

SEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Heleno Taveira Torres¹

1. Considerações iniciais

É preciso afastar a segurança do “modismo” no qual se tem enredado. Falar de “segurança jurídica” tornou-se quase uma banalidade, uma panaceia que a tudo parece conferir uma áurea de “legitimidade”, ainda quando não possua nenhuma. Em nome da “segurança jurídica” tem-se cerceado valores caros à democracia e ao devido processo legal, como se viu recentemente com o princípio da “presunção de inocência”, banalizado por certas opiniões episódicas isoladas e reduzido a um mínimo de significação. As tantas mudanças de entendimentos sobre os termos da decadência em matéria tributária tem sido feitas, uma a uma, por motivos de “segurança jurídica”; quando o muito que conseguem é semear a insegurança e falibilidade da confiança no sistema jurídico. E quando indaga-se sobre os contornos e estrutura desse ou de outros princípios, surgem formulações que amesquinham a força e a historicidade dos direitos humanos, como se as lutas pelas conquistas dos seus valores, como princípios sociais ou os políticos, pudessem ser reduzidos a um mero jogo de retórica formalista na qualificação pueril entre “regra” e “princípio” ou de “ponderação”. Como se toda norma não carregasse valores imanentes e a cada ato de interpretação e aplicação do direito não houvesse múltiplas regras e princípios compondo-se, segundo a técnica cabível. A segurança jurídica requer critérios de tratamento e rigor na sua construção semântica e funcional.

A “segurança”, *per se*, ao lado da “justiça” e da “liberdade”,

¹ Professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

formam os valores clássicos do direito de qualquer sociedade livre, justa e igualitária. Para Gustav Radbruch, a *segurança* seria um *subprincípio da justiça*,² porque, dada a dificuldade para se fixar o “justo”, ao menos deve-se procurar fixar aquilo que é “jurídico”, como equivalente a “seguro”. Em face dessa necessária complementação, diz, então, Radbruch: “Ainsi le bien commun, la justice, la sécurité se révèlent comme les buts suprêmes du droit”.³ Ainda que esta seja uma assertiva coerente sob a égide de um modelo metafísico, de valores absolutos, na atualidade, ainda que esses valores tenham uma escala de preferibilidade diferenciada, todos os valores⁴ (*pluralismo axiológico*) informam a produção legislativa ou perpassam a hermenêutica nos múltiplos atos de “aplicação do Direito”.⁵

O princípio-garantia de segurança jurídica⁶ do Sistema

² Eduardo Garcia Maynez fazia preponderar o valor justiça, cf.: GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Justice and legal security. *Philosophy and Phenomenological Research*. vol. 9, n. 3, p. 496-503, New York: Wiley Higher, 1949.

³ RADBRUCH, Gustav. Le but du droit. In: L’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*. Paris: Sirey, 1938. t. 3. p. 48. Outros, como Coing, preferem ver na “paz” o fim precípua do direito, o que evoca necessariamente a “segurança”, por esta condição necessária daquela. *In verbis*: “La paz y el derecho son coetáneos y simultáneos; el derecho aporta la paz, y la paz es el presupuesto del desarrollo del derecho” (COING, Helmut. *Fundamentos de filosofía del derecho*. Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961. p. 34).

⁴ Seguindo o subjetivismo de Müller-Freienfels, cf.: STERN, Alfred. *Filosofia de los valores*. 2. ed. Buenos Aires: Fabril, 1960. p. 134.

⁵ ELST, Raymon Vander. Justice et sécurité juridique. *Justice et argumentation*. Essais à la mémoire de chaïm Perelman, Bruxelles: Bruylant, 1986. p. 21.

⁶ Cf. CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001; RAITIO, Juha. *The principle of legal certainty in EC law*. Dordrecht: Kluwer,

Constitucional Tributário define-se tanto pelo seu aspecto formal, quanto pelo âmbito material, o que é uma das contribuições desse novo modelo aqui apresentado,⁷ à luz dos valores do Estado Democrático de Direito e como efetividade dos princípios constitucionais.

2003; PIAZZON, Thomas. *La sécurité juridique*. Paris: LGDJ – Defrénois, 2009; VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: LGDJ, 2005; RAIMBAULT, Philippe. *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 2009. ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica*. Una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000; LAVILLA ALSINA, Landelino. *Seguridad jurídica y función del derecho*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999; García Novoa, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994; MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Teoría de la seguridad jurídica en su doble proyección pública y privada. Madrid: Bosch, 1989; Idem, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Sistema español de derecho cautelar. Madrid: Bosch, 1989, vol. 2; BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Thomson, 2005; BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (org.). *Sécurité juridique et droit économique*. Bruxelles: Larcier, 2008; SCHØNBERG, Søren. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2000; GOMES, Nuno Sá. *Estudos sobre a segurança jurídica na tributação e as garantias dos contribuintes*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1993. TRIVELLIN, Mauro. *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*. Milano: Giuffrè, 2009. GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli, 2005; AINIS, Michele. *La legge oscura – come e perché non funziona*. Bari: Laterza, 2000. SESMAT, Hubert. *La sécurité moderne: cycle général de la sécurité juridique*. Paris: Saint-Paul, 1943. DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli, 1999. Para uma fundamentação da segurança jurídica, veja-se ainda: FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3-152; FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷ Esta proposta foi desenvolvida na nossa obra: *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 758 p.;

O *ideal de segurança*, a exemplo da expectativa de *certeza* das leis aplicáveis, ao longo da formação histórica experimentada pelos Estados, sempre existiu.⁸ Sua tradução em *segurança jurídica* é que nos chega em época mais recente, com vistas a conferir estabilidade às relações econômicas e aos direitos de propriedade, tutelando-os e atribuindo-lhes a necessária juridicidade.⁹

Neste evoluir, do liberalismo burguês ao Estado do bem-estar social, do individualismo jurídico para o intervencionismo legislativo, a *segurança jurídica* “individualista”, fundada unicamente na certeza da legalidade, vê-se secundada pela *segurança*

⁸ A segurança jurídica não é, como se pode pensar, algo “descoberto” em tempos recentes e desconhecido dos nossos antepassados. Bruno Leoni, um dos mais destacados pensadores italianos, recorda: “I Romani accettavano e applicavano un concetto di *certezza del diritto* il cui senso era che il diritto non doveva mai essere soggetto a cambiamenti improvvisi e imprevedibili. In più, il diritto non doveva mai essere subordinato alla volontà o al potere arbitrario di qualsiasi assemblea legislativa e di qualsiasi persona, compresi i senatori e gli altri magistrati importanti dello Stato. Questo è il concetto di *certezza del diritto* a lungo termine, o romano, se si preferisce” (LEONI, Bruno. *La libertà e la legge*. Macerata, 2000, Liberilibri. p. 95. Quanto à sua evolução no *common law*, ver: GUINCHARD, Audrey. *Sécurité juridique en common law*. In: BOY, Laurence; RACINE, Jean-Baptiste; SIIRIAINEN, Fabrice (org.). *Sécurité juridique et droit économique*. Bruxelles: Larcier, 2008. p. 101-149).

⁹ Como anota, sobre o princípio de *segurança jurídica*, Paulo de Barros Carvalho, “(...) é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro (princípio de segurança jurídica) de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza aos cidadãos, abrindo espaço para planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 146). Ver ainda: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 612 e ss.

jurídica “social”,¹⁰ ao amparo do intervencionismo estatal que tolhe os excessos de liberalismo, ao afirmar exigências de ordem pública, econômicas e sociais, no interesse geral.¹¹

Na formação dos primeiros Estados constitucionais, a simples existência de um mínimo de legalidade e a previsão de processos ou procedimentos administrativos e judiciais de proteção de direitos já serviam para definir a segurança jurídica (i). Mais adiante, foram os efeitos de estabilidade e preservação de direitos subjetivos, posições jurídicas ou relações jurídicas, geralmente confundidas com direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (ii). Em uma fase posterior, a segurança viria a ser não apenas a certeza do direito, mas também a garantia de isonomia na ação de órgãos e autoridades segundo procedimentos legais previamente estabelecidos (iii). Em seguida, a certeza do direito passa a exigir não apenas a acessibilidade formal, mas também a clareza dos textos normativos (acessibilidade cognitiva)¹² (iv). Daí prosseguiram os esforços para ver na segurança jurídica a proteção do próprio ordenamento e das expectativas de confiança

¹⁰ Não desto Stefano Beratea, para quem: “La sicurezza giuridica in relazione alla società è detta ‘sicurezza sociale’. Essa è definita come l’aspettativa che l’ordinamento giuridico intervenga nel libero gioco dei rapporti sociali ed economici e assuma delle misure di protezione a favore di chi è economicamente più debole o culturalmente svantaggiato” (BERTEA, Stefano. *La certeza del diritto nel dibattito teórico-giuridico contemporaneo. Materiali per una storia della cultura giuridica*. Torino: Il Molino, 2001, a. XXXI, n. 1, p. 159).

¹¹ Cf. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 673.

¹² “Dentro del Derecho establecido, la idea de la seguridad jurídica exige certidumbre *jurídica*, entendida ésta como claridad y univoquidad y, en consecuencia, cognoscibilidad libre de dudas de contenido jurídico. Considerado desde el sujeto sometido al Derecho, se puede llamar a la certidumbre de contenido del Derecho ‘*seguridad de orientación*’” (HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho: fundamentos del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968. p. 545).

legítima, ainda que muito dos sentidos anteriores permaneça incorporado a este novo modelo de tratamento (v). E, assim, preservadas todas essas conquistas, a segurança jurídica do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito assume-se como a segurança jurídica dos princípios,¹³ afastada a noção de *segurança jurídica* do equivalente de mera proteção de violação à paz, à integridade física, à moral ou ao patrimônio das pessoas.

Este modelo, porém, mudará por completo no final do século XX, com a afirmação do *Estado Democrático de Direito*, ancorado integralmente no respeito à dignidade da pessoa humana, na afirmação e efetividade dos direitos e liberdades e tantos outros aspectos de diferenciação. Nesse Estado Constitucional, a *segurança jurídica* deixará de ser examinada como um “princípio geral do direito” (*a priori*), libertar-se-á da dependência e derivação do princípio do Estado de Direito e densificar-se-á com novas funções, como a proteção da confiança, a proibição de excesso, a proporcionalidade, a ponderação de princípios e outros.¹⁴ A segurança jurídica assume, assim, o papel de “princípio-matriz” da síntese dessas novas feições jurígenas.¹⁵ Como todo princípio que se renova no tempo, na dinâmica entre valores e realidade, o princípio de segurança jurídica exige meditação sobre seu âmbito normativo e seu conteúdo essencial.

¹³ “A protecção dos direitos fundamentais que justifica o objectivo de limitação do Estado, pelo que a certeza e a segurança jurídica e as técnicas formais que lhes vêm associadas só cobram verdadeiro sentido e são susceptíveis de ser consideradas como valores a se desde que integradas, vinculadas e subordinadas à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana” (HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 54).

¹⁴ Desde 1961 a Corte de Justiça da Comunidade Europeia faz menção ao princípio de segurança jurídica, a exemplo dos seguintes: CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE. p. 103; 13 juill. 1961, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA*, Rec. CJCE. p. 319.

¹⁵ VALEMBOSIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation...* cit., p. 460.

Nega-se, pois, o tratamento da *segurança jurídica* como um “fim” metafísico, transcendental ou ontológico do direito ou do Estado de Direito, que seja pré ou supraconstitucional. À luz do *positivismo jurídico metódico-axiológico*, compreende-se a segurança jurídica a partir do sistema jurídico, entendido como uma forma que elabora e reelabora seus fins a partir do seu interior (α),¹⁶ e segundo os valores institucionalizados e mediatizados por princípios, a permitir a abertura sistêmica para atualização e acomodação à realidade, ou, ainda, a incorporação institucionalizada de novos valores (β). Com isso, a “correção” racionalista das decisões predispostas ao cumprimento da segurança jurídica fica a depender, apenas, da dimensão lógico-semântica das proposições normativas, e não de testes e critérios empíricos do mundo da vida ou de práticas indutivas de valores da moral.

2. Segurança jurídica como valor e princípio

Compreender a Constituição como *ordem de valores* é aceitar uma concepção garantista de segurança jurídica quanto à efetividade dos direitos e liberdades que contempla. Não basta uma ordem objetiva de valores condensados em textos, princípios e programas normativos se estes não forem concretizados em cada caso. A supremacia da Constituição reclama essa efetividade necessária. Por isso, o *garantismo* constitucional tributário¹⁷ desvela-se do compromisso da Constituição do Estado Democrático

¹⁶ Como observa Luhmann: “Se debe, pues, entender primeramente los sistemas, de una manera extremadamente formal, como identidades *que se conservan en un ambiente complejo y mutante por medio de la estabilización de una diferencia de los planos interior y exterior.*” (LUHMANN, Niklas. *Fin y racionalidad en los sistemas*. Sobre la función de los fines en lo sistemas sociales. Madrid: Editora Nacional, 1983. p. 163. Cf. p. 294).

¹⁷ A segurança jurídica é uma espécie de *garantia positiva*, nas palavras de Luigi Ferrajoli: “La tesis que sostendré es que la rigidez de las normas

com a concretização da ordem axiológica ao longo de todo o Sistema Tributário, cogente para os atos de aplicação material dos tributos. Essa é a nova parcela da segurança jurídica.

Na condição de *ordem axiológica*, o sistema jurídico (do qual o Sistema Constitucional Tributário é parte integrante) caracteriza-se pelo *relativismo axiológico*, em oposição ao absolutismo axiológico dos metafísicos de outrora. Pluricidade de valores que prefigura o conteúdo do sistema normativo do Estado Democrático de Direito na sua integralidade, de observância obrigatória a cada ato de aplicação. Essa compreensão é essencial ao exame dos princípios no contexto atual.

Em nossa metódica dos valores, deve-se operar o atendimento das cinco condicionantes da hermenêutica do *positivismo jurídico metódico-axiológico*: *Primus* (pressuposto da *vinculação* normativa), o “valor” é uma categoria do pensamento “normativo”, ou seja, um *constructo* da *hermenêutica jurídica*, e, portanto, apropriado nos limites do *ordenamento jurídico*, nunca fora dele, como conteúdo de valores morais, transcendentais ou *a priori*. *Secundus* (pressuposto da *relatividade* do valor), deve-se aceitar a superação do monismo axiológico, em favor do

constitucionales impone al legislador ordinario dos tipos de *garantías constitucionales*. (...). Las *garantías negativas* consisten en la prohibición de derogar; las *garantías positivas* en la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen” (FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. p. 96). Nesse sentido, também Roque Carrazza, quando diz: “É-nos dado ver, com cristalina evidência, que a *garantia formal viabiliza a garantia material*. Com efeito, de nada adiantaria nosso ordenamento jurídico estipular que o contribuinte só pode ser compelido a pagar tributos com respaldo em lei se não fosse possível ao Judiciário perquirir, sempre que provocado, se a tributação está sendo levada a efeito de acordo com esta mesma lei, e mais, se ela é, ou não, constitucional” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 259).

pluralismo axiológico. No constitucionalismo do Estado Democrático de Direito os valores convivem em harmonia e com importância equivalente. *Tertius* (pressuposto da *objetividade* do valor), a *objetividade* é sempre relativa, porque o valor, enquanto conteúdo do dever ser, objetiva-se como dado do mundo da cultura (normas, por exemplo). *Quartus* (pressupostos da *valoração* e da *referibilidade* às condutas normadas), não há interpretação sem concretização de valores, os quais, veiculados por princípios ou normas-objetivos, a partir da Constituição, exigirão sempre a definição do objeto do *juízo valorativo*, o que será sempre a conduta ou o estado de coisas. *Quintus* (pressuposto da *máxima observância e efetividade*), caso os princípios (valores) “colidam”, o sopesamento deve ser aplicado como método de solução e de garantia de segurança jurídica a cada caso de conflito, com o objetivo de: (i) evitar a exclusão de valores (o que chamaríamos de *postulado da inderrotabilidade dos valores*); e (ii) realização das “dimensões de peso” dos princípios com o máximo de otimização. Prevalece, nesse aspecto, a nota da *preferibilidade relativa* dos valores, afinal, estes são fins que motivam condutas e estas definem-se segundo preferências. A ponderação é o controle da preferibilidade com a característica marcante dos valores.

Avança-se aqui para uma afirmação *material* do princípio de segurança jurídica como fim sistêmico, não mais limitada à sua dimensão formal, mas como garantia de proteção da confiança legítima na estabilidade funcional do sistema jurídico.

A *segurança jurídica como garantia dos princípios* é um traço marcante do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, e essa garantia efetiva-se, como método preponderante, pela *concretização* dos princípios, na sua máxima observância ou “otimização” na aplicação e criação das “regras” *stricto sensu*; e, como método complementar, limitadamente aos casos de “colisão” de princípios, quando pode até justificar-se o *sopesamento*.

Princípios são normas *lato sensu* de direito positivo que prescrevem valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu conteúdo essencial.

Os princípios carecem da cogência e modalização deôntica das regras, pois cooperam com o processo de produção da *norma de decisão*. Eles concorrem para a decisão criadora de regras (no caso das fontes) ou para a decisão de observância das regras (função de orientação das condutas). Daí a importância de construção do *conteúdo essencial* dos princípios, ao que se exige a observância dos condicionantes de aplicação dos valores, como foram referidos antes.

Portanto, a segurança dos princípios aperfeiçoa-se por uma adequada determinação do *conteúdo essencial* dos princípios, como norma que tem por finalidade realizar valores (i), seguida da efetividade dos meios de *concretização* (ii). Por isso, na atualidade, a ideia de segurança já não é vista como um valor “absoluto”, mas como conteúdo axiológico normativo a ser concretizado e, ao mesmo tempo, como garantia ou meio para a efetividade de outros princípios (*segurança jurídica dos princípios*).

Os valores devem ser *concretizados*. Como *finalidade* das normas jurídicas, cabe ao intérprete dirigir a aplicação das normas segundo os valores que a sociedade quer ver concretizados, como ressalta Christophe Grzegorzcyk, nos termos da Constituição e das leis de todo o ordenamento jurídico.¹⁸ Ao procedimento de

¹⁸ “Par conséquent, on ne peut faire de la notion de justice la finalité du droit, sans ajouter que le ‘sien’ qui apparaît dans la formule que nous venons de citer signifie ‘conforme aux valeurs reconnues au sein d’un groupe social régi par le droit’” (GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie générale des valeurs et le droit: Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: LGDJ, 1982, p. 268).

produção de normas em conformidade com os princípios que informam a aplicação de regras dá-se o nome de “concretização (ou efetividade) dos princípios”. Não basta, pois, que o *conteúdo essencial* seja devidamente delimitado. Este é um passo importante na efetividade da *garantia de segurança jurídica dos princípios*, quanto à aferição da “certeza” do seu conteúdo e, por conseguinte, à compreensão do âmbito material possível de otimização. Determinado o *conteúdo essencial* dos princípios, nas suas máximas possibilidades, a cada ato de aplicação do direito positivo, deve-se, assim, promover sua “concretização”.

Ao procedimento de produção de normas em conformidade com os princípios que informam a aplicação de regras dá-se o nome de “concretização (ou efetividade) dos princípios”. Não basta, pois, que o *conteúdo essencial* seja devidamente delimitado. Esse é um passo importante na efetividade da *garantia de segurança jurídica dos princípios*, quanto à aferição da “certeza” do seu conteúdo e, por conseguinte, à compreensão do âmbito material possível de otimização. Determinado o conteúdo essencial dos princípios, a ser observado nas suas máximas possibilidades, a cada ato de aplicação do direito positivo, deve-se, assim, promover sua “concretização”.

Cabível falar, pois, em norma jurídica em um *sentido amplo*, do qual fazem parte as “regras” (conduta ou estrutura), os “princípios”, as “garantias” e os “objetivos de valor constitucional”. Nesse caso, ainda que na forma de juízos hipotéticos, para os fins de cumprimento do seu teor ou para elaboração de outras normas, igualmente, dependem de um ato prévio de interpretação e de valoração para definir o *dever ser* e o conteúdo dos elementos normativos, mas em um sentido indicativo de determinação modalizada (obrigatório, permitido ou proibido) da conduta (no caso das regras e das garantias) ou do *conteúdo essencial* dos princípios e objetivos de valores constitucionais.

Os princípios são normas jurídicas vinculantes da sua observância, e, por isso, todo o ordenamento deve assegurar a sua proteção (efeito de bloqueio), como o contra-efeito da nota diferencial da *otimização*, na acepção de Robert Alexy, que obriga à máxima efetividade.

Em nosso entender, a maior virtude da teoria de Robert Alexy¹⁹ está em destacar os princípios como *mandamentos de otimização*, porque determinam a realização das condutas reguladas segundo suas melhores possibilidades fáticas e jurídicas. Esta é uma contribuição definitiva para o direito e que se integra a toda e qualquer hipótese de concretização dos princípios jurídicos. Diversamente, porém, insistimos que a concretização da norma-princípio não está vinculada não propriamente a *fins*, mas ao *valor* por esta veiculado.

Para Alexy, porém, não há que falar em *conteúdo essencial* dos princípios, previamente identificável como núcleo do direito fundamental. Justifica, assim, um conceito relativo de conteúdo essencial, diversamente daqueles que se situam em uma posição substantiva e que admite o conteúdo essencial como medida preestabelecida e fixa do direito fundamental. Não obstante compreenda-se a razoabilidade das suas argumentações, defende-se aqui a tese de preservação do *conteúdo essencial*, pois a todos é dado conhecer previamente o catálogo de *direitos fundamentais (prima*

¹⁹ Robert Alexy considera que toda *norma* ou é uma *regra* ou é um *princípio* e a distinção entre estes é qualitativa e não de grau. Por isso, assim define: “*Princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. *Princípios* são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90).

facie), passíveis de alegação sempre que se verificar qualquer lesão ou ameaça ao direito, tanto no “essencial” quanto no que lhe for “acessório”, como exercício de um *mandamento de proteção permanente*, objeto da titularidade do *direito subjetivo fundamental* que exsurge com a afetação ou restrição a qualquer direito.

Ora, o legislador, como qualquer outra autoridade, não tem autorização para afetar o *conteúdo essencial* de direitos ou liberdades fundamentais. O “essencial” dos direitos é algo que demanda demarcação de *delimitações*, mas não de *limites imanes*.²⁰ Por isso, deve-se buscar a exata delimitação do seu conteúdo na interpretação.

A *delimitação* destina-se a conferir, com objetividade, o “essencial” de cada direito, proclamando suas fronteiras, como limite da sua preservação, inclusive na sua relação (sempre *relativa*, em que pese a tautologia) com os demais. A *limitação*, diversamente, indica o sacrifício do direito, mediante restrições legislativas ao seu exercício, o que só pode ser feito preservada sua *delimitação interior* (o conteúdo essencial).

Não admitir a possibilidade de delimitação do conteúdo essencial dos princípios tornaria a vida dos sujeitos submetidos a uma dada Constituição impossível, por não saberem previamente como identificar seus direitos. O exercício do STF, na interpretação e construção dos princípios, orienta-se nesse sentido delimitador e concretizador. Dito de outro modo, somente quando se revelar necessário, e desde que demonstrada a concordância prática do meio, mas sempre com observância máxima do conteúdo essencial, qualquer restrição deve vir justificada.

As garantias de proteção a direitos fundamentais contra o poder de tributar são múltiplas, entre outras: legalidade da tributação

²⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 133.

(arts. 5.º, II e 150, I); irretroatividade e anterioridade (arts. 5.º, XXXVI; 150, III, *a, b e c*); proibição de limitação de tráfego de pessoas ou mercadorias a tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágios pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (art. 150, V); proibição de efeito confiscatório dos tributos (arts. 5.º e 150, IV); imunidades aos templos de qualquer culto (art. 150, VI, *b*); imunidade a impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda, ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (art. 150, VI, *c*); imunidade do livro, do jornal, dos periódicos e do papel destinado a sua impressão (art. 150, VI, *d*); e todas concorrem para delimitar competências, mas também os próprios direitos fundamentais que protegem.

Nenhum direito fundamental, portanto, pode ser restringido, limitado ou alterado por lei, tratado ou ato infraconstitucional, sob pena de se ter a negação dos limites da própria noção de rigidez constitucional. Por conseguinte, impõe-se o dever de reação do ordenamento à inconstitucionalidade violadora dos limites típicos do direito fundamental. A *limitação* é possível, mas desde que venha autorizada pela Constituição expressamente (i), que esta confira ao legislador o direito de promover algum tipo de *restrição* (ii) ou que, na necessidade de *conciliar* (iii) os exercícios de direitos, garantias ou liberdades incondicionais e ilimitados de todos, atendidos os pressupostos da proporcionalidade, da necessidade, utilidade e proibição de excesso.

3. O princípio-garantia da segurança jurídica do sistema tributário

O *Sistema Constitucional Tributário* é um sistema parcial e autônomo em relação ao ordenamento jurídico total. Como critério hermenêutico, a referência ao *Sistema Tributário*, em si, já é

uma expressão de segurança jurídica, como *norma de proibição*, que veda comportamentos normativos ou hermenêuticos tendentes a superar o modelo sistêmico exigido ou comprometer sua efetividade (*função de bloqueio*); e *norma de garantia*, que assegura a concretização dos princípios do Sistema Tributário e da segurança jurídica nas suas máximas possibilidades, pela otimização. De se ver, pois, que o Sistema Tributário reclama uma interpretação dos textos jurídico-tributários sob bases de uma metodologia sistêmica, com vedação de análises atomísticas, isoladas ou desgarradas do todo que o compõe.

A Constituição do Estado Democrático de Direito é um sistema de valores jurídicos. As regras que a compõem somente podem ser aplicadas nos estreitos limites dos valores que as densificam por meio dos princípios. Por isso, a “segurança jurídica” não se reduz a simples “fim” do Estado, como corolário da noção de “segurança” afirmada no preâmbulo ou no “caput” do art. 5º, da nossa Constituição.

A construção do princípio de segurança jurídica e, de resto, todos os seus princípios derivados, devem ser concretizados segundo parâmetros coetâneos com os valores do *Estado Democrático de Direito* e a coerência intrassistêmica, ou seja, afastado de todas as premissas do *jusnaturalismo*, quanto à designação do seu conteúdo, mas admitida a *abertura axiológica*, ainda que com reservas para interferências de categorias e preceitos da moral na cadeia de interpretação das normas jurídicas.

Para aplicação de normas segundo a afirmação do paradigma sistêmico da *norma fundamental* (Kelsen), coerente com a validade e legitimidade interna decorrente, nega-se, pois, qualquer regresso a valores absolutos, transcendentais ou ontológicos para a determinação do princípio da segurança jurídica, cabendo ao intérprete buscar sua construção pelo monismo do positivismo jurídico, admitindo-se o sistema jurídico *materialmente* fechado, mas *axiologicamente* aberto, para efetividade de direitos e liberdades

fundamentais, no que chamamos de *positivismo jurídico metódico-axiológico*.

Aceitar o fechamento do sistema pela norma fundamental deriva da compreensão do sistema jurídico como forma que elabora e reelabora seus conteúdos a partir do seu interior, segundo os *valores institucionalizados*, cuja *abertura sistêmica* permite atualização e acomodação destes com a realidade, ou, ainda, a incorporação institucionalizada de novos valores, na sucessiva e ilimitada produção normativa, a partir da *Constituição* e segundo critérios prévios de *validade*.

O poder de tributar, no Brasil, somente pode ser concebido como forma de consolidação das competências tributárias, razão pela qual se nega cabimento à existência de qualquer “poder de tributar” prévio ou superior à Constituição, ao tempo que se reconhece sua vinculação à soberania do Estado limitadamente ao poder distribuído pela Constituição entre os órgãos estatais, na forma de competências materiais típicas.

Refuta-se, destarte, qualquer relação entre o Poder de Tributar como expressão de alguma forma de poder político, como “poder de império” ou “soberania do Estado” subordinada a “valor absoluto” e externo à Constituição (por mais nobre que seja, como “liberdade”, “justiça” ou “moral política”). Em uma tributação conforme o *Estado Democrático de Direito*, não há poder de império ou soberania como medida de poder político e fático sobre os particulares. O sistema tributário constitucionalizado, no Brasil, é uma conquista profundamente relevante da nossa democracia, como valor preservado pelo princípio da proibição de retrocesso nos seus fundamentos.

Nessa linha de compreensão, o princípio constitucional do Sistema Tributário Nacional não tem simplesmente a função de coordenar o conjunto de todos os tributos em vigor. Vai muito além. Trata-se de um subsistema constitucional – da Constituição

material tributária – dirigido à concretização das garantias e princípios constitucionais para proteção de direitos fundamentais ao tempo do exercício das competências materiais tributárias, tanto de instituição quanto de arrecadação dos tributos. E todo esse esforço tem como único propósito conferir segurança jurídica aos contribuintes em face do exercício do chamado “poder de tributar”, assim entendido o plexo das suas competências.

4. O garantismo democrático do sistema constitucional tributário brasileiro

Poderemos falar de sistemas tributários garantistas e de sistemas tributários não garantistas quanto à forma e estrutura interna dirigidos à preservação dos valores constitucionais e *efetividade* na concretização de direitos fundamentais.²¹

Por isso mesmo, ainda que a prática tributária dos entes federativos, a começar pela União, empiricamente, deponha em contrário (com um verdadeiro “estado de exceção permanente”, distante da “normalidade” dos princípios), nosso constitucionalismo orienta-se para um efetivo garantismo constitucional tributário, a afirmar o princípio da segurança jurídica.

O estado de sujeição dos particulares aos deveres tributários decorrerá exclusivamente da conformidade de suas condutas com as leis criadas segundo as competências tributárias e respectivas limitações e garantias, pelo efeito de *parametricidade*, que corresponde à observância da validade normativa material, e não por uma relação de força, de império ou de soberania. A segurança jurídica do Sistema Tributário depende de uma submissão exclusiva à Constituição e não a qualquer poder externo ou estranho à Constituição.

²¹ Em uma paráfrase à noção de sistema penal garantista, na forma adotada por Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005. p. 852 e ss.

Afirma-se, assim, que, no *garantismo tributário* do Estado Democrático de Direito nenhum contribuinte encontra-se em *estado de sujeição permanente* ao tributo. Quando o Estado legisla, o contribuinte queda-se amparado por um conjunto de regras e princípios constitucionais. Mesmo nos casos dos deveres formais, obrigações acessórias e outras exigências distintas da cobrança do tributo (declarações, cobranças de juros de mora etc.), e somente quando da ocorrência fática dos pressupostos designados como hipótese de sua aplicação, é que o contribuinte vê-se obrigado à exigibilidade do tributo ou de qualquer acréscimo, como juros, multas e outros. Afora isso, não há sujeição continuada, permanente, perpétua ao tributo, como alguns supõem, inadvertidamente.

5. O princípio constitucional de segurança jurídica

Numa síntese de *princípio-garantia*, a *segurança jurídica* encontra-se enucleada na Constituição com a força de um princípio-síntese, construído a partir do somatório de outros princípios e garantias fundamentais. Apesar de referido expressamente no texto constitucional (Preâmbulo, arts. 5.º, 6.º e 103-A) e em leis esparsas, o princípio de segurança jurídica não se reduz aos enunciados normativos assinalados em cada um desses e, na sua amplitude, tanto se faz presente na condição de *direito fundamental à ordem jurídica segura* quanto na acepção de garantia material aos direitos e liberdades protegidos. Essa análise da segurança jurídica como *princípio* e como *garantia* demonstra a insuficiência de se alegar o “direito à segurança” do preâmbulo ou do art. 5.º da CF para justificar todo o seu conteúdo, modalidades e funções. Forçoso reconhecer a condição de princípio “implícito”, inclusive quanto aos seus princípios derivados, como proibição de comportamentos contraditórios, proteção da confiança legítima, proibição de excesso, proporcionalidade e tantos outros, determinantes daquele valor maior do “direito à segurança”, como previsto no

art. 5.º e Preâmbulo da CF.

A norma de “garantia” constitucional tem a função de servir como *mandamento de proteção* dos princípios e seus valores, com a finalidade de conferir previsibilidade quanto à concretização de direitos em grau máximo. O objeto das garantias materiais ou formais serão sempre os direitos e liberdades fundamentais que visam a proteger contra qualquer arbítrio ou violação. Toda garantia, portanto, tem, assim, uma função instrumental de tutela de direitos, poderes e liberdades constitucionais. E pode, a garantia, ser, ela mesma, suscetível de proteção por outras garantias.

No constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito deve-se concretizar a garantia de segurança jurídica não apenas pela atribuição de autoaplicabilidade e tratamento de princípio implícito reconhecido pelo ordenamento (art. 5.º, §§ 1.º e 2.º), ou como direito protegido por cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV), mas também por meios processuais, contra atitudes comissivas ou omissivas, como se verifica com o mandado de segurança (art. 5.º, LXIX), o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (102, § 1.º), a súmula vinculante (art. 103-A), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*), a vinculação de efeitos *erga omnes* nas decisões de inconstitucionalidade (art. 102, § 2.º), e até mesmo a intervenção federal (art. 34, VII). Cabe aos juristas a tarefa de torná-lo efetivo e isso só será possível mediante uma hermenêutica dotada de *pós-compreensão* e consciente do dever de realização do princípio-garantia de segurança jurídica em todos os momentos de aplicação normativa.

É inegável que a segurança jurídica e suas garantias derivadas, como proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, acessibilidade e confiança legítima, configuram-se como típicas *garantias asseguradas aos contribuintes*, as quais, ainda que não expressamente discriminadas, constituem-se em modalidades de

“limitações constitucionais ao poder de tributar” e, por conseguinte, acomodam-se ao conjunto das regras de identidade do sistema constitucional, como expressões de cláusulas pétreas, protegidas pelo art. 60, § 4.º, *a*, da CF.

O modelo do garantismo tributário brasileiro conta ainda com incorporação do princípio de segurança jurídica e seus subprincípios como “limitações ao poder de tributar” (segundo as funções de certeza, estabilidade sistêmica, proteção da confiança legítima e concretização dos princípios), ao tempo em que a regra geral de recepção do art. 150 da CF dispõe que: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte*”, e relaciona certas garantias expressas. Essa disposição normativa recepção todas as demais limitações, implícitas ou explícitas, sob similar tutela do ordenamento constitucional.

Para os fins deste estudo, define-se o princípio da segurança jurídica tributária, em uma proposta funcional, como *princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas tributárias, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais*.

No Estado Democrático de Direito os núcleos funcionais da segurança jurídica operam mediante as funções de certeza ou acessibilidade, coerência, confiabilidade e pela concretização de direitos e liberdades fundamentais.

A definição em tela qualifica a proteção da confiança como corolário subjetivo da segurança jurídica, cujo conteúdo evidencia-se pela certeza da *legalidade* tributária (i) e do “Sistema Constitucional Tributário”, enquanto diferenciação que visa a reduzir a complexidade e indeterminações do “ambiente” e assegurar direitos e liberdades fundamentais (ii), calibração da estabilidade sistêmica, mediante princípios de correção implícitos, como os de proibição de excesso, proporcionalidade e razoabilidade (iii), e o

princípio de proteção da confiança legítima *stricto sensu*, na forma de confiança na *experiência* do sistema tributário, a partir das condutas adotadas e práticas efetivadas por órgãos ou autoridades (iv). Como no primeiro caso a “ilegalidade” ou a “inconstitucionalidade” absorvem qualquer outro vício, a proteção da *expectativa de confiança legítima* será o móvel principal para a correção sistêmica nos demais casos, tanto por deficiências de aplicação do sistema jurídico (hierarquia de normas, retroatividade de atos, excesso de exigências etc.), quanto pela concretização de direitos e liberdades fundamentais ou pela ação prática dos órgãos estatais (*experiência*), como nas hipóteses de contradições de comportamento, práticas reiteradas e outros.

A Constituição de 1988 aprimorou a *função certeza* do Sistema Tributário Nacional em múltiplos aspectos que concorrem para a conformação da regra matriz de incidência dos tributos, ao que cabe falar em *Constituição (material) tributária*, dada a especificação dos regimes e dos diversos critérios de determinação de competências ou de garantias a direitos fundamentais entabulados na Constituição.

A certeza do direito gera, com isso, uma *segurança de orientação*. E, para que esta possa ser eficiente, deve-se prover os atos normativos de clareza, precisão e congruência, como garantia de uma correta aplicação das normas jurídicas. Por isso, evitar conflitos, afastar a arbitrariedade e favorecer a adequação de condutas ao direito são as finalidades mais relevantes do princípio de certeza do direito.

Afora esses requisitos formais e subjetivos, enfatiza-se que há um “direito público fundamental” na efetividade de direitos liberdades, como eficácia da *segurança jurídica material*, como “direito” e como *garantia* à preservação de outros princípios constitucionais. Com isso, projeta-se na esfera jurídica dos destinatários o referido direito público fundamental como titularidade para alegar a expectativa de confiança e segurança jurídica,

quando violadas, em qualquer hipótese.

A *coerência* intrassistêmica confere previsibilidade a partir da hierarquia e relações de coordenação e subordinação entre competências, princípios e regras jurídicas, previsibilidade e estabilidade das relações e, principalmente, pela *abertura axiológica do sistema*, com sua diferenciação em relação aos demais sistemas e dever de preservação dos valores institucionalizados. A *estabilidade do sistema normativo* compreende a *coerência estrutural* quanto à coordenação de normas e órgãos entre si, respeito à hierarquia e competências (a), proibição de retrocesso em matéria de direitos e liberdades fundamentais (b), preservação das situações consolidadas no tempo – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (c), bem como os instrumentos de calibração da ordem jurídica (os princípios implícitos de proibição de excesso, proporcionalidade e razoabilidade).

O *teste de segurança jurídica* mediante *estabilidade sistêmica*, fundado na aplicação dos critérios funcionais de coerência, estabilidade de relações ou de calibração do *sistema jurídico*, opera-se precipuamente por critérios objetivos. Somente quando superados os “testes” anteriores, a *proteção de expectativas de confiança legítima* poderá assumir autonomia em relação ao conteúdo dos atos dos poderes públicos, na forma de *confiança funcional* que se integra ao sistema normativo, determinada a partir da “experiência” (prática) que se desenvolve entre órgãos ou autoridades e particulares.

6. Segurança jurídica e temporalidade

No Brasil, a estabilidade, estimabilidade, calculabilidade ou previsibilidade do direito integram a segurança jurídica na ordem temporal (*segurança jurídica por estabilidade temporal*), pela

previsão expressa das garantias de anualidade, anterioridade e irretroatividade; bem como do respeito aos direitos adquiridos, à autoridade da coisa julgada, segundo a qual a autoridade deve suportar e respeitar a regra editada, além de determinação clara e objetiva de prazos de prescrição e decadência. Cabe, assim, ao direito, regular as relações no tempo, tanto sobre a atuação da lei para o *passado* (proibição da retroatividade do não benigno e previsão analítica das hipóteses de retroação admitidas) quanto em relação à vigência para o *futuro* (garantia do direito à não surpresa).

A *previsibilidade* das normas constitui-se como o cerne da segurança jurídica, em toda a sua potencialidade. Nesse passo, a interdição de surpresas quanto à instituição ou aumento de tributos – anterioridade – tem um papel fundamental, semelhante àquele da proteção jurídica contra a força maior, a imprevisibilidade ou a irresistibilidade de sucessos futuros, do espaço jurídico das relações privadas. A garantia de *anterioridade* integra a segurança jurídica no tempo e, mais precisamente, o princípio de certeza do direito quanto à objetivação do início da vigência das leis tributárias, como proteção ao princípio da não surpresa.

7. Segurança jurídica dos princípios

A titularidade dos *direitos subjetivos fundamentais* corresponde aos mesmos efeitos de *direitos fundamentais*. Poder-se-ia dizer que postular um direito fundamental seria o mesmo que reclamar sua concretização. Entretanto, referir o *direito subjetivo fundamental* equivale a um efeito mais abrangente, como tutela jurídica para preservação de direitos ou liberdades fundamentais violados. Quando descumpridos, os direitos fundamentais geram em favor dos seus destinatários esse efeito, como observa Gregório Robles: “Os direitos fundamentais são autênticos direitos subjetivos que o ordenamento jurídico distingue dos direitos subjetivos ordinários mediante um tratamento normativo e processual

privilegiado”. Nesse passo, essas regras atingem sua máxima eficácia de concretização, sob a forma de típico *direito subjetivo fundamental* em favor do contribuinte. Em qualquer ato do procedimento administrativo, o titular de *direitos subjetivos fundamentais* pode fazer valer sua pretensão de concretização de direitos e liberdades fundamentais. Essa é uma garantia de segurança jurídica dos princípios que não se pode negar ao jurisdicionado. É sempre importante lembrar que os direitos e liberdades fundamentais possuem uma dimensão positiva (eficácia asseguradora), mas também uma dimensão negativa (eficácia de bloqueio), de típico *direito de defesa* do indivíduo contra qualquer ato estatal contrário à concretização dos direitos, ao que se emprega a teoria dos *direitos subjetivos fundamentais*.

A função normogenética do princípio somente pode ser compreendida como parte da cooperação do princípio na articulação das razões, valores e conteúdos que orientam a decidibilidade da autoridade ou da fonte jurídica. A construção da regra jurídica depende da composição sintática, semântica e pragmática da linguagem do direito e da situação fática. Ora, os *princípios* que coincidem na operação de aplicação do direito devem ser “otimizados” na concretização (i), mas, se divergentes, devem ser levados ao procedimento de sopesamento (ii), com a tentativa de efetivação de ambos na maior possibilidade (salvo quando as circunstâncias imponham que um possa ser *derrotado*).

Em qualquer caso, porém, ao final do procedimento de concretização (aplicação) ou de sopesamento (aplicação com colisão de princípios), ter-se-á sempre uma regra de conduta, apurada segundo os textos, regras e princípios que concorrem para sua formação. Infelizmente, a dificuldade de compreender esse modelo de aplicação das normas como “produto” de um “processo” (a partir da enunciação do texto normativo) leva à diferenciação entre regras e princípios como algo estanque, como se fosse possível a interpretação-construção das “regras” separadamente de uma interpretação dos “princípios”.

O conteúdo essencial do direito fundamental equivale ao âmbito material do princípio imune ao Estado. Dizer isso, porém, não resulta que os direitos fundamentais sejam absolutos. Daí o dever de demonstração da necessidade e concordância prática de qualquer medida restritiva (i), no limite de preservação do seu *conteúdo essencial* (ii); ademais da garantia de sua *otimização na concretização* ou *sopesamento* (iii) quando isso envolva qualquer ato de aplicação. Assim, a *concretização do princípio* decorrerá sempre dessa síntese entre a afirmação do *conteúdo essencial* no caso concreto, cabível eventual *sopesamento* unicamente em face de colisões de valores. Não basta a certeza jurídica decorrente da existência das regras, mas é fundamental que os princípios que veiculam os direitos e liberdades fundamentais sejam igualmente efetivos e possam se concretizar a cada ato de aplicação do direito positivo. Esse é o conteúdo da *garantia de segurança jurídica dos princípios*.

O sopesamento só tem cabimento nas relações entre princípios, nunca entre princípios e regras ou, menos ainda, de regras entre si. Como os valores também se encontram nas regras, em menor grau, é certo, mas também nestas, autores há que julgam o *sopesamento* critério aplicável também às *regras*. Ora, são casos totalmente distintos. Qualquer regra, pela ambiguidade, indeterminação, vagueza ou incerteza semântica dos textos, quanto a certo fato ou situação subjetiva, terá sua solução alcançada pela interpretação, como sempre foi, e não por sopesamento. Arguir esse tipo de aplicação às regras é grave equívoco metodológico que redundaria em franca insegurança jurídica, ao confundir “ponderação” com “interpretação” e não ter suficiente clareza entre “aplicação” de proposições prescritivas (textos) e construção de normas jurídicas válidas no ordenamento.

8. Segurança jurídica e o efeito de estabilidade do ordena-

mento – proporcionalidade, proibição de excesso e razoabilidade

Entre as normas que melhor evidenciam as novas funções da segurança jurídica no constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, certamente as garantias de preservação do *conteúdo essencial* e concretização (incluído o sopesamento) dos direitos fundamentais (i), a *proibição de excesso* (ii), a *proporcionalidade* (iii) e a *razoabilidade* (iv) são as formas mais representativas de resistência ao arbítrio e às restrições excessivas nos atos de aplicação dos direitos fundamentais, um avanço incontestável da doutrina jurídica e da jurisprudência contra a discricionariedade judicial e o legalismo impermeável a princípios.

Não basta, porém, que a Constituição consagre direitos se o esforço pela sua efetivação não se veja coerente com os valores constitucionais. Destarte, para calibrações e balanceamentos necessários, com vistas à estabilidade funcional do sistema jurídico, cabível recorrer às “correções” sistêmicas disponíveis, a saber:

(a) para o controle de *restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades* desnecessárias ou gravosas, deve ser o emprego da *proporcionalidade*;

(b) tratando-se de *excesso do meio* utilizado, como norma geral ou abstrata infraconstitucional, mas também como norma individual e concreta, nos casos de aplicação administrativa ou judicial do direito, cabe a *proibição de excesso* ante qualquer outro método; e

(c) nas hipóteses em que se mostre imperioso adequar o *equilíbrio entre a situação de fato e as normas jurídicas*, a “norma de decisão” pode ser “construída” segundo o parâmetro de aplicação da *razoabilidade*.

Assim, fixamos nossa preferência por considerar a *proporcionalidade* como “princípio” enquanto modalidade de *garantia* constitucional, ainda que *implícita*, que tem por *finalidade* servir

como *controle de aplicação de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais*. A *implicitude* não prejudica a proporcionalidade na sua natureza normativa ou na eficácia jurídica de princípio.²²

No plano estritamente constitucional, a *razoabilidade* é típica garantia contra o arbítrio ou discriminações. Não é princípio na forma tradicional de veiculação de valores, mas garantia do princípio de segurança jurídica e da efetivação ou concretização dos demais valores veiculados como conteúdo dos princípios. Integra-se, pois, à hermenêutica constitucional, enquanto garantia de estabilidade do próprio sistema.

À *proibição de excesso* cabe a função de servir como bloqueio axiológico aos excessos oriundos do arbítrio, da escolha do meio mais gravoso ou de qualquer lei ou ato administrativo ou judicial que supere os limites do suportável, e suas repercussões em matéria tributária podem tanto decorrer de normas gerais e abstratas quanto de normas individuais e concretas, nos múltiplos atos de aplicação dos tributos. Decorre da necessidade de se estabelecer até onde o legislador poderá ir sem que, com seu agir material ou normativo, possa incorrer na constrição da esfera privada, mediante aplicação de restrição ou extinção de direito, pelo princípio de vedação de uso de efeito confiscatório na aplicação dos tributos, dentre outros.

A partir desses pressupostos da proibição de excesso, a *vedação à utilização de tributo com efeito de confisco* (art. 150, IV, da CF) é uma “garantia” constitucional: ela visa a proteger outros direitos, como o de propriedade, livre iniciativa e liberdades. A garantia constitucional assegura, assim, proteção a esses direitos, contra não bem o “confisco”, mas contra os “efeitos de confisco”. Daí que a “utilização” de tributos com esse “efeito” confiscatório

²² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86

pode ser qualquer situação que concorra para prejudicar os direitos ou liberdades protegidos contra a “proibição de excesso”, quer por desarrazoada ou elevada exigência de tributo, quer por medidas várias que tenham “efeito” similar.

9. Considerações finais

A segurança jurídica postula efetividade. Não é um princípio vago. É denso em valores e seus fundamentos não se podem reduzir ou se anular. Por isso, o princípio de segurança jurídica não está sujeito a ponderações, dado o seu caráter de “garantia” constitucional de proteção “do” ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito.

Em louvor à segurança jurídica que se perfaz a efetividade dos direitos fundamentais, no que sua eficácia será sempre aquela de prefigurar o melhor mecanismo habilitado para a solução de eventuais colisões de princípios, por sopesamento, além da proporcionalidade, razoabilidade ou proteção da confiança legítima aplicáveis segundo o caso específico.

Definitivamente, não há espaço para ponderações entre “segurança jurídica” e “justiça” em termos abstratos, pois as dimensões de peso necessitam de hipóteses materiais que qualifiquem “direitos” ou liberdades envolvidos. O motivo determinante é que as garantias não se sujeitam ao sopesamento.