente outorgado.

3. CONCLUSÕES

O presente estudo demonstrou a diferente funcionalidade das regras e dos princípios. As regras são instrumentos normativos destinados a eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder.

E, nesse papel, servem de mecanismo eliminador ou diminuidor da incerteza e arbitrariedade. Nesse aspecto, deve-se recuperar a importância das regras constitucionais, cuja importância terminou apocada em face da euforia com que a doutrina começou a lidar com os princípios. É igualmente preciso revalorizar a linguagem constitucional, cuja importância terminou diminuída em face de euforia com que a doutrina começou a lidar com a interpretação sistemática e com o contexto.

É precisamente nesse quadro que se revela importante não descurar da importância das regras de competência, analisando-as nos seus aspectos essenciais, com a finalidade de constatar que, não verificados os seus elementos, nenhum poder surgirá, mesmo que existam princípios constitucionais contrapostos.

31 Recurso Extraordinário nº 116.121-3, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 25.05.01.

32 ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201 e w.

33 Recurso Extraordinário nº 116.121-3, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 25.05.01.

34 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.