

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

**A RAZOABILIDADE COMO SUPERAÇÃO DE NORMAS NOS CASOS  
CONCRETOS ATÍPICOS**

**Luana Bernardino Noronha**

Porto Alegre

2012



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

**A RAZOABILIDADE COMO SUPERAÇÃO DE NORMAS NOS CASOS ATÍPICOS**

Luana Bernardino Noronha

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Ávila

Porto Alegre

2012

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pelas oportunidades que me propiciaram e por terem, de algum modo, me criado com fé suficiente para construir meu próprio caminho.

À professora Ana Paula Ávila, pelas aulas que despertaram em mim a paixão pelo direito constitucional, base de tudo.

Ao professor Andrei Velloso, exemplo de inteligência e generosidade, pelo incentivo ao estudo do direito tributário.

Ao professor Humberto Ávila, pela oportunidade, pela paciência, pelos livros e, em especial, por jamais ter me dado respostas, mas sim me desafiado constantemente a pensar o direito. Meu reconhecimento e admiração.

“(...) Sou o intervalo entre duas notas  
Que a muito custo se afinam,  
Porque a da morte quer ser mais alta...  
Mas ambas, vibrando na obscura pausa,  
Reconciliaram-se.  
E é lindo o cântico”.

Rainer Maria Rilke.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o postulado da razoabilidade como um instrumento para a superação das normas jurídicas nos casos concretos atípicos, estipular as condições necessárias para a sua aplicação e investigar as suas possibilidades de aplicação no direito tributário. O estudo, portanto, não pretende analisar profundamente todos os significados da razoabilidade, limitando-se a estipular o significado de razoabilidade como superação — significado a partir do qual serão desenvolvidos os tópicos seguintes.

No primeiro capítulo, apresentam-se as noções gerais do postulado da razoabilidade como superação e as suas distinções e aproximações com o postulado da proporcionalidade. No segundo capítulo, busca-se delinear uma teoria constitucional da razoabilidade como superabilidade. Para tanto, analisam-se as funções das regras, os modelos de decisão e as suas respostas à questão da superabilidade das regras jurídicas; analisam-se as dimensões da igualdade e a dimensão normativa do postulado da razoabilidade, onde se busca a sistematização de critérios para a sua aplicação. No terceiro e último capítulo, examina-se a aplicação do postulado da razoabilidade como superação no direito tributário.

**Palavras-chave:** Postulado da razoabilidade – superação de normas jurídicas – igualdade – critérios – direito tributário.

## ABSTRACT

This paper aims to introduce the postulate of reasonableness as a tool to overcome the legal rules in specific atypical cases, to stipulate the necessary conditions for their implementation and to investigate their potential application in tax law. The study, therefore, does not intend to analyze in depth all the meanings of reasonableness, but merely to state the meaning of reasonableness as defeasible – meaning from which the following topics will be developed.

In the first chapter it is presented the general concepts of the postulate of reasonableness as defeasible and their distinctions and similarities with the postulate of proportionality. The second chapter seeks to outline a theory of constitutional reasonableness as defeasible. For this purpose, it is analyzed the dimensions of equality and normative dimension of the postulate of reasonableness, which seeks to systematize criteria for its application. In the third and final chapter examines the application of the postulate of reasonableness as defeasible in tax law.

**Keywords:** Postulate of reasonableness – defeasibility of legal norms – equality – criteria – tax law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. RAZOABILIDADE COMO DEVER DE HARMONIZAÇÃO DO GERAL COM O INDIVIDUAL</b> .....	13
<i>1.1. Noções gerais de razoabilidade</i> .....	13
<i>1.2. O conceito de razoabilidade como função de referência ao caso isolado (teoria de Rüdiger Albrecht)</i> .....	15
<i>1.3. O postulado da razoabilidade como equidade (teoria de Humberto Ávila)</i> .....	19
<i>1.4. Caso concreto de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal da razoabilidade para a superação de norma</i> .....	22
<i>1.5. Distinções entre o exame da razoabilidade para a superação da norma e da proporcionalidade</i> .....	24
<i>1.6. Avaliação crítica da razoabilidade como instrumento de superação: a falta de critérios para a sua aplicação</i> .....	29
<b>2. DELINEAMENTO DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL DO POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO SUPERAÇÃO DE NORMAS</b> .....	31
<i>2.1. Alguns esclarecimentos sobre as regras</i> .....	32
2.1.1. <i>As razões para as regras</i> .....	32
2.1.2. <i>A generalização inerente às regras e suas consequências: sobreinclusão e subinclusão</i> .....	35
2.1.3. <i>Aspectos a reter</i> .....	38
<i>2.2. Os modelos de decisão e suas respostas à possibilidade de superação de regras</i> .....	40
2.2.1. <i>O modelo particularista</i> .....	40
2.2.1.1. <i>Abordagem crítica</i> .....	40
2.2.2. <i>O modelo baseado em regras ou formalista</i> .....	41
2.2.2.1. <i>Abordagem crítica</i> .....	43
2.2.3. <i>O modelo particularista sensível às regras</i> .....	44
2.2.3.1. <i>Abordagem crítica</i> .....	45
2.2.4. <i>O modelo positivista presumível</i> .....	46
2.2.4.1. <i>Abordagem crítica</i> .....	48
2.2.5. <i>Tomada de posição</i> .....	48

<b>2.3. A razoabilidade e as dimensões da igualdade</b> .....	49
2.3.1. Igualdade perante a lei e igualdade na lei .....	49
2.3.2. Igualdade geral e igualdade particular .....	50
<b>2.4. A dimensão normativa do postulado da razoabilidade como superação</b> .....	52
2.4.1. Mandado geral .....	53
2.4.2. Os critérios da razoabilidade .....	54
2.4.2.1. Critérios materiais .....	55
2.4.2.2. Critérios formais .....	59
<b>3. A APLICAÇÃO DO POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO SUPERAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO</b> .....	61
<b>3.1. Introdução</b> .....	61
<b>3.2. Direito de massa e necessidade de generalidade</b> .....	61
<b>3.3. As soluções e as cláusulas de equidade no direito alemão</b> .....	63
3.3.1. As razões para a digressão ao direito tributário alemão .....	63
3.3.2. Conceito e fundamentos .....	64
3.3.3. Uma visão geral sobre as cláusulas de equidade .....	65
3.3.3.1. Cláusulas de equidade como norma de exclusão .....	65
3.3.3.2. Cláusulas de equidade como norma de inclusão .....	67
3.3.3.3. Cláusulas de equidade como normas de compensação (indenização) .....	68
3.3.3.4. Aspectos a reter .....	69
<b>3.4. As características do direito tributário brasileiro e as suas implicações</b> .....	70
3.4.1. Visão geral .....	70
3.4.2. O princípio da segurança jurídica .....	72
3.4.2.1. Razões para análise do princípio .....	72
3.4.2.2. Noções gerais .....	73
3.4.2.3. Tensão entre a segurança jurídica e o princípio da igualdade .....	74
3.4.2.4. A importância da segurança jurídica no direito tributário .....	75
3.4.3. O subsistema de competências impositivas .....	76
3.4.3.1. A amplitude e a densidade do subsistema de competências impositivas .....	76
3.4.3.2. As normas atributivas de competências tributárias como regras definitivas .....	77
3.4.4. A vedação ao emprego da equidade no CTN .....	81

<b>3.5. Possibilidades de aplicação da razoabilidade como superação .....</b>	<b>84</b>
3.5.1. Adesão e exclusão de parcelamentos e regimes especiais de tributação .....	84
3.5.2. Substituição tributária para frente e valor da venda inferior à base de cálculo presumida .....	89
3.5.3. Imposto de renda da pessoa física e desonerações específicas	95
3.5.3.1. Limite quantitativo à dedução de despesas com educação dos dependentes .....	95
3.5.3.2. Proibição ao pai que não detém a guarda de dedução das despesas médicas, não previstas na decisão judicial, com o alimentando .....	96
3.5.4. Isenções .....	98
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

As leis têm de ser expressas em termos gerais, mas as condições formuladas em geral são sempre capazes de omitir referência a algum elemento que pode vir a ser o fato relevante em determinado caso.<sup>1</sup> A partir dessa circunstância, embora as condições da hipótese de uma regra jurídica estejam preenchidas no caso concreto, a sua conclusão pode ser superada em razão de circunstâncias particulares, não predeterminadas abstratamente.<sup>2 e 3</sup> A regra mantém-se válida e aplicável à generalidade dos casos. Todavia, para a solução do caso concreto atípico, cria-se uma hipótese de exceção.

Partindo desse pressuposto teórico, o objetivo do presente estudo é apresentar o postulado da razoabilidade como um instrumento para essa superação das normas jurídicas, notadamente das regras, nos casos concretos atípicos. Assim, dentre os diversos sentidos atribuídos à razoabilidade jurídica, este estudo irá abordar apenas o sentido de razoabilidade como postulado normativo que estabelece o dever de harmonização do geral com o particular. Trata-se da possibilidade de superação da norma quando ela é defeituosa *em função de sua generalidade*, ou seja, nos casos de *subinclusão* e de *sobreinclusão*, onde a aplicação da norma ao caso concreto geraria uma consequência contrária à sua própria razão justificadora.

---

<sup>1</sup> MACCORMICK, Neil. Defeasibility in law and logic. In: **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Law and Philosophy Library. Kluwer Academic Publishers: Dordrecht, p. 103, 1995.

<sup>2</sup> Esta característica é intitulada “*defeasibility of legal norms*”. O termo “*defeasibility*” abrange uma variedade de significações. Foi utilizado pela primeira vez por Herbert L. A Hart, no artigo “The Ascription of Responsibility and Rights”: “Quando um estudante aprende que (...) existem condições positivas necessárias para a existência de um contrato válido, isto é (...), ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a afirmação de que há um contrato válido, mesmo que todas estas condições estejam satisfeitas. Isso significa que o estudante ainda tem que aprender o que pode seguir as palavras “a menos que”, as quais devem acompanhar a indicação destas condições. Não existe uma palavra no inglês ordinário para esta característica dos conceitos jurídicos. As palavras ‘condicional’ e ‘negativo’ têm implicações erradas, mas o direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu pego emprestada: é a palavra ‘*defeasible*’ (derrotabilidade/superabilidade), usada quando um interesse jurídico na propriedade está sujeito a ser ‘*defeat*’ (derrotado/superado) em um número de diferentes contingências, mas permanece intacto se estas contingências não ocorrem. Nesse sentido, contrato é um conceito superável. Sobre o assunto ver, ainda: MACCORMICK, Defeasibility in law and logic, op. cit., p. 115: “Eu concluo que a superabilidade é uma característica extremamente importante da argumentação jurídica. Até mesmo as disposições legais são utilizáveis na argumentação apenas se sujeitas à reconstrução racional. Além disso, qualquer abordagem razoável à interpretação de leis também irá tratar as disposições legislativas como efetivamente superáveis uma vez que apenas presumidamente fornecem as condições necessárias ou suficientes (...).” Ver também MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005; SARTOR, Giovanni. Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick’s Rhetoric and the Rule of Law. **EUI LAW Working Paper**. University Institute (EUI): Department of Law, nº 23, p. 1-12, 2006; SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. **EUI LAW Working Paper**. University Institute (EUI): Department of Law, 2009; PRAKKEN, Henry. The three faces of defeasibility in Law. **Ratio Juris** 17:1 (2004), p. 118-139.

<sup>3</sup> Todas as traduções realizadas nesse trabalho, salvo disposição em contrário, foram feitas por mim diretamente dos originais.

Estipular-se-ão as condições, materiais e formais, necessárias para a sua aplicação, bem como se investigarão, ainda que superficialmente, algumas possibilidades de aplicação na seara do direito tributário. Esse estudo não pretende esgotar o assunto; apenas dar alguns passos no seu desenvolvimento.

O método adotado será o analítico-funcional: analítico, porque visa examinar a razoabilidade como superação de normas jurídicas com o uso claro da linguagem e a racionalidade da argumentação; funcional, porque busca analisar a razoabilidade com a finalidade de fornecer critérios intersubjetivamente controláveis para a superação das normas jurídicas, notadamente das regras, nos casos concretos atípicos.

Para a realização desta análise dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, apresentam-se as noções gerais do significado da razoabilidade como superação e as suas distinções e aproximações com o postulado da proporcionalidade. No capítulo seguinte busca-se delinear uma teoria constitucional do postulado da razoabilidade como superação. Para tanto, analisam-se as funções das regras, os modelos de decisão e as suas respostas à questão da superação das regras jurídicas; analisam-se as dimensões da igualdade e a dimensão normativa da razoabilidade-equidade, onde se busca a sistematização de critérios para a aplicação do postulado.

No terceiro e último capítulo, examina-se a aplicação do postulado da razoabilidade como superação no direito tributário. Após breve introdução acerca da generalidade inerente a esse âmbito do direito, analisam-se as soluções de equidade no direito alemão. Passa-se em seguida à investigação das características peculiares ao direito tributário brasileiro e das suas implicações no postulado da razoabilidade. Por fim, apresentam-se alguns casos, com o objetivo de se ilustrar a aplicação do postulado e testar os critérios desenvolvidos ao longo do trabalho.

# 1. A RAZOABILIDADE COMO DEVER DE HARMONIZAÇÃO DO GERAL COM O INDIVIDUAL

## 1.1. Noções gerais de razoabilidade

O termo “razoabilidade”, relacionado à concepção de *razoável*, sugere ambiguidade e subjetividade porque fixa as suas próprias raízes num terreno linguístico inadequado para a determinação de unidade de significado.<sup>4</sup> A etimologia da palavra remonta aos vocábulos em latim *rationabilitas* e *rationabilis*, derivados de *ratio*, termo originado no verbo *reor*, que significa pensar<sup>5</sup> e possui grande abertura semântica.

Aos poucos, o uso do termo “razoabilidade” propagou-se e adquiriu um forte caráter retórico.<sup>6</sup> Na linguagem coloquial, o vocábulo “razoável” assumiu os significados de: “... conforme a razão, que não é absurdo, que tem lógica; sensato, prudente; que não é exagerado ou excessivo, equilibrado”.<sup>7</sup> A multiplicidade de significados associados à razoabilidade e ainda o seu uso retórico refletiram-se no discurso jurídico. A razoabilidade é usada no direito em diversos sentidos, em diferentes contextos e com várias finalidades.<sup>8 e 9</sup>

Gino Scaccia identificou cinco principais sentidos em que se emprega a razoabilidade. Em primeiro lugar, a razoabilidade relaciona-se com a igualdade, no sentido de proibir disparidades de tratamento introduzidas por uma classificação legislativa. Nessa perspectiva, “desarrazoada é uma disciplina legislativa que dispõe um tratamento diverso para situações

---

<sup>4</sup> SCACCIA, Gino. *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1-2.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*, 6<sup>a</sup> ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 682.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151.

<sup>9</sup> Para um aprofundamento sobre a razoabilidade, ver: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (Orgs.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009; CORSO, Guido. The principle of reasonableness in administrative law. In: *Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics*, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 385-399, 2003; RUGGERI, Antonio. The principle of reasonableness and the distinctiveness of constitutional interpretation. In: *Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics*, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 239-298, 2003; VIOLA, Francesco. Reasonableness, cooperation and the golden rule. In: *Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics*, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 91-111, 2003.

análogas ou análogo para situações diversas”.<sup>10</sup> Em segundo lugar, a razoabilidade é associada ao conteúdo da disposição em si considerada, colocando-se como um autônomo parâmetro de legitimidade constitucional, proibindo a falta de fundamento racional da norma ou a sua deformidade em relação à realidade.<sup>11</sup> Em terceiro lugar, a razoabilidade veda, de um lado, a “incompatibilidade lógica da norma com sua dimensão sintática ou a coerência da disposição com outra do próprio ato normativo”<sup>12</sup> (*contraddittorietà intrinseca*<sup>13</sup>). De outro lado, veda a desarmonia da lei com relação à lógica do ordenamento<sup>14</sup> (*contraddittorietà estrinseca*<sup>15</sup>). Em quarto lugar, a razoabilidade pode ser entendida como “um imperativo geral que compara a legitimidade constitucional das leis à sua capacidade de corresponder à expectativa de justiça no caso concreto”.<sup>16</sup> Finalmente, a razoabilidade é entendida como a adequação de um meio em relação ao fim pretendido.

Diante dessa multiplicidade de significados, a utilização da razoabilidade jurídica numa pesquisa científica exige, antes de tudo, a explicitação da concepção a ela atribuída.<sup>17</sup> É importante esclarecer-se, todavia, que o objetivo desse trabalho não consiste em investigar criticamente todas as concepções da razoabilidade, nem fazer um estudo histórico e descritivo do assunto. O objetivo é apresentar o conceito de razoabilidade como um instrumento para a superação da norma em razão do caso particular atípico, estipular critérios para a sua aplicação e investigar a sua utilização no âmbito do direito tributário. A partir dessa circunstância, limitar-se-á a estipular este significado de razoabilidade, a partir do qual serão desenvolvidos os tópicos seguintes.

---

<sup>10</sup> SCACCIA, op. cit., p. 3.

<sup>11</sup> Ibid., p. 4.

<sup>12</sup> SCACCIA, Gino. **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**. Milão: Giuffrè, 2000, p. 4.

<sup>13</sup> Trata-se de uma incoerência interna à norma, a exemplo da incompatibilidade entre a regra e a sua *ratio* (Ibid., p. 202).

<sup>14</sup> Ibid., p. 4.

<sup>15</sup> Trata-se de uma incoerência externa à norma, a exemplo da incompatibilidade entre normas derivadas de atos normativos diversos (Ibid., p. 202).

<sup>16</sup> Ibid., p. 5.

<sup>17</sup> CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50, p. 224, jan.-mar., 2005.

## ***1.2. O conceito de razoabilidade como função de referência ao caso isolado (teoria de Rüdiger Albrecht)***

Com o objetivo de constatar uma autonomia do conceito de razoabilidade, Rüdiger Albrecht analisou a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Constatou que muitas vezes ela é apresentada como parte da proporcionalidade em sentido amplo, seja equiparando-a ao critério da idoneidade,<sup>18</sup> seja ao da necessidade.<sup>19</sup> No entanto, segundo o autor alemão, algumas vezes o Tribunal Constitucional Federal confere à razoabilidade um sentido autônomo em relação à proporcionalidade. Nesses casos, a razoabilidade pode significar: a) a função de remeter ao caso isolado para a compreensão metódica de hipóteses excepcionais, em que são também considerados os interesses individuais do atingido em casos atípicos; b) um conceito não-técnico que a jurisprudência usa para expressar casos inadmissíveis (poder-se-ia aqui equiparar “irrazoável” a “inconstitucional”); e c) estar vinculada à igualdade no plano horizontal.<sup>20</sup>

Apesar das diferentes concepções encontradas, todas têm em comum a ideia de que o exame da razoabilidade sempre leva em consideração a restrição individual a uma pessoa.<sup>21</sup> A razoabilidade, portanto, é relacionada à *pessoa*.<sup>22</sup>

Pelos motivos já mencionados, interessa-nos a análise da razoabilidade na sua “função de referência ao caso isolado”. Nessa abordagem, a razoabilidade é apresentada como uma norma metódica que serve para se considerar o aspecto individual dos casos — o que pode levar à criação de hipóteses de exceção à regra geral. A sua função esgotar-se-ia na advertência aos casos de severidade irrazoável.<sup>23</sup> A razoabilidade, afirma Rüdiger Albrecht,

---

<sup>18</sup> BVerfGE 17, 306; 16, 147.

<sup>19</sup> BVerfGE 50, 265.

<sup>20</sup> ALBRECHT, Rüdiger Konradin. **Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab**. Berlin: Dunker und Humblot, 1995, p. 98.

<sup>21</sup> Sobre o assunto ver, ainda: Ossenbühl, Fritz. Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. In Rütters, Berndt e Stern, Klaus (orgs.) **Verantwortung in Verfassungsstaat. Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik**, München: Beck, p. 315-327, 1999.

<sup>22</sup> Ibid., p. 89.

<sup>23</sup> Ibid., p. 83.

pode desenvolver o seu efeito de equilíbrio no campo de tensão entre individualidade e sistema normativo, tendo, por isso, uma especial abrangência.<sup>24</sup>

O Tribunal Constitucional Federal Alemão deixa claro o seu posicionamento: uma lei até pode estar de acordo com a Constituição (em abstrato), mas o exame da razoabilidade (em concreto) pode indicar casos excepcionais que se afastem da hipótese da regra.<sup>25</sup> Trata-se do reconhecimento da possibilidade de casos concretos atípicos em que as normas, já consideradas constitucionais em abstrato, ocasionem um sacrifício aos direitos do atingido. Por conseguinte, no caso BVerfGE 51, 166, o Tribunal consentiu que o legislador, para evitar irrazoáveis rigorismos, previsse exceções ao provimento.<sup>26</sup>

Na Alemanha, essas “cláusulas de exceção”, previstas na própria regra, são vistas como fundamentais para se realizar a justiça particular e se evitarem situações de inconstitucionalidade. Todavia, na hipótese de não existir a previsão de cláusulas de equidade na própria regra, para abranger os casos atípicos irrazoáveis, a jurisprudência tende a enfrentar a questão pelo prisma da razoabilidade.

No caso BVerfGE 22, 275, o Tribunal entendeu que o advento de uma nova lei disciplinando a consultoria tributária — em razão da incompatibilidade prevista por ela entre as profissões autorizadas a lidar com tributos e as funções desenvolvidas por empregados não qualificados — poderia provocar um rigor excessivo em determinados casos concretos. Segundo o Tribunal: “Até onde este dispositivo atinge membros das profissões especializadas em tributos, que até agora exerceram funções incontestadas e, daqui em diante, incompatíveis, podem resultar rigorismos normativos irrazoáveis”.<sup>27</sup>

A lei nova impedia os consultores fiscais de ser empregados, atingindo de maneira irrazoável aqueles que, até o momento, exerciam as duas funções, o que exigia, portanto, um regulamento de transição.

No caso BVerfGE 13, 97, fixou-se que, para o exercício autônomo do ofício, excepcionalmente, não seria necessário fazer-se a prova de habilitação.<sup>28</sup> Os casos

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid., p. 84.

<sup>27</sup> BVerfGE 22, 275.

<sup>28</sup> *Meisterprüfung*.

excepcionais, segundo o Tribunal, ocorreriam “quando seria uma carga não razoável obrigar o candidato a fazer a prova de habilitação”.<sup>29</sup>

Já no julgamento do caso BVerfGE 13, 237, o Tribunal rejeitou a criação de uma hipótese de exceção à regra que regulava os horários e os dias de fechamento das lojas, sob o ponto de vista da razoabilidade, diante da objeção de um proprietário de livraria, que argumentava ser a lei suportável para outros ramos de comércio, sendo, para o seu, irrazoável. O rigorismo, segundo o livreiro, era causado, sobretudo, pelo fechamento mais cedo das lojas nos sábados à tarde. Segundo a perspectiva do Tribunal, a diferença do comércio de livros em relação ao comércio dos bens essenciais não é tão significativa a ponto de obrigar o legislador a estabelecer distintos horários e dias de fechamento. Além disso, se fosse criada a hipótese de exceção, outros ramos do comércio também poderiam reivindicar exceções à regra geral.

Nos precedentes citados, a razoabilidade é o instrumento que possibilita corrigir-se a generalidade inerente à regra na sua aplicação. Esse assunto está muito ligado ao tema da igualdade, porque *só se afasta a lei no caso concreto quando se apura uma desigualdade juridicamente relevante entre os atingidos pela regra*. A igualdade é “um elemento essencial de qualquer teoria da justiça”.<sup>30</sup> A partir desta circunstância, na sua dimensão de princípio, “instituinto um estado igualitário como fim a ser promovido”,<sup>31</sup> e apoiada numa concepção particularista de justiça, a igualdade atuará a favor da criação da hipótese de exceção à regra sempre que, no caso isolado, se constatar uma desigualdade juridicamente relevante entre os atingidos por tal regra.

Imagine-se a proibição de um carro cruzar uma avenida quando o sinal está vermelho. Depois, imagine-se que cinco carros ultrapassaram o sinal e descumpriram a regra. Agora, analise-se cada situação: o motorista do carro A viu o sinal vermelho, mas, em razão da pressa de chegar ao seu destino, assumiu o risco de cruzar a avenida; o do carro B não viu o sinal e avançou distraído; o do carro C percebeu, de longe, o sinal amarelo, acelerou na tentativa de cruzar antes que se transformasse em vermelho, mas não chegou a tempo e acabou cruzando no momento proibido; o carro D era um motorista levando um senhor gravemente ferido ao hospital e, por isso, avançou proposital e convictamente o sinal vermelho.

---

<sup>29</sup> BVerfGE 13, 97.

<sup>30</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

<sup>31</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

A razoabilidade enquanto norma metódica determina que se considere o aspecto individual dos casos atípicos, a exemplo do motorista levando uma pessoa gravemente ferida ao hospital, o que poderá levar à criação de uma hipótese de exceção à regra de que os motoristas que ultrapassam o sinal vermelho devem sofrer sanções. O princípio da igualdade atuará como uma das razões que pesam a favor da não aplicação da regra ao caso isolado atípico.

Todavia, segundo Rüdiger Albrecht, o traço fundamental das exceções motivadas pela razoabilidade não é uma mera concretização do princípio da igualdade. “Não é a contemplação direta das hipóteses normativas semelhantes juridicamente que leva a uma regra de exceção, senão o olhar individualizado e isolado, vertical, sobre a intensidade da carga suportada pelo atingido pela norma”.<sup>32</sup>

Conquanto o Tribunal Constitucional Federal não tenha estabelecido parâmetros objetivos para determinar a ocorrência de casos atípicos, limitando-se a estabelecer que se devem dar exceções às regras e que estas são tratadas do ponto de vista da razoabilidade,<sup>33</sup> é possível observar-se que, ao ponderar sobre a possibilidade de dar exceções às regras, os julgadores se perguntam: a) se a aplicação da norma ao caso concreto realiza ou não a razão que fundamenta a própria regra;<sup>34</sup> b) se há ou não uma desigualdade juridicamente significativa entre os atingidos pela norma;<sup>35</sup> e c) se há ou não a possibilidade de a circunstância do caso isolado ser alegada por outros atingidos pela regra.<sup>36</sup>

É possível identificar nesta abordagem uma especial amplitude de aplicação para a razoabilidade, onde ela não serve para a descoberta e a determinação da hipótese da regra, mas para uma determinada função metódica: compreender os casos especiais atípicos.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> ALBRECHT, Rüdiger Konradin. **Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab**. Berlin: Dunker und Humblot, 1995, p. 83.

<sup>33</sup> Ibid., p. 84.

<sup>34</sup> BVerfGE 71, 162.

<sup>35</sup> BVerfGE 13, 237.

<sup>36</sup> BVerfGE 13, 237.

<sup>37</sup> ALBRECHT, Rüdiger Konradin. **Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab**. Berlin: Dunker und Humblot, 1995, p. 86.

### ***1.3. O postulado da razoabilidade como equidade (teoria de Humberto Ávila)***

Humberto Ávila, no seu artigo de 2001 intitulado “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade,<sup>38</sup> apresentou a categoria dos postulados normativos aplicativos. Algumas normas, a exemplo da proporcionalidade e da razoabilidade, antes classificadas como princípios, foram enquadradas nesta nova categoria. A denominação, segundo o próprio autor, é secundária, mas serve para dissociar um grupo de normas que funciona de modo distinto das regras e dos princípios. A diferença reside no fato de que os postulados normativos aplicativos são “normas metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras através da imposição de relações entre elementos com base em determinados critérios.”<sup>39</sup>

Aprofundando o trabalho iniciado em 2001, o autor lançou o livro *Teoria dos Princípios* (2003), onde reconstruiu analiticamente decisões dos tribunais superiores brasileiros e identificou os principais sentidos atribuídos à razoabilidade, numa tentativa de individualizar sentidos autônomos em relação a outras normas, como a proporcionalidade. Estas acepções seriam: (a) razoabilidade como equidade; (b) razoabilidade como congruência; e (c) razoabilidade como equivalência.<sup>40</sup>

Dentre as principais acepções atribuídas à razoabilidade, interessa para esta pesquisa a concepção de razoabilidade como equidade. Nessa acepção, o postulado “exige a harmonização da norma geral como o caso individual”<sup>41</sup> e impõe a realização de duas considerações. Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, na interpretação e aplicação das normas jurídicas, a presunção daquilo que normalmente acontece,<sup>42</sup> sob pena de se levar à violação de algum princípio constitucional. O exemplo abaixo ilustra esta exigência.

---

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 1 fev. 2011.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

<sup>40</sup> Devido à delimitação do objeto desta dissertação (apresentar o conceito de razoabilidade como superação, estipular critérios para a sua aplicação e investigar a sua utilização no âmbito do direito tributário), não convém analisarmos todas as acepções de razoabilidade identificadas pelo autor. Todavia, sobre o assunto ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151-158.

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 152.

<sup>42</sup> *Ibid*.

No julgamento do RE 192.553-1/SP, discutia-se a admissibilidade da representação da Fazenda estadual por procurador que a integrasse, sem que se exigisse a prova de seu *status*.<sup>43</sup> No caso, um procurador do Estado havia interposto Agravo de Instrumento, sem juntar o título de nomeação para o cargo ou outro documento que comprovasse ter ele poderes de representar o órgão que integrava. Então, o tribunal *a quo* conclui pela irregularidade da representação processual, e a questão foi levada a julgamento no Supremo Tribunal Federal. Levando-se em consideração que o agravo de instrumento foi protocolado em papel timbrado da Procuradoria Geral do Estado e que o art. 132 da CF/88 dispõe que a representação judicial das unidades federativas é exercida pelos procuradores dos Estados, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser razoável afastar a exigência de juntada de mandato e presumir a sua existência. Aqui, a razoabilidade foi utilizada para impor a consideração daquilo que normalmente ocorre e evitar a restrição da ampla defesa.

Todavia, o objeto do presente estudo centra-se na segunda exigência imposta pela razoabilidade como equidade.<sup>44</sup> Em segundo lugar, a razoabilidade não atua para mostrar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, mas “exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”<sup>45</sup>. Trabalha-se aqui com a constatação de que, para a elaboração das regras jurídicas, se selecionam algumas propriedades, que são generalizadas, e se ignoram outras. Por exemplo, para se formular uma regra proibindo-se a entrada de cachorros nos meios de transporte, leva-se em consideração o fato de que estes animais possuem algumas características que, certamente, irão incomodar os passageiros. Ao mesmo tempo, todavia, ignoramos que alguns cachorros não incomodam os passageiros; alguns são, inclusive, cães-guia e indispensáveis para que pessoas com deficiência visual possam ir de um lugar a outro.

Veja-se o exemplo apresentado por Humberto Ávila para ilustrar este aspecto da razoabilidade:<sup>46</sup> uma pequena indústria de móveis estava incluída no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições — SIMPLES. Foi excluída desta sistemática por não ter respeitado o requisito legal de não importar produtos. A empresa realmente havia infringido

---

<sup>43</sup> STF, 2ª Turma, RE 192.553-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.04.1999, p. 24.

<sup>44</sup> Nessa hipótese, o postulado da razoabilidade é um instrumento que possibilita afastar ou superar uma regra jurídica nos casos concretos excepcionais. No entanto, no presente estudo adota-se a expressão “razoabilidade como superação”, ao invés de “razoabilidade como equidade” para evitar que este postulado seja confundido com uma concepção objetiva de equidade, ou seja, com a ideia de que essa harmonização da regra geral com o caso concreto seja feita com recurso a critérios externos ao direito.

<sup>45</sup> ÁVILA, op. cit., p. 154.

<sup>46</sup> Processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

a vedação legal ao importar produtos. Como explica o autor, no entanto, “a importação foi a de quatro pés de sofá, para um sofá, uma única vez”.<sup>47</sup> No julgamento do recurso, a exclusão foi anulada, com fundamento na razoabilidade, porque a interpretação “tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.<sup>48</sup>

No caso acima, as condições da regra que proíbe a importação de produtos estrangeiros foram satisfeitas (a empresa realizou a importação de quatro pés de sofá), mas a consequência de sua aplicação (exclusão do SIMPLES) foi excepcionada porque não comprometeria a razão motivadora da própria regra (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Em suma, no caso concreto mencionado, foi afastada a aplicação de uma regra jurídica, porque em virtude de determinadas características (importação de quatro pés de sofá, para um sofá, uma única vez), o caso era *anormal* e a aplicação da lei comprometeria excessivamente a justiça individual (ideia de que as pessoas devem ser consideradas com atenção às suas particularidades).

Aqui é importante notar-se a diferença entre a *satisfação das condições da hipótese de uma regra* e a sua *aplicação*. No modelo de subsunção, a satisfação das condições da hipótese de uma regra constitui uma razão decisiva para a sua aplicação.<sup>49</sup> Todavia, as condições de uma regra podem ser satisfeitas, mas a sua aplicação ser excepcionada pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária.<sup>50</sup> Esta distinção, essencial para o desenvolvimento da presente pesquisa, foi apresentada por Jaap Hage.<sup>51</sup> Humberto Ávila, baseando-se nela, identifica a razoabilidade como “instrumento metodológico para demonstrar que a incidência<sup>52</sup> da norma é condição necessária, mas não suficiente, para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras como decorrência do princípio de justiça”.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154.

<sup>48</sup> Processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

<sup>49</sup> HAGE, Jaap. **Studies in legal logic**. Dordrecht: Springer, 2005. p. 90.

<sup>50</sup> ÁVILA, op. cit., p. 154.

<sup>51</sup> Sobre o assunto ver: HAGE, Jaap. **Studies in legal logic**. Holanda: Springer, 2005. p. 87-99 e AARNIO, Aulis & PECZENIK, Aleksander. **Law, Morals and Defeasibility**. **Ratio Juris** 13. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, n. 2, p. 305-325, 2000.

<sup>52</sup> O conceito jurídico de incidência é controvertido. Sobre o assunto ver: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 90-98. Aqui ele é utilizado como sinônimo de “satisfação das condições da hipótese da regra”.

<sup>53</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 155.

#### ***1.4. Caso concreto de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal da razoabilidade para a superação de norma***

Após analisar duas teorias acerca da razoabilidade como um instrumento que possibilita superar a lei na sua aplicação a casos atípicos, é relevante também analisarmos um caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal.

O pedido de inscrição definitiva de uma candidata, já promotora estadual e que tinha o objetivo de ingressar no Ministério Público Federal, foi indeferido, sob o argumento de que ela não preenchia o requisito legal de possuir três anos de atividade jurídica como advogada ou em cargo, emprego ou função privativa de bacharel em Direito. Como se sabe, a Emenda Constitucional nº 45/04 alterou o art. 129 da Constituição Federal e passou a exigir três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira do Ministério Público.<sup>54</sup> A candidata obteve aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil em 2003, foi aprovada em concurso para promotor estadual em 2004 e desde 2005 exercia as atividades de promotora estadual. Sentindo-se prejudicada em seus direitos, impetrou mandado de segurança contra ato do procurador-geral da República, presidente da comissão organizadora do concurso.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal aplicou a *razoabilidade como equidade* para afastar no caso concreto *excepcional* a exigência constitucional que vedava o ingresso na carreira do Ministério Público para quem não comprovasse os três anos de atividade jurídica. O ministro Eros Grau, relator do processo, destacou a necessidade de “levar em consideração as particularidades do caso para proceder à correta construção da norma concreta e individual”.<sup>55</sup>

Estamos aqui, Senhor Presidente, diante daquilo que Vossa Excelência mencionou, em um certo momento e ocasião, como um caso fronteiro, que reclama uma análise tópica. Eu diria, ainda acrescentando alguns subsídios ao meu voto escrito, que é numa situação como essa que fica muito clara a beleza e a nobreza do ofício da interpretação do direito, interpretação do direito como construção da norma. Nós não somos meros leitores de textos normativos. Fôssemos meros leitores de textos normativos, bastaria a nós a alfabetização. Nós fazemos muito mais do que isso porque aqui integramos o

---

<sup>54</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) § 3º - O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.”

<sup>55</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 344.

ordenamento jurídico. Trabalhamos no segundo momento normativo, no espaço da dimensão normativa, distinto do espaço da dimensão legislativa. Concedo a segurança para que a exigência de três anos de atividade jurídica não consubstancie óbice a sua habilitação ao cargo de Procurador da República, operando-se de imediato a sua posse nesse cargo.<sup>56</sup>

O ministro Carlos Brito sublinhou que “é preciso atentar para o caso concreto; e este caso me parece dotado de peculiaridades que exigem também uma decisão peculiar”.<sup>57</sup> O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, recorreu expressamente à aplicação do princípio da razoabilidade:

Entendo que, se aplicarmos rigorosamente as exigências da Emenda Constitucional 45, incidiria no caso o velho brocardo latino *summus ius summa iniuria*. Estamos claramente, como mostrou o Min. Eros Grau, diante de uma situação absolutamente excepcional, em que temos de aplicar o princípio da razoabilidade.<sup>58</sup>

Já o ministro Gilmar Mendes argumentou defendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade *in concreto*, no sentido de que, em casos excepcionais, o Tribunal pode criar uma hipótese de exceção para evitar uma aplicação absurda da norma. De um modo geral, a solução do caso paradigmático pelo Supremo Tribunal Federal foi criada por meio do afastamento, para a situação particular, de uma exigência prevista pelo § 3º do art. 129 da Constituição Federal, com fundamento em considerações de igualdade e razoabilidade, que demandam “o estabelecimento de ressalvas não previstas pelo legislador, a fim de realizar a justiça no caso concreto”.<sup>59</sup>

Conquanto o Supremo Tribunal Federal não tenha estabelecido parâmetros objetivos para determinar a aplicação da razoabilidade como superação, é possível observar que, ao ponderar sobre a possibilidade de superar a vedação constitucional, os julgadores, ao que tudo indica, levaram em consideração o seguinte: a) o caso concreto era atípico, de um lado, por se estar diante da transição de um regime a outro, em razão da alteração do texto da Constituição, que modificou as regras atinentes ao ingresso na carreira do Ministério Público. De outro, por se tratar de candidata que já havia ingressado no Ministério Público, embora no

---

<sup>56</sup> STF, Tribunal Pleno, MS 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, v.m., DJe-241 Divulg. 18.12.2008.

<sup>57</sup> (Voto do Min. Carlos Brito) STF, Tribunal Pleno, MS 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, v.m., DJe-241 Divulg. 18.12.2008.

<sup>58</sup> (Voto do Min. Ricardo Lewandowski) STF, Tribunal Pleno, MS 26.690/DF, Rel. Min. Eros Grau, v.m., DJe-241 Divulg. 18.12.2008.

<sup>59</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 344.

âmbito estadual; b) esta situação fática excepcional criava uma desigualdade juridicamente significativa entre os atingidos pela norma, exigindo um tratamento distinto da candidata promotora estadual em relação àqueles candidatos que não integravam o Ministério Público; e c) a aplicação da vedação constitucional ao caso concreto não prejudicaria a finalidade subjacente específica da regra (ter maturidade e técnica jurídicas para o exercício do cargo), inclusive porque a candidata, como promotora estadual, já exercia funções delegadas do Ministério Público Federal.

Com a análise desse caso paradigmático, foi possível identificar-se uma especial amplitude de aplicação para a razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que ela, ainda que implicitamente,<sup>60</sup> é utilizada para se compreenderem os casos especiais atípicos e se “tutelar a justiça no caso concreto, mediante o estabelecimento de diferenciações que a norma geral não previu”.<sup>61</sup>

### ***1.5. Distinções entre o exame da razoabilidade para a superação da norma e da proporcionalidade***

Até aqui, estipulou-se, *grosso modo*, que uma das acepções da razoabilidade, com base nas teses de Rüdiger Albrecht e Humberto Ávila, é aquela que a utiliza como um instrumento que possibilita superar-se a lei em razão da existência de casos atípicos. Em outras palavras, a razoabilidade, nesta concepção, constitui uma norma metódica, que serve para se considerar o aspecto individual dos casos, o que *pode* levar à criação de hipóteses de exceção à regra geral.

Tendo-se em vista que doutrina e jurisprudência costumam apresentar a razoabilidade e a proporcionalidade como sinônimos, cabe agora delimitar-se o ponto em que o exame de *razoabilidade para a superação de normas* se aproxima e o ponto em que se distancia do exame da proporcionalidade.<sup>62</sup> Pode-se perceber que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são normas metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de

---

<sup>60</sup> Vale lembrar que apenas o ministro Ricardo Lewandowski usou expressamente a razoabilidade como fundamento de seu voto.

<sup>61</sup> VELLOSO, op. cit., p. 344.

<sup>62</sup> Em razão da delimitação do objeto da pesquisa, não se abordará a diferença entre a proporcionalidade e os demais conceitos de razoabilidade.

princípios e regras através da imposição de relações entre elementos com base em determinados critérios,<sup>63</sup> encaixando-se, portanto, na categoria de postulados normativos aplicativos apresentada por Humberto Ávila.<sup>64</sup>

Apesar desta semelhança, *não há uma identidade absoluta entre o modo pelo qual os dois exames estruturam a interpretação e a aplicação das demais normas*. A proporcionalidade é empregada especialmente nos casos em que se avalia em que medida um ato estatal pode destinar-se à concretização de determinados fins (por exemplo: a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo) que impliquem numa restrição no âmbito de proteção de outros direitos fundamentais.<sup>65</sup> Portanto, esse exame aplica-se nas situações em que há uma relação entre uma medida concreta e uma finalidade,<sup>66</sup> notadamente, como um instrumento para a aplicação de princípios que colidem diretamente em torno desta relação. Além disso, “na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes — a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* — que são aplicados em uma ordem pré-definida”.<sup>67</sup>

Em primeiro lugar, analisa-se se a medida é adequada para a realização ou o fomento do objetivo.<sup>68</sup> Se a medida for considerada adequada, passa-se à avaliação da necessidade da medida, definida pela exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado (ou fomentado) por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”.<sup>69</sup> Segundo Rüdiger Albrecht, eles se distinguem do exame da razoabilidade como função de referência ao caso

---

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

<sup>64</sup> Importante ressaltar que a denominação, do ponto de vista deste trabalho, é secundária (se *postulado*, *dever* ou outra); relevante é distinguir os exames. No entanto, opta-se por adotar a classificação tripartite de norma (regra, princípio e postulado normativo) e por enquadrar os exames da proporcionalidade e da razoabilidade na categoria de postulados normativos aplicativos. Em primeiro lugar, porque estas normas, tecnicamente, não se encaixam nem na noção de regra nem na noção de princípio; então, não há porque as classificar em categorias que, ao invés de contribuir para a clareza do Direito, irão fomentar e perpetuar equívocos. Em segundo lugar, porque, tendo-se em vista que já existe uma nova categoria (postulados normativos) formulada por autor prestigiado e que abarca o conceito chave “instrumentos, metanormas, que estruturam a aplicação de princípios e regras”, não há motivo para a formulação de outro nome para se abarcar o mesmo conceito nem para utilizar o conceito sem se adotar o nome da nova categoria normativa.

<sup>65</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 798, p. 24, 2002.

<sup>66</sup> SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, v. 75, p. 272, 1999.

<sup>67</sup> SILVA, O proporcional e o razoável, op. cit., p. 30.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

<sup>69</sup> Ibid., p. 118.

isolado (equidade), pelas seguintes razões: a) enquanto a *idoneidade* é apreciada sem se levar em conta a situação pessoal de um cidadão atingido pela medida, constituindo uma avaliação abstrata entre meio e fim, aprecia-se a razoabilidade de uma medida estatal com respeito à situação pessoal do atingido;<sup>70</sup> e b) a razoabilidade aprecia a proporção de uma medida (já considerada proporcional) com relação à situação pessoal do atingido,<sup>71</sup> enquanto o critério da *necessidade* é utilizado para, tendo-se em vista uma medida adequada, se compararem isoladamente meios e se determinar qual é o mais suave.

Se for constatada a adequação e a necessidade da medida, passa-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste numa comparação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido (efeito adverso da promoção da finalidade) e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (importância da promoção da finalidade).<sup>72</sup> Caso a relevância da promoção da finalidade justifique o grau de restrição causado aos direitos fundamentais colidentes, a medida concreta será considerada proporcional.<sup>73</sup>

Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender apenas uma comparação entre as vantagens causadas pela promoção do fim e as desvantagens *normalmente* causadas pela adoção de determinado meio, sem se avaliarem os interesses do atingido, que, devido às particularidades derivadas de uma *situação atípica*, possa vir a sofrer uma restrição mais intensa em seus direitos fundamentais, este exame será distinto do exame da razoabilidade.

Presume-se que todos os fatos relevantes sobre os casos aos quais a norma é aplicável foram devidamente considerados nas condições das regras. Todavia, as normas são elaboradas para um conjunto de casos gerais.<sup>74</sup> É possível supor-se, então, que, na discussão sobre a proporcionalidade de uma medida estatal, desconsideremos eventual restrição com respeito à situação pessoal de um atingido num caso *anormal*. Por conseguinte, o exame da proporcionalidade é realizado, na perspectiva adotada por esta pesquisa, tomando-se em

---

<sup>70</sup> ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab*. Berlin: Dunker und Humblot, 1995, p. 89.

<sup>71</sup> Ibid., p. 90.

<sup>72</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 798, p. 40, 2002.

<sup>73</sup> A proporcionalidade é aqui apresentada de forma sucinta, apenas para se delimitar a diferença deste exame em relação à razoabilidade como instrumento para se expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. O exame da proporcionalidade, todavia, apresenta inúmeras complexidades, que fogem ao objeto desta pesquisa. Para um aprofundamento do assunto v. CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

<sup>74</sup> No mesmo sentido, ver: CLÉRICO, **El examen de proporcionalidad**..., op. cit., p. 271.

consideração as desvantagens concretas *normalmente* causadas pela adoção de determinado meio.

No entanto, se a proporcionalidade em sentido estrito abranger também a ponderação dos *interesses pessoais* dos titulares dos direitos fundamentais que, em *casos anormais*, sofram uma *restrição*, o exame da razoabilidade será incluído no exame da proporcionalidade.<sup>75</sup> Laura Clérico propõe esta abordagem, argumentando que uma distinção clara entre os exames da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade só poderia ser feita se fixada como um *limite absoluto do que fosse insuportável*. Nesta circunstância, o núcleo do exame da proporcionalidade seria uma ponderação, enquanto ficaria a cargo da razoabilidade um limite absoluto acerca da restrição suportada pelos atingidos.<sup>76</sup>

Do ponto de vista dessa pesquisa, contudo, uma distinção entre os exames da proporcionalidade e da razoabilidade pode ser realizada, sim, ainda que em ambos ocorra uma ponderação de razões. A ponderação<sup>77</sup> não é uma característica exclusiva do conflito de princípios e do exame da proporcionalidade; é simplesmente um instrumento “destinado a atribuir peso a elementos que se entrelaçam sem referência a pontos de vista materiais que orientem este sopesamento”.<sup>78</sup>

Segundo Humberto Ávila, a diferença entre os exames é a seguinte:

... a razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> No mesmo sentido, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160.

<sup>76</sup> CLÉRICO, op. cit., p. 272.

<sup>77</sup> Nesta pesquisa, adota-se um conceito amplo de ponderação, ou seja, defende-se que a ponderação de razões não é exclusiva dos princípios, mas “é qualidade geral de qualquer aplicação de normas”. A partir desta circunstância, não é correto “afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que será diverso” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58). Para um aprofundamento acerca da possibilidade de ponderação das regras ver: PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Springer: Lexington, 2010, p. 66-67.

<sup>78</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, op. cit., p. 143.

<sup>79</sup> Ibid., p. 159.

Esse estudo aborda a razoabilidade como instrumento para se expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto e defende que, neste exame, embora o *centro* seja a *avaliação das particularidades do sujeito atingido pela regra no caso atípico, para evitar uma restrição contrária ao Direito*, não há apenas uma imposição vertical no sentido de determinada interpretação. Há em todas as regras uma incompatibilidade potencial com a realidade e, por conseguinte, a possibilidade de em casos anormais serem afetados a justiça particular e os direitos fundamentais do atingido. Todavia, isto não significa que a razoabilidade estruture verticalmente a superação. Para se atribuir à regra, originalmente insuperável, um caráter relativo, tornando-a superável no caso isolado, é preciso *ponderar as razões* a favor e contra a sua aplicação. A superação da regra afetará, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, que pesa contra a flexibilização. Logo, a razoabilidade como equidade é instrumento que *possibilita* superar a lei em razão da existência de casos especiais atípicos; no entanto, esta “decisão de equidade” irá depender de uma *ponderação*, tendo-se em vista as razões (contra e a favor da aplicabilidade) que se entrelaçam.

Por conseguinte, na análise acerca da razoabilidade (avaliação da superação de uma regra), também é preciso se perguntar se a aplicação da regra ao caso isolado, em face da situação pessoal do atingido, promove a sua *finalidade*. Se não promover, tal fato configurará uma das razões que pesarão contra a aplicabilidade da regra ao caso — razão que será ponderada com outras razões que pesam a favor da aplicabilidade. Porém, não é porque existem esta análise da finalidade da regra e a ponderação de razões que se está fazendo uma análise da proporcionalidade. A verificação de um caso atípico não faz da regra uma lei errada, pois “o erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa (...)”.<sup>80</sup>

Em suma, até o momento podemos comparar os exames da razoabilidade e da proporcionalidade a partir das seguintes considerações:

POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DAS NORMAS	POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE
<ul style="list-style-type: none"> <li>- este exame é realizado quando se constata a existência de casos atípicos;</li> <li>- relacionado à pessoa atingida;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- este exame é realizado quando há um conflito direto de princípios;</li> <li>- relacionado às situações em que há uma relação entre</li> </ul>

<sup>80</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Carneiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 125 (1137b1).

<ul style="list-style-type: none"> <li>- possibilita a criação de cláusulas de exceção às regras (superabilidade);</li> <li>- efeito de equilíbrio no campo de tensão entre o geral e o individual;</li> <li>- não há uma pretensão de controle da atividade legislativa, pois, como explicou Aristóteles, “o erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa (...)”.<sup>81</sup> A generalidade é uma contingência das regras, o que pode gerar casos de severidade;</li> <li>- há uma ponderação de razões contra e a favor da aplicabilidade da regra ao caso;</li> <li>- indaga-se se o caso isolado é substancialmente diferente dos casos típicos;</li> <li>- indaga-se se a aplicabilidade ao caso atípico irá contra o propósito da regra;</li> <li>- indaga-se o grau de comprometimento da segurança jurídica no caso de se criar uma hipótese de exceção para abranger o caso isolado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>uma medida concreta e uma finalidade, notadamente, como um instrumento para a aplicação de princípios que colidem em torno desta relação;</li> <li>- há uma pretensão de controle da atividade legislativa, evitando-se a criação de leis desproporcionais;</li> <li>- não é simples análise meio <i>x</i> fim, pois tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que são aplicados numa ordem predefinida;</li> <li>- o critério da <i>idoneidade</i> é apreciado sem se levar em conta a situação pessoal de um cidadão atingido pela medida, constituindo uma avaliação abstrata entre meio e fim;</li> <li>- o critério da <i>necessidade</i> é utilizado para, tendo-se em vista uma medida adequada, comparar isoladamente meios e determinar qual é o mais suave;</li> <li>- se a proporcionalidade em sentido estrito abranger também a ponderação dos <i>interesses pessoais</i> dos titulares dos direitos fundamentais que, em <i>casos anormais</i>, sofram uma <i>restrição</i>, o exame da razoabilidade-equidade será incluído no exame da proporcionalidade.</li> </ul>
--	---

### ***1.6. Apreciação crítica da razoabilidade como instrumento de superação: a falta de critérios para a sua aplicação***

O postulado da razoabilidade, conforme a definição aqui apresentada, é um instrumento que pode ser utilizado para se explicar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.<sup>82</sup> Com efeito, possibilita a superação da norma jurídica no caso particular — notadamente, nas situações em que a aplicação da norma ao caso leve à não promoção do seu propósito ou a uma restrição nos direitos do atingido. É, portanto, um instrumento para se questionar — ainda que uma norma tenha sido declarada constitucional, em controle concentrado — uma eventual aplicação inconstitucional no caso concreto.

---

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159.

Todavia, é necessário estabelecerem-se critérios para a aplicação da razoabilidade, ou, ao menos, as diretrizes metódicas para se determinar quando pode ocorrer a superabilidade da norma no caso isolado. Para cumprir a sua função de equilíbrio no campo de tensão entre o individual e o geral, este postulado não pode constituir meio hábil para se fazer com que a justiça particular sempre prevaleça perante as regras gerais e abstratas. Não pode ter ele uma aplicação ampla, fazendo com que a justificação subjacente à regra guie sempre a decisão. Nessa hipótese, as regras passam a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios, e perde-se em segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade. Além disso, retira-se a eficácia mínima do princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário poderá não conferir peso nenhum ao decidido pelos outros Poderes. O apego demasiado às particularidades do caso concreto e à aplicação ampla e sem critérios do postulado da razoabilidade pode resultar numa flexibilização irresponsável das leis, bem como no reenvio a um cânone de “justiça” a descambar para um caráter de absoluta discricionariedade.<sup>83</sup>

Com efeito, a falta de critérios para a aplicação da razoabilidade é a principal causa para o fato de o seu uso ter sido submetido a um segundo plano. Como diz Wilson Antônio Steinmetz, “os princípios parciais de adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito funcionam como indicadores de ‘mensuração’, de controle. Quais seriam os indicadores de ‘mensuração’ do princípio da razoabilidade?”<sup>84</sup>

A partir de agora, portanto, a pesquisa vai delinear uma teoria constitucional da razoabilidade como instrumento de superação de normas — iniciando-se com uma investigação sobre a função das regras jurídicas, passando pela tensão que estabelecem entre a justiça geral e a particular e culminando com o estudo dos modelos de decisão e das suas respostas à possibilidade de superação de regras. O objetivo é encontrar critérios para a aplicação do postulado, viabilizando-se uma superação restrita e intersubjetivamente controlável.

---

<sup>83</sup> SCACCIA, Gino. **Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale**. Milão: Giuffrè, 2000, p. 253.

<sup>84</sup> Nesse sentido, ver: STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188.

## 2. DELINEAMENTO DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DE NORMAS

O sistema jurídico, além de se formar por regras, se compõe também de princípios, que são uma exigência de justiça e o ponto de contato entre o Direito e a Moral. O Direito é visto como uma prática interpretativa, como algo reconstruído pelo intérprete a partir da própria ordem jurídica.

Com o tempo, os princípios passaram a ser cada vez mais prestigiados, e as regras foram relegadas a um segundo plano. Movendo-se de um extremo ao outro, as regras começaram a ser vistas como ilimitadamente maleáveis em face das suas finalidades. Ganhou foros de unanimidade a ideia de que os princípios são normas superiores do ordenamento jurídico, justamente, porque estes incorporam valores.

Em consequência, na prática jurisprudencial, algumas vezes, ao invés de aplicar a regra, o intérprete, sem qualquer fundamentação sobre a questão da superabilidade, salta para o plano dos princípios, construindo soluções de acordo com o que entende ser o mais correto. Perde-se em segurança jurídica. Perde-se, sobretudo, em racionalidade. Além disso, como alerta Humberto Ávila, “a mera desconsideração da regra geral, culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos poderes”.<sup>85</sup>

Em contrapartida, alega-se que a não aplicação da regra geral ao caso particular por meio do postulado da razoabilidade não violaria o princípio democrático nem o princípio da separação dos poderes. No entanto, como visto no capítulo anterior, para que o postulado da razoabilidade estruture a interpretação das demais normas de modo compatível com a Constituição, é preciso que sejam estabelecidos critérios para a sua aplicação, de modo a que a superabilidade de uma regra seja intersubjetivamente controlável.

Essa pesquisa entende que, em razão de as regras e os princípios desempenharem funções complementares e diferentes, se existe uma regra a regular determinada conduta, o intérprete não poderá desprezá-la e saltar diretamente do plano legal para o nível dos

---

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 8, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

princípios, de modo a realizar uma ponderação direta entre os princípios colidentes.<sup>86</sup> A partir de agora, explicitam-se alguns esclarecimentos sobre as regras, a fim de se fundamentar a necessidade de uma aplicação restrita do postulado da razoabilidade como equidade.

## ***2.1. Alguns esclarecimentos sobre as regras***

### *2.1.1. As razões para as regras*

Nos últimos anos estabeleceu-se o pensamento de que os princípios são normas superiores do ordenamento jurídico, porque a sua utilização é moralmente “boa”. Desse modo, é importante demonstrar-se que as regras também asseguram benefícios morais e atuam em funções distintas dos princípios, porém complementares a eles.

Embora exista numa sociedade um acordo sobre determinados valores morais e princípios jurídicos, os indivíduos (ainda que bem intencionados) podem discordar sobre aplicações específicas de tais valores morais, ou podem não estar certos acerca da melhor maneira de realizar os valores compartilhados.<sup>87</sup>

A argumentação com princípios, portanto, gera muitas incertezas, pois estes estabelecem a promoção de um estado ideal de coisas, mas a sua aplicação demanda uma avaliação de correção entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Em menos palavras, há muitas vezes dúvidas quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado.<sup>88</sup> Além disso, frente a um caso concreto podem incidir diversos princípios, o que cria razões conflitantes e dúvidas acerca de como estas razões devem ser ponderadas.<sup>89</sup> Por fim, junto com a falta de clareza sobre o

---

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 7, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>87</sup> ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 9-10.

<sup>88</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

<sup>89</sup> AARNIO & PECZENICK, Law, Morals and Defeasibility, op. cit., p. 305-325.

peso das razões, há falta de clareza a respeito de quais fatos concretos contam como razões para a aplicação de um princípio.<sup>90</sup>

Tendo-se em vista que um dos objetivos do Direito é criar clareza sobre o que as pessoas podem esperar umas das outras, estas fontes de falta de clareza fazem com que seja preferível que o ordenamento jurídico não se construa apenas com princípios.<sup>91</sup> Assim, é possível reduzirem-se os custos morais da divergência e da incerteza, elaborando-se regras jurídicas. O objetivo dessa espécie de norma é diminuir o erro na aplicação do Direito, pois, por meio delas, se limita a capacidade do intérprete de levar em conta uma variedade de considerações potencialmente difíceis e complexas.<sup>92</sup>

As regras servem para resolver problemas de coordenação, deliberação, custo e conhecimento:

De *coordenação*, porque cada destinatário iria sustentar que as suas particularidades e o seu caso demandariam um tratamento diferenciado; de *deliberação*, porque cada novo caso reclamaria uma decisão específica, provocando um aumento considerável de tempo para a tomada de decisões, pela necessidade de uma fundamentação específica para cada novo caso; de *custo*, dada a exigência de maior estrutura humana e física para contínuas deliberações; e de *conhecimento*, porque, inexistindo padrões legais, os destinatários se sentiriam legitimados a considerar como relevantes diferenças que, mediante uma apreciação técnica apurada, talvez nem devessem ser objeto de análise.<sup>93</sup>

Imagine-se, como exemplo, que a sociedade esteja de acordo com o seguinte: dirigir embriagado não é bom. Por conseguinte, poder-se-ia formular a seguinte norma: as pessoas devem evitar dirigir embriagadas. No entanto, cada indivíduo tem uma percepção sobre se está ou não embriagado, e, ao ser parado numa operação policial, pode sustentar, e de fato acreditar, que está sóbrio. Do mesmo modo, cada autoridade pode ter uma percepção diferente do que é estar embriagado. Estes dois fatores resultarão na falta de uniformidade de resposta para cada indivíduo afetado, criando-se um problema de coordenação. Além disso, cada autoridade terá de ponderar, diante de cada nova situação, se o motorista está ou não embriagado e fundamentar a sua decisão, provocando uma deliberação mais lenta e complexa.

---

<sup>90</sup> AARNIO, Aulis & PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. **Ratio Juris** 13.Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, n. 2, p. 309, 2000.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 151.

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

Tal complexidade na deliberação acarretará, por conseguinte, um aumento de custo, na medida em que exigirá um órgão com estrutura e capacidade para, a cada momento, tomar novas decisões. Finalmente, cria-se um problema de conhecimento, porque, inexistindo um padrão legal definindo o que significa *estar embriagado* para fins legais, motoristas e autoridades de trânsito podem tirar conclusões erradas graças à sua falta de técnica no assunto.

Com efeito, para que se assegurem os benefícios morais ligados à segurança jurídica, a sociedade pode optar por formular a seguinte regra: considera-se embriagado quem estiver acima do limite de dois decigramas de álcool por litro de sangue. Estarão resolvidos (ou ao menos substancialmente reduzidos) os problemas de coordenação, deliberação, custo e conhecimento, pois a maioria dos indivíduos (motoristas e autoridades) entenderá a regra de modo uniforme, de maneira que esta poderá ser aplicada sem consideração ao seu propósito subjacente (evitar que as pessoas dirijam quando a sua capacidade de conduzir veículos esteja afetada pelo álcool).

As regras também operam como ferramentas para a *redução da arbitrariedade*. Uma autoridade não limitada por regras tem o poder de levar tudo em consideração, antes de tomar a sua decisão, o que pode gerar abusos. Em contrapartida, uma autoridade limitada por regras perde ao menos parte do poder. No exemplo da autoridade de trânsito, se esta não estiver limitada por regras determinadas, pode levar tudo em consideração; pode, por exemplo, decidir que um motorista está embriagado baseado no fato de estar sonolento e com os olhos levemente caídos. No entanto, estes sintomas podem ser o resultado de horas sem dormir e não ter ligação nenhuma com a ingestão de álcool. Uma autoridade limitada pela regra de que se considera embriagado quem estiver acima do limite de dois decigramas de álcool por litro de sangue, ao contrário, não poderá levar em consideração a aparência dos olhos do motorista, devendo ater-se ao critério objetivo da quantidade de álcool no sangue.

Finalmente, pode-se afirmar que as regras trazem benefícios morais, porque *julgadores imperfeitos*, que atuam num *mundo real* onde as capacidades e as informações são *limitadas*, de um modo geral, tomarão melhores decisões se forem restringidos por regras.<sup>94</sup> Nesta perspectiva, as regras são uma solução para as nossas imperfeições enquanto

---

<sup>94</sup> Sobre a capacidade das instituições e dos intérpretes num mundo real, de informações limitadas, ver: VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** London: Harvard University Press, 2006, p. 6.

juízes,<sup>95</sup> destinando-se, pois, a que, quando sejam satisfeitas as suas condições de aplicação, os juízes excluam o seu juízo pessoal acerca da ponderação de razões aplicáveis ao caso e adotem o conteúdo da regra.<sup>96</sup>

Por todo o exposto, constata-se que as regras, além de moralmente “boas”, “não expressam um único valor, mas uma conciliação entre muitos valores (e os princípios correspondentes)”.<sup>97</sup> *Grosso modo*, uma regra, além de promover o valor que lhe é subjacente, promove também os valores relacionados à segurança jurídica.

### 2.1.2. A generalização inerente às regras e suas consequências: sobreinclusão e subinclusão

Frederick Schauer escreveu o livro *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1998) a partir da ideia central de que as regras são generalizações probabilísticas e, como consequência, sobreinclusivas ou subinclusivas<sup>98</sup> em face de seus propósitos. As regras, para dirimir conflitos, devem prescrever uma dada resposta a uma determinada variedade de circunstâncias.<sup>99</sup> “Para fazê-lo, porém, elas precisam *selecionar* os fatos que serão juridicamente relevantes, incluindo-os na sua descrição legal”.<sup>100</sup> No entanto, ao se afirmar que a resposta fornecida pela regra, do ponto de vista da sua finalidade subjacente, é adequada para alguns ou para a maioria dos casos, também se está dizendo que ela não é necessariamente adequada para todos os casos.<sup>101</sup>

Antes de se investigarem especificamente as regras, cumpre destacar-se que essa “equiparação do que não é idêntico” não é exclusividade das regras, mas inerente a qualquer

---

<sup>95</sup> ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. **The rules of rules — morality, rules and the dilemmas of law**. Durham and London: Duke University Press, 2001, p. 223.

<sup>96</sup> ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho**, 4. ed. Barcelona: Ariel, 2007, p. 35.

<sup>97</sup> PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Nova York: Springer, 2010, p. 66

<sup>98</sup> Traduções livres dos termos em inglês: *over inclusiveness* e *under inclusiveness*.

<sup>99</sup> ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 11.

<sup>100</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 13, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>101</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1999, p. 31.

início de raciocínio. Embora generalizar não seja a totalidade do raciocínio humano, pode-se dizer que a capacidade de esquecer as diferenças e formar conceitos é uma condição para que se dê início à formação do pensamento. Quem enxerga uma pluralidade de seres isolados não vê identidade nem relação entre as coisas, fica perdido nas diferenças e se mostra incapaz de raciocinar. Portanto, apesar da insuficiência da abstração, é exatamente a abstração que possibilita o pensar e a construção de relações entre as coisas. Em especial, a capacidade de abstrair e generalizar permitiu a criação dos sistemas jurídicos e das leis.

O Direito trabalha, então, com “a força criadora da palavra”,<sup>102</sup> que se transforma imediatamente num conceito<sup>103</sup> e é feito para ser interpretado.<sup>104</sup> Conceitos são unidades abstratas criadas a partir de uma combinação única de características, que permitem, pelo estabelecimento de traços comuns, abstraídos de sua factualidade, abarcar uma generalidade de objetos, coisas ou significações, que não são, todavia, idênticos.<sup>105</sup>

Na elaboração das regras jurídicas, a exemplo do que ocorre na formulação dos conceitos, como já se sublinhou, selecionam-se algumas propriedades consideradas juridicamente relevantes e ignoram-se outras. É a omissão do particular que nos dá a regra. Por exemplo, ao fixar-se a idade de 18 anos como início da maioridade legal, seleciona-se um padrão geral para estabelecer o momento em que as pessoas adquirem condições de contrair responsabilidades, direitos e obrigações por conta própria, sem precisar de representação ou assistência. No entanto, não se indaga a maturidade de cada indivíduo; ao contrário, opta-se por abstrair as diferenças que — sabemos — existem entre as pessoas; diferenças que podem significar o seguinte: algumas pessoas abaixo de 18 anos teriam condições de contrair responsabilidades, direitos e obrigações por conta própria e de forma responsável; algumas pessoas acima de 18 anos não deveriam ter esta capacidade. Compreender que essa “falha”, potencial ou real, é uma *característica inerente a qualquer generalização e às regras jurídicas em particular* mostra-se imprescindível para o operador do Direito.

---

<sup>102</sup> Expressão utilizada pela Professora Judith Martins-Costa na aula inaugural da disciplina “Fundamentos Culturais do Direito Privado”, no Mestrado da UFRGS, no segundo semestre de 2009.

<sup>103</sup> Para uma visão sobre o papel dos conceitos no Direito ver: HAGE, Jaap & PFORDTEN, Dietmar Von der. **Concepts in Law**. Dordrecht: Springer, 2009.

<sup>104</sup> Ver: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: University Press, 2009, p. 232.

<sup>105</sup> Karl Larenz, ao explicar a formação dos conceitos, define-os como unidades abstratas, na medida em que “são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de um modo determinado”. Posteriormente, destas notas distintivas “formam-se de imediato conceitos que tornam possível subsumir a elas todos aqueles objetos que apresentem todas as notas recolhidas na definição do conceito”. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 624-625.

Em decorrência do fato de as regras serem elaboradas a partir da “omissão do particular”, elas naturalmente incorporam mais casos do que deveriam, ou deixam de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes.<sup>106</sup> Assim, a sua aplicação produz, em algumas situações, resultados que se situam abaixo da condição de ótimos, os resultados sub-ótimos.<sup>107</sup> Esses resultados são uma contingência da generalidade e podem manifestar-se das seguintes formas: *sobreinclusão* e *subinclusão*.

Vejamos a *sobreinclusão*. Como as regras são feitas com antecedência em relação à sua aplicação, incorporam características que podem, em casos particulares, não produzir a consequência representada pela sua finalidade, ainda que essas características, como um tipo, sejam relacionadas à finalidade.<sup>108</sup> No exemplo citado no tópico anterior, imaginou-se uma sociedade em que as autoridades legislativas formularam a seguinte regra: “Não pode dirigir quem estiver acima do limite de dois decigramas de álcool por litro de sangue”. A finalidade imediata subjacente a esta regra é evitar que pessoas embriagadas dirijam, em razão de estas terem a sua capacidade de conduzir reduzida momentaneamente, o que pode provocar acidentes. Todavia, ao formular esta regra, a autoridade legislativa omitiu o fato de que as pessoas podem apresentar diferentes níveis de tolerância em relação ao álcool. Dessa maneira, se o organismo de algumas pessoas suporta uma quantidade de álcool acima do estabelecido na lei, sem que isso afete a sua capacidade de conduzir,<sup>109</sup> a regra será sobreinclusiva em relação a estas pessoas. A sobreinclusão manifesta-se, portanto, quando a regra engloba casos que não são relevantes para a concretização do seu propósito.

Quanto à *subinclusão*, temos o seguinte raciocínio: como as regras são feitas com antecedência em relação à sua aplicação, não incorporam características que podem, em casos particulares, produzir a consequência representada pela sua finalidade. Em outras palavras, as regras não abrangem todas as situações de fato que irão produzir, em casos particulares, a consequência representada pela justificação àquelas regras.<sup>110</sup> Seguindo-se na análise do

---

<sup>106</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 147.

<sup>107</sup> No mesmo sentido, ver: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 12, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>108</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1999, p. 131-132.

<sup>109</sup> STRUCHINER, **Para falar de regras...**, op. cit., p. 115.

<sup>110</sup> SCHAUER, **Playing by the rules...**, op. cit., p. 32.

exemplo antecedente, a regra “Não pode dirigir quem estiver acima do limite de dois decigramas de álcool por litro de sangue” será subinclusiva se existirem pessoas que tenham afetada a sua capacidade de conduzir mesmo ingerindo uma quantidade de álcool abaixo do estabelecido na regra imaginária. Do mesmo modo, a regra será subinclusiva em relação à finalidade de evitar que pessoas dirijam com a capacidade de conduzir reduzida, porque não abarcará os casos de uso de outras substâncias que também reduzem a capacidade de conduzir, a exemplo de alguns medicamentos de uso restrito ou de drogas ilegais. A subinclusão manifesta-se, em suma, quando as regras deixam de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes.<sup>111</sup>

Com efeito, como as regras selecionam previamente elementos a serem considerados, aqueles elementos por ela não selecionados (ou por ela selecionados em excesso), dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida, não podem ser considerados (ou não podem ser desconsiderados) no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução aquém da ideal.<sup>112e 113</sup>

### 2.1.3. Aspectos a reter

Demonstrou-se que a utilização das regras também é moralmente “boa” e que elas atuam em funções distintas, porém complementares aos princípios. As regras não expressam um único valor, mas uma conciliação entre muitos valores, pois, além de promoverem os valores relacionados às suas finalidades subjacentes, promovem também os valores relacionados à segurança jurídica.

---

<sup>111</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 147.

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 13, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

<sup>113</sup> Além dos fenômenos de sobre e subinclusão (inerente às generalizações e às regras em particular), em determinadas situações, a aplicação da regra ao caso concreto, apesar de promover a sua finalidade, vai de encontro a um princípio — ou a vários — que institui — ou instituem — razões contrárias à sua aplicação. Frederick Schauer chamou este fenômeno de **superabilidade externa**, pois se refere à possibilidade de uma regra ser derrotada por fatores externos a ela (SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1999, p. 118). Nessas situações, um princípio poderá sustentar a superabilidade de dada regra mesmo contra a sua finalidade específica subjacente. Todavia, essas situações de superabilidade externa não são o objeto desta pesquisa, que se restringe à investigação do postulado da razoabilidade como um instrumento para a correção da *generalidade* da norma em razão do caso particular (hipóteses de superabilidade interna).

Contudo, em razão de existirem casos concretos nos quais não há um ajuste perfeito entre a aplicabilidade da regra e a promoção de sua justificação (casos de sobre e subinclusão), surge a questão da possibilidade de superabilidade. A mesma questão aparece na hipótese da aplicação da regra ao caso concreto, apesar de promover a sua finalidade, vai de encontro a princípios que instituem razões contrárias (superabilidade externa). Dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida ela poderá ser ou não superada no momento da sua aplicação. Diferentes modelos de tomada de decisões estão disponíveis, desde a rigidez absoluta até a flexibilidade total, passando-se por modelos intermediários.

Do ponto de vista dessa pesquisa, a questão crucial não é a possibilidade de superação das regras jurídicas, pois, de um lado, qualquer norma (regra ou princípio) possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões entendidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto.<sup>114</sup> De outro lado, o postulado da razoabilidade revela-se um instrumento para a superação da norma em razão do caso particular. A questão crucial é encontrarem-se critérios intersubjetivamente controláveis para a aplicação da razoabilidade, viabilizando-se uma superação restrita e intersubjetivamente controlável.

Uma vez que esse postulado reflete o modo como o operador do direito irá lidar com as insuficiências das generalizações frente a casos concretos, envolvendo questões de teoria geral do direito e incidindo diretamente no modelo interpretativo adotado, analisar-se-ão de forma sucinta e crítica os diferentes modelos de tomada de decisões. O objetivo é verificar-se a compatibilidade do postulado da razoabilidade com cada modelo, bem com a possibilidade de ele estruturar a interpretação e a aplicação das demais normas de modo compatível com a Constituição.

---

<sup>114</sup> Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59; AARNIO, Aulis. **Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics**. London: Cambridge University Press, 1997, p. 176; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2009, p. 66.

## 2.2. Os modelos de decisão e suas respostas à possibilidade de superação de regras

### 2.2.1. O modelo particularista

O modelo particularista, como o próprio nome revela, é focado na melhor solução para a situação particular. Assim, as regras são meras representações sobre ou subinclusivas de propósitos mais profundos. Devem ser consideradas como simples guias para a aplicação de seus propósitos subjacentes.<sup>115</sup> Nos casos em que não há um ajuste perfeito entre a aplicabilidade da regra e a promoção de sua justificação, a regra não oferecerá nenhuma resistência.

Com efeito, é sempre a justificação subjacente a regra que guia a decisão.<sup>116</sup> Para a regra, portanto, não se reconhece nenhum peso próprio ou independente;<sup>117</sup> ela é considerada como uma *janela aberta* em relação ao seu propósito. Em outras palavras, valoriza-se o fim subjacente à norma, mas não a escolha do meio para o concretizar, visto como mero exemplo.

#### 2.2.1.1. Abordagem crítica

Juan Carlos Bayón alerta para a ideia de que raciocinar segundo o modelo particularista não significa simplesmente ponderar *todas* as razões, na medida em que as próprias regras aplicáveis ao caso isolado atuam delimitando o âmbito de razões relevantes (suas justificações subjacentes) a serem consideradas na tomada de decisão.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 77.

<sup>116</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 19, p. 151, 1996.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Ibid., p. 151-152.

Apesar disso, quando as condições previstas pelas regras se tornam ilimitadamente maleáveis em face de suas justificações subjacentes, as regras perdem a sua principal característica: a maneira pela qual uma decisão do passado controla o futuro.<sup>119</sup> Por conseguinte, o modelo particularista não considera que as regras não expressam apenas o valor relativo à sua finalidade, mas também uma conciliação entre muitos valores relacionados à segurança jurídica. No momento em que se deixa de atribuir peso ao princípio da segurança jurídica que suporta as regras, chega-se ao fim da sua validade.<sup>120</sup> Regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.<sup>121</sup> Além disso, retira-se a eficácia mínima do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes. Isto porque “a diferenciação de funções pressupõe a existência de regras. Se regras nunca fossem levadas a sério, nenhum tipo de decisão poderia ser tomada previamente por um outro órgão qualquer, cabendo, na verdade, sempre àquele que tem a última palavra”.<sup>122</sup>

O dever de seguir as regras passa, portanto, pela compreensão de suas funções no ordenamento jurídico, não somente pela análise da melhor solução para o caso isolado. O modelo particularista é, especialmente, inadequado em face do teor da Constituição Brasileira de 1988, que possui alguns princípios e diversas regras. Se um ordenamento é composto por regras e princípios, via de consequência lógica, ele rejeita o modelo particularista, pois este permite a total desconsideração do que é estabelecido pelas regras.

### 2.2.2. *O modelo baseado em regras ou formalista*

O modelo baseado em regras ou formalista, quando se depara com casos em que não há um ajuste perfeito entre a aplicabilidade da regra e a promoção de sua justificação, rejeita uma contínua revisão das regras à luz dos seus propósitos subjacentes.<sup>123</sup> Nesse modelo,

---

<sup>119</sup> SCHAUER, **Playing by the rules...**, op. cit., p. 82.

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 167.

<sup>123</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 78.

sempre a regra é que guia a decisão, ainda que a sua aplicação não sirva de promoção à sua finalidade.<sup>124</sup> Com efeito, como a regra não é maleável em face de sua finalidade, torna-se resistente (*entrenched*),<sup>125</sup> *opaca* em relação à sua justificação.

Conforme explica Noel Struchiner, nessa perspectiva, “uma regra jurídica funciona como aquilo que Joseph Raz<sup>126</sup> intitula como uma razão protegida (excludente)”.<sup>127</sup> Para Joseph Raz, uma norma seria a combinação de uma razão de primeira ordem para se realizar determinada conduta e uma razão excludente que afasta razões de primeira ordem conflitantes.<sup>128</sup> Razões excludentes, desta forma, determinam que certas razões aplicáveis ao caso sejam excluídas do processo de decisão. Os conflitos entre uma razão de primeira ordem e uma razão excludente de segunda ordem não são resolvidos pela força das razões em conflito, mas por um princípio geral de razão prática que determina que as razões excludentes, quando em conflito com razões de primeira ordem, sempre prevaleçam.<sup>129</sup>

Uma regra que determinasse: “A aula começa às oito horas”, por exemplo, seria uma mistura de uma razão de primeira ordem para a aula começar no horário determinado e uma razão de segunda ordem para excluir outras razões que pesariam a favor de que a aula, num certo dia, começasse num outro horário (por exemplo, o fato de a turma ter realizado uma festa no dia anterior e os alunos estarem muito cansados para chegar às 8 horas), ou, ainda, que determinados alunos estivessem legitimados a chegar atrasados por alguma razão considerada relevante (por exemplo, uma greve de determinada empresa de ônibus).

---

<sup>124</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 19, p. 151, 1996.

<sup>125</sup> SCHAUER, **Playing by the rules**..., op. cit., p. 42.

<sup>126</sup> Ao tratar dos Tribunais e outros órgãos judiciais, que têm o poder de determinar a situação normativa de indivíduos específicos, Joseph Raz afirma que existe a possibilidade de estes órgãos julgarem uma determinação como obrigatória para um propósito, mas não para outros (RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**, 2. ed. Oxford: University Press, 2002, p. 136). Esta passagem do livro *Practical Reasons and Norms* indica uma abertura na sua doutrina para que o Poder Judiciário possa decidir pela superabilidade de uma regra em dado caso concreto. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que, para este autor, embora os indivíduos devam compreender as regras como razões excludentes, o Poder Judiciário poderia flexibilizá-las em determinada situação concreta. Com efeito, do ponto de vista desta pesquisa, a doutrina de Joseph Raz, embora entenda as regras como razões excludentes, não defende que o Poder Judiciário *sempre* deva adotar um modelo de tomada de decisões formalista ou baseado em regras.

<sup>127</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 163.

<sup>128</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 89.

<sup>129</sup> RAZ, Joseph. **Practical Reasons and Norms**. 2ª ed. Oxford: University Press, 2002, p. 37.

O Direito, na visão formalista, é a totalidade dessas regras que fornecem razões excludentes. Com efeito, “o sistema jurídico como um todo é diferente de outras esferas normativas e exclui a possibilidade de acesso às razões que seriam perfeitamente plausíveis em outros âmbitos de tomada de decisões”.<sup>130</sup>

### 2.2.2.1. Abordagem crítica

Como se pôde perceber, “os adeptos do modelo formalista aceitam, conscientemente, que a sua opção por entrincheirar regras, que são apenas generalizações prescritivas probabilísticas, gera, necessariamente, certa quantidade de resultados sub-ótimos”.<sup>131</sup> Os fundamentos para a adoção de um modelo formalista, no entanto, estão relacionados à constatação, anteriormente citada, de que as regras trazem benefícios morais porque *juízes imperfeitos*, que atuam num *mundo real* onde as capacidades e as informações são *limitadas*, de um modo geral, tomarão melhores decisões se forem restringidos por regras entendidas como razões excludentes.<sup>132</sup>

A adoção deste modelo, ao conferir cem por cento de peso ao princípio da segurança jurídica, esquece-se, no entanto, de que o Direito também visa a alcançar a justiça particular (isto é, nos julgamentos também se devem levar em consideração as particularidades do sujeito atingido). Além disso, como ressalta Noel Struchiner:

Não existe nenhum motivo para acreditar que o modelo formalista é o modelo mais adequado para todas as esferas ou ambientes de tomada de decisões jurídicas. É possível, por exemplo, que uma sociedade não queira que os policiais tenham a capacidade de deliberar acerca das justificativas subjacentes às regras em cada momento de aplicação das mesmas, porque não teriam condições de entender as razões que explicam a sua existência, ou porque, em função do cargo que ocupam, não teriam a isenção necessária para avaliar essas razões. Por outro lado, é possível que a mesma sociedade confie amplamente nos juízes das cortes superiores. Nesse caso, a existência de um modelo particularista seria mais adequada. O ponto é que a escolha por um ou outro modelo é contextual.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> STRUCHINER, **Para falar de regras...**, op. cit., p. 163.

<sup>131</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 163.

<sup>132</sup> Nesse sentido, ver: VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. London: Harvard University Press, 2006, p. 6.

<sup>133</sup> STRUCHINER, **Para falar de regras...**, op. cit., p. 165.

Bayón alerta para o fato de que, se um agente constata que o devido, com todas as coisas consideradas, não coincide com o exigido por uma regra, e não obstante decide segui-la, a sua decisão só pode ser classificada como o produto de uma irracional reverência à regra.<sup>134</sup> Este comentário deve ser entendido com temperamentos, pois o dever de seguir as regras, como reiteradamente mencionado, passa pela compreensão de suas funções no ordenamento jurídico, não somente pelo caso concreto. No entanto, optar previamente por sempre aplicar uma regra, independentemente da anormalidade do caso isolado, da intensidade do sacrifício aos direitos fundamentais do atingido e do peso das razões contra esta aplicação, é, no mínimo, questionável racionalmente.

### 2.2.3. *O modelo particularista sensível às regras*

O terceiro modelo é o particularista sensível às regras. Neste modelo, não só se presta atenção às justificações subjacentes às regras, mas também às justificações pelas quais elas são positivadas desta maneira.<sup>135</sup> As justificativas para se ter uma regra giram em torno do reconhecimento de que a aplicação direta da finalidade da regra traz incerteza excessiva para aqueles que têm a sua conduta regulada pela norma.<sup>136</sup> Como elucida Noel Struchiner:

As justificações geradoras de regras são razões para se formular como regra aquilo que se pretende alcançar: o bem que se pretende promover ou o mal que se quer evitar; ao invés de disponibilizar diretamente a justificação substancial. As razões formais que fundamentam a escolha pela instanciação da justificação são colocadas em termos de certeza, segurança e previsibilidade.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 19, p. 145, 1996.

<sup>135</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 19, p. 152, 1996.p. 152.

<sup>136</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 94.

<sup>137</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 169.

Para os adeptos deste modelo de tomada de decisão, o intérprete deve, no caso concreto, ponderar as razões pelas quais determinada norma foi formulada como regra (valores relacionados, sobretudo, à segurança jurídica), as razões substanciais para determinada regra (finalidade subjacente), bem como outras razões que pesem contra a aplicabilidade da regra. Caso o intérprete considere as razões geradoras das regras mais relevantes do que as razões substanciais que pedem pela não aplicação da regra, ele irá aplicar a regra ao caso isolado. Mesmo indo de encontro a princípios que instituem razões contrárias (falibilidade externa), ou não realizando a finalidade substancial subjacente à regra (hipótese de sobreinclusão). Ocorrendo o inverso, ou seja, se o intérprete entender que, no caso isolado, as justificações substanciais preponderam sobre as razões geradoras das regras, aquelas serão aplicadas em detrimento da aplicação da regra que incide no caso.

Jaap Hage parece adotar este modelo de decisão ao mencionar que “uma regra somente poderá ser aplicada se as razões para a sua aplicação forem consideradas mais relevantes do que as razões contra a sua aplicação”.<sup>138</sup> Assim, o valor das regras é levado, sim, em conta, mas é a ponderação de razões entre as justificações substanciais subjacentes às regras e as razões para se ter estas regras que guiará as decisões.<sup>139</sup> A força das regras, portanto, irá variar em cada caso.

### 2.2.3.1. *Abordagem crítica*

Quem defende o modelo particularista sensível às regras argumenta que ele conduz os intérpretes a seguir precisamente o que determinam as regras, mas apenas quando tal comportamento deve ser adotado.<sup>140</sup> Explicita-se que a regra é uma generalização e, portanto, ao menos potencialmente, sobre ou subinclusiva em relação à sua finalidade subjacente.

Sem dúvida, este é um modelo racional. Todavia, ele torna o processo de decisão mais complexo e sofisticado, o que exige juízes mais qualificados e com mais tempo para

---

<sup>138</sup> HAGE, Jaap. **Studies in legal logic**. Holanda: Springer, 2005, p. 89. Este livro é baseado em artigos que o autor escreveu após publicar o livro **Reasoning with rules. An essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer, 2010.

<sup>139</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 19, p. 152, 1996.p. 152.

<sup>140</sup> ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 61.

decidir, aumentando assim o custo das decisões e diminuindo a celeridade. Deste modo, talvez se incida no mesmo erro cometido pelo particularista puro: superestima-se a capacidade das instituições e dos intérpretes num mundo real, de informações limitadas. Ao delegar o resultado das decisões a uma *ponderação* de razões a cargo do intérprete (*sem critérios predefinidos*), o modelo particularista sensível às regras aumenta drasticamente as oportunidades para que se cometam equívocos.

Finalmente, o particularista sensível às regras esquece que estas também possuem a função de *alocar poder*, ou melhor, fixar que determinadas decisões devem ser tomadas por uma instituição específica, e não deixadas para uma ponderação de razões a cargo de outra instituição.

#### 2.2.4. O modelo positivista presumível

No modelo positivista presumível, os limites oferecidos pelas regras são presumíveis, ao invés de absolutos, fornecendo, assim, algum limite, ao mesmo tempo em que permite a possibilidade de *superação das regras*, em circunstâncias particularmente fortes.<sup>141</sup> Comparar este modelo com o particularista sensível às regras é um bom modo de o explicar.

No particularista sensível às regras, a cada novo caso, o juiz olha *diretamente* para a razão substancial subjacente às regras e para as razões geradoras das regras (relacionadas, sobretudo, à segurança jurídica). No positivista presumível, “as regras jurídicas (...) têm uma força presumida, mas não são necessariamente conclusivas. Elas elevam o limiar de força requerido para que sejam capazes de ser derrotadas, mas esse limiar é constante e a força da regra não varia em cada novo caso, conforme ocorre no particularista sensível às regras”.<sup>142</sup> Outro modo de se explicar o modelo é afirmar-se que as regras “funcionam como razões excludentes, mas não razões excludentes peremptórias”.<sup>143</sup> Caso se verifiquem circunstâncias

---

<sup>141</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 196.

<sup>142</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 171.

<sup>143</sup> Ibid.

particularmente fortes, a regra é derrotada. Porém, mantém-se como uma regra com força presumida para a generalidade dos casos.

Um exemplo pode ilustrar o assunto:

Jill estabelece uma regra para si mesma de que agora em diante só vai passar férias em Paris. ‘Passar férias em Paris’ é uma regra excludente e subinclusiva na medida em que deixa de fora certos fatores que poderiam ser relevantes para que Jill escolhesse onde passar as férias. Um belo dia, Jill se depara com uma notícia de que uma rede de hotéis nos Alpes austríacos está com uma promoção de um pacote por dez dólares a noite, um valor dramaticamente inferior aos cem dólares que paga pelo pernoite em Paris. (...) Jill pode considerar que se trata de um negócio tão vantajoso que a exclusão da possibilidade de se levar em consideração o preço dos hotéis para avaliar o local onde passará férias é superada.<sup>144</sup>

Note-se que a regra foi superada em virtude de *circunstâncias particularmente dramáticas*. Em outras ocasiões, mesmo tendo conhecimento de lugares atrativos e um pouco mais baratos em outros países, Jill não realizou o cálculo do particularista sensível às regras para reavaliar a sua regra sobre o local em que passaria as férias.

O modelo positivista presumível tem a vantagem de permitir ao julgador dar uma olhada em toda a gama de fatores disponíveis para determinar se, diante do caso concreto, estes fatores podem fornecer um razão de força excepcional para superar a *eficácia preliminarmente decisiva* das regras.<sup>145</sup> No entanto, o grau de resistência oferecido pela regra é maior do que no modelo particularista sensível às regras. Há uma *prioridade* para o resultado gerado pela regra.<sup>146</sup> A palavra “presumível” refere-se, portando, à presunção de que deve ser realizado o previsto pelas regras, e em especial ao grau de força relativo à aplicação da regra, que, além não variar, só cede se *razões particularmente severas* pedirem pela sua não aplicação.<sup>147</sup>

Frederick Schauer defende este modelo de tomada de decisão, porque os julgadores que o adotam não superam uma regra quando acreditam que esta tenha produzido um resultado errado ou sub-ótimo no caso concreto, mas, ao invés, quando, e somente quando, as razões para a superabilidade da regra são entendidas pelo intérprete como particularmente

<sup>144</sup> Ibid., p. 172.

<sup>145</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991, p. 196. Sobre a eficácia preliminarmente decisiva das regras, que significa que elas preexcluem a livre ponderação principiológica ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

<sup>146</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**..., op. cit., p. 196.

<sup>147</sup> Ibid., p. 203.

fortes.<sup>148</sup> Em suma, o positivista presumível aceita que a aplicação das regras resultará, em algumas situações, em resultados sub-ótimos. Contudo, considera que este “é o preço a ser pago para preservar a função de alocação de poder das regras”.<sup>149</sup> O ponto forte deste modelo é a valorização da *eficácia preliminarmente decisiva* das regras, ao mesmo tempo em que evita “os resultados absurdos de um modelo de regras puro”.<sup>150</sup>

#### 2.2.4.1. Abordagem crítica

A primeira crítica que se pode fazer ao modelo positivista presumível diz respeito ao fato de ele tolerar resultados sub-ótimos em determinados casos concretos. No entanto, estes resultados, como já se explicou, são uma contingência da generalidade e, segundo esta pesquisa, ao menos em algum grau, justificam-se pelas *razões geradoras das regras*. Por conseguinte, a regra só deveria ser superada no caso concreto se *razões particularmente severas* apoiarem a sua não aplicação.

Todavia, a grande deficiência do positivismo presumível é não apresentar critérios para o que seja um erro particularmente severo que justifique uma superação de regra. Ao deixar isto em aberto, este modelo abre as portas para o mesmo grau de decisionismo proporcionado pelo particularismo. Isto porque permanece a possibilidade de o sujeito atingido pela regra, ou o julgador, errar ao aplicar a presunção fornecida por ela.

#### 2.2.5. Tomada de posição

Defende-se, nesta pesquisa, a ideia de que o positivismo presumível é o modelo que deve ser adotado. As principais razões para isto são as seguintes: a) ao considerar as regras como razões excludentes, mas não razões excludentes peremptórias, este modelo não torna o

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 204.

<sup>149</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 172.

<sup>150</sup> Ibid.

processo de decisão tão complexo e sofisticado, como faz o modelo do particularismo sensível às regras, ao mesmo tempo em que evita os resultados absurdos; b) o modelo do positivismo presumível também não exige juízes tão mais qualificados e com tempo ilimitado para decidir, o que aumentaria o custo das decisões e diminuiria a celeridade; c) é o modelo que melhor compreende e preserva a função das regras jurídicas de *alocar e controlar poder*, ou melhor, fixar que determinadas decisões devem ser tomadas por uma instituição específica, e não deixadas para uma ponderação de razões a cargo de outra instituição; e d) permite que as regras jurídicas efetivamente cumpram a sua função de reduzir problemas de coordenação, deliberação, custo e conhecimento.

Todavia, a questão crucial não é simplesmente o modelo interpretativo adotado pelo julgador, mas sim o estabelecimento de critérios intersubjetivamente controláveis para a superação da norma no caso atípico, ou seja, balizar o que se pode intitular como “razões particularmente severas”.

### ***2.3. A razoabilidade e as dimensões da igualdade***

Esta pesquisa tem por objeto o estudo da razoabilidade como um instrumento que atua para se explicar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. No modo aqui proposto, a razoabilidade permite alcançar-se o *equilíbrio* no campo de tensão entre individualidade e generalidade, estando muito ligada ao princípio da igualdade. Com efeito, para se formular uma teoria constitucional deste postulado, é fundamental entendermos que a igualdade não possui apenas uma dimensão, mas várias.

#### ***2.3.1. Igualdade perante a lei e igualdade na lei***

*Igualdade perante a lei* significa um dever de igualdade na aplicação do Direito. Em outras palavras, “as leis devem ser executadas sem consideração à pessoa”.<sup>151</sup> Esta fórmula

---

<sup>151</sup> ANSCHÜTZ, Gerhard . **Die Verfassung des deutschen Reiches**. 14ª ed. Berlin: Stilke, 1993, p. 523, *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 394.

exige que “toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas”.<sup>152</sup> Trata-se aqui da concepção formal, introduzida pelo Estado Liberal, que, no âmbito do direito tributário, implica que “os cidadãos, e os contribuintes em particular, devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção. Uma lei não pode ser aplicada de um modo para um contribuinte e de outro, para outro contribuinte”.<sup>153</sup>

A seu turno, a *igualdade na lei* impõe que a própria lei trate por igual a todos.<sup>154</sup> Este último aspecto, com base nos ensinamentos de Aristóteles, tem sido entendido como “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.<sup>155</sup> A igualdade na lei é necessária, porque “a lei, embora aplicada de modo uniforme, pode conter uma distinção arbitrária em seu conteúdo”.<sup>156</sup> Com efeito, quanto ao seu enfoque substantivo, a igualdade “é ferida quando não se encontra um fundamento racional, material ou derivado da natureza das coisas para a diferenciação”.<sup>157</sup> A igualdade, focada na perspectiva material, foi o alicerce sobre o qual se desenvolveu o Estado Social. O Estado Democrático de Direito, por certo, aproveita-se destas duas concepções de igualdade — formal e material.

### 2.3.2. *Igualdade geral e igualdade particular*

O problema da *igualdade geral* surge a partir da constatação de que a aplicação do Direito é realizada por instituições falíveis, por meio de indivíduos que não possuem tempo ilimitado para analisar cada caso concreto, como se pressupõe, muitas vezes, no plano teórico. Assim, surge a importante questão de se saber quais as diferenças entre as pessoas que devem

---

<sup>152</sup> ALEXY, op. cit., p. 394.

<sup>153</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74.

<sup>154</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 426.

<sup>155</sup> Ver essa análise em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo do princípio jurídico da igualdade**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10.

<sup>156</sup> WESTEN, Peter. **Speaking of equality. Na analysis of the rhetorical force of “equality” in moral and in legal discourse**. Princeton: Princeton University, 1990, 76, *apud* ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, op. cit., p. 74.

<sup>157</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

ser tomadas em consideração. Por certo, se isto ficasse a cargo dos aplicadores do Direito, produzir-se-iam incerteza jurídica e, provavelmente, desigualdade, na medida em que não haveria um padrão geral que valesse para todos, nem sequer um padrão geral que fosse aplicado por todos.

A partir desta circunstância, é justamente para reduzir a incerteza jurídica e a potencial desigualdade na aplicação do Direito que surgem as regras,<sup>158</sup> pois uma ordem jurídica preocupada com a busca da justiça individual pode conduzir ao resultado oposto, por deficiências inultrapassáveis na sua aplicação e execução.<sup>159</sup> Todavia, como se constatou no capítulo anterior, uma característica das regras é o fato de elas serem tanto sobreinclusivas quanto subinclusivas, o que, em casos particulares, pode gerar uma aplicação injusta da lei.

A título de exemplo, imagine-se que exista uma regra estabelecendo um limite máximo para a dedução de despesas com saúde do dependente para fins de apuração do imposto de renda. A partir desta situação, imagine-se que há um caso particular no qual uma pessoa, em razão de o seu dependente ter uma doença rara, gasta muito mais com a sua saúde do que o limite permitido por lei, apenas, para que o seu dependente permaneça vivo. A finalidade da regra era estabelecer um valor que abrangesse os gastos necessários para a saúde mínima dos dependentes, mas ela não abrange o caso em tela. Neste caso, a regra é subinclusiva em relação à sua finalidade e gera, aqui, uma aplicação que contraria a finalidade da própria norma.

Fácil perceber-se que...

... a ideia de igualdade individual, enquanto manifestação da justiça particular, vem à tona bem aqui. Por ser geral, a lei operou com classes de contribuintes e, por isso mesmo, selecionou algumas propriedades em detrimento de outras, por meio da fixação de padrões legais, de que são exemplos as tabelas, pautas ou plantas de valores. Ao fazê-lo, desconsiderou determinadas particularidades dos contribuintes.<sup>160</sup>

Com efeito, a *igualdade particular* exige, justamente, que as pessoas sejam consideradas com atenção às suas particularidades. Justa, portanto, é aquela decisão que considera as especificidades do caso concreto.

---

<sup>158</sup> SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003, p. 53.

<sup>159</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 620.

<sup>160</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 79.

Na verdade, há em todas as regras uma incompatibilidade potencial com a realidade, e, por conseguinte, a possibilidade de serem afetados a igualdade particular e os direitos fundamentais do atingido pela regra. Todavia, atribuir à regra, originalmente insuperável, um caráter relativo, tornando-a superável, afeta o princípio da *segurança jurídica*, que pesa contra a flexibilização.

Com efeito, as regras fomentam a igualdade (geral), mas ao mesmo tempo a afetam (igualdade particular); são instrumentos para a atingir, mas ao mesmo tempo impedem a sua plena realização. As regras, portanto, propiciam condições imprescindíveis para se alcançar a igualdade geral, mas se contrapõem à igualdade particular.<sup>161</sup> O postulado da razoabilidade, numa de suas acepções, surge então como *condição* de aplicação das regras, exigindo uma relação entre a justiça geral e a particular, e impondo, por vezes, a harmonização da regra com o caso concreto.<sup>162</sup>

No entanto, este postulado não poderá ter uma aplicação ampla, no sentido de fazer com que, sempre, a justificação subjacente à regra guie a decisão, sob pena de anular os benefícios morais das regras. Deverá ter, então, uma aplicação *restrita* — restrita porque uma decisão orientada pelo postulado da razoabilidade só poderá ser proferida quando ocorra o preenchimento de requisitos materiais e procedimentais. Nesta hipótese, uma regra será superada no caso concreto porque razões *particularmente severas* pedem pela sua não aplicação, ao mesmo tempo em que o princípio da segurança jurídica e a igualdade geral não são substancialmente afetados.

#### ***2.4. A dimensão normativa do postulado da razoabilidade como superação***

Os princípios podem ser definidos como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. Fundamentos e limites constitucionais da simplificação tributária: uma análise sistemática à luz dos aportes doutrinários e jurisprudenciais alemães. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p. 74, 2007.

<sup>162</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

<sup>163</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78-79.

Com efeito, eles determinam a adoção das condutas que levem à realização dos fins por eles estabelecidos.

Já as regras podem ser definidas como:

... 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 subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>164</sup>

Deste modo, elas estabelecem condutas que são permitidas, proibidas ou obrigatórias. Tanto os princípios quanto as regras são o próprio objeto da aplicação.

Identifica-se a razoabilidade como uma *norma metódica*, que, na concepção objeto dessa pesquisa, serve para estruturar a aplicação de outras normas, notadamente das regras, permitindo-se a consideração do aspecto individual dos casos, o que pode levar à criação de hipóteses de exceção à regra geral.

Com efeito, a razoabilidade não é propriamente o objeto da aplicação, mas estabelece a maneira de aplicação de outras normas. Em razão disso, sempre haverá uma regra (da qual se cogitará a superação, no caso concreto) e princípios (alguns apoiando a aplicação, e outros, a derrotabilidade da regra) por trás da aplicação da razoabilidade como equidade. A partir desta circunstância, a razoabilidade como equidade enquadra-se na categoria dos *postulados normativos aplicativos*, que, como já mencionado, são “normas metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras através da imposição de relações entre elementos com base em determinados critérios”.<sup>165</sup>

#### 2.4.1. Mandado geral

O mandado geral do postulado da razoabilidade como instrumento para a superação das normas diz respeito à exigência da “consideração do aspecto individual do caso nas

---

<sup>164</sup> Ibid., p. 78.

<sup>165</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”.<sup>166</sup> Em outras palavras, a avaliação das circunstâncias pessoais do sujeito atingido deve ser levada em conta na aplicação das regras gerais e abstratas aos casos atípicos (que se desviam do padrão adotado pela regra). Com isso, o postulado propicia um efeito compensatório no campo de tensão entre justiça individual e justiça geral.

Note-se que este postulado não irá sempre permitir a criação de uma hipótese de exceção à regra geral, porque não é um princípio que pesa sempre a favor da justiça particular, mas um postulado que exige um determinado equilíbrio entre o individual e o geral.

#### *2.4.2. Os critérios da razoabilidade*

Para compatibilizar flexibilidade (justiça particular) e rigidez (justiça geral), é necessário que sejam estabelecidas diretrizes para se determinar quando pode ocorrer a superabilidade de uma norma. Estas diretrizes devem estar relacionadas à realização de princípios jurídicos e à tutela dos bem jurídicos envolvidos no caso concreto.

Humberto Ávila desenvolveu um modelo bidimensional em que estabelece as condições materiais e procedimentais para que uma regra, apesar de incidir, deixe de ser aplicada ao caso concreto. Em que pese o autor não ter desenvolvido este modelo como parte do postulado da razoabilidade, entende-se que estas condições podem ser desenvolvidas para se tornarem, justamente, os parâmetros de aplicação deste postulado. Com efeito, visa-se a corrigir dois problemas: em primeiro lugar, o postulado da razoabilidade passa a ter efetivos parâmetros de controle, intersubjetivamente controláveis, e, com isso, deixa de se caracterizar como mero reenvio a um cânone de justiça. Em segundo lugar, a presente pesquisa deixa de meramente exaltar a necessidade de superação nos casos atípicos e passa à tentativa de expor diretrizes inteligíveis com o objetivo de guiar os intérpretes.

---

<sup>166</sup> Ibid., p. 154.

### 2.4.2.1. Critérios materiais

Ciente de que as regras asseguram benefícios morais e atuam em funções essenciais para o Direito (resolvendo problemas de coordenação, deliberação, custo, conhecimento e redução da arbitrariedade), Humberto Ávila diz que haverá “tanto mais possibilidade de superação de uma regra quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar”.<sup>167</sup> Trata-se de uma análise pragmática, na medida em que a utilização da razoabilidade como superabilidade pode, em face da dificuldade aplicativa que lhe é inerente, reduzir ou até mesmo anular as vantagens da utilização das regras.<sup>168</sup>

A partir desta circunstância, o autor estabeleceu dois requisitos materiais cumulativos para a superação da regra no caso concreto: a) *não comprometimento da finalidade específica* (valor substancial) *subjacente à regra*: a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica a promoção da finalidade específica subjacente à regra; e b) *não restrição do valor formal* (segurança jurídica) *sobrejacente às regras*: a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, é motivada por uma situação particular que não será facilmente reproduzível ou alegável por outros afetados, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação.<sup>169</sup>

Um exemplo pode explicitar este modelo. Uma regra condicionava a manutenção do contribuinte num programa de parcelamento à inexistência de recolhimentos em atraso das parcelas. Com efeito, os contribuintes não poderiam deixar de recolher as parcelas mensais ou de as recolher a menor, sob pena de exclusão (hipótese da regra).

Num caso concreto, uma empresa efetuou recolhimentos irregulares (em valores menores) e foi, por esse motivo, excluída do programa, sem a oportunidade de regularizar os pagamentos. Todavia, de um lado, os valores recolhidos a menor eram irrisórios frente aos valores já recolhidos ao programa de parcelamento. De outro lado, o contribuinte, assim que soube da irregularidade, complementou os pagamentos, com juros e correção monetária. Com efeito, o Poder Judiciário determinou a reinclusão do contribuinte no programa de parcelamento. Neste caso, o fato previsto pela hipótese da regra ocorreu (recolhimentos

---

<sup>167</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

<sup>168</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle da proporcionalidade das desigualdades de tratamento. **Revista Tributária e das Finanças Públicas**, vol. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68, 2007.

<sup>169</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, op. cit., p. 116.

irregulares), mas a consequência do seu descumprimento (exclusão do programa) foi afastada porque a falta de adoção do comportamento determinado pela regra não comprometeria a sua finalidade subjacente (estímulo ao adimplemento da dívida fiscal). Além disso, a norma concreta de decisão divergente da hipótese da regra não afetaria a segurança jurídica, pois a circunstância particular (pagamentos a menor de valor irrisório) não seria facilmente alegada pelos demais contribuintes que simplesmente deixassem de pagar as parcelas, na medida em que o pagamento a menor de valor irrisório dependeria de efetiva comprovação.

Os critérios acima são importantes na medida em que deixam claro que a superação das regras é originada por uma criteriosa ponderação de razões, em que *o princípio da segurança jurídica exerce papel fundamental*.

Quanto ao critério da “não restrição do valor formal subjacente às regras”, concorda-se com Humberto Ávila que a decisão individualizada, que afaste a aplicação de determinada regra ao caso concreto, deve ser motivada por uma situação particular *atípica*, ou seja, que não será facilmente reproduzível ou alegável por outros afetados, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação.<sup>170</sup>

Todavia, do ponto de vista desta pesquisa, o critério da “*não restrição do valor formal subjacente às regras*” não tem como consequência a impossibilidade de universalização da solução excepcional para os casos atípicos, senão a impossibilidade de criação de hipóteses de exceção para casos substancialmente regulares.<sup>171</sup> Com efeito, “a exceção há de ser inserida nos termos gerais da regra, mediante um processo de universalização, dentro do qual os demais ‘destinatários normativos’ — em casos atípicos semelhantes ao caso excepcional — podem e (devem) se beneficiar da mesma solução conseguida no julgamento ‘excepcional’”.<sup>172</sup>

Levando-se em conta, especificamente, *a finalidade específica* (valor substancial) *subjacente à regra*, é preciso salientar a ideia de que as regras buscam promover finalidades específicas subjacentes diversas. Por exemplo, algumas regras “dizem respeito à promoção da saúde e da educação (por exemplo, limite de dedução do imposto de renda)”,<sup>173</sup> enquanto

---

<sup>170</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

<sup>171</sup> Sobre a universalização da solução ver: MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 91. (“... *the exception is a valid one only if it in turn has the same universal quality. We have to be dealing with some additional set of relations such that this in turn, if repeated, would be taken to justify the same exception in a similar future case.*”).

<sup>172</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 86.

<sup>173</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

outras “dizem respeito à proteção da propriedade e da locomoção (por exemplo, tabela de valores dos veículos automotores)”.<sup>174</sup> Deste modo, o grau de resistência não pode ser igual para todas as regras; ele deve variar de acordo com a importância da realização da finalidade específica (valor substancial) subjacente e conexa.<sup>175</sup> Duas regras argumentativas, formuladas por Humberto Ávila, complementam o primeiro critério material: (a.i) quanto mais importante for a finalidade subjacente à regra, tanto menor deverá ser a sua resistência à superação. As finalidades são mais importantes, por exemplo, quando correspondem a princípios fundamentais ou a princípios que exercem função de suporte para a compreensão de outros princípios.<sup>176</sup> Assim, por exemplo, a regra que estabelece o limite de dedução de despesas com educação (em conexão com a dignidade humana) deverá ter um grau de resistência menor que o limite de dedução de despesas com doações para o estímulo à cultura; e (a.ii) quanto mais importante for o bem jurídico valorizado pela regra para determinado princípio, tanto menor deverá ser sua resistência à superação.<sup>177</sup> Os princípios impõem fins a serem atingidos, cuja realização depende de bens jurídicos, “sendo alguns essenciais, outros muito importantes e outro meramente desimportantes”.<sup>178</sup> Por exemplo, “o princípio da liberdade de exercício de liberdade econômica impõe a realização de um estado de independência, autonomia e previsibilidade no desempenho da atividade empresarial, para cuja obtenção é essencial a possibilidade de vender o produto e manter aberto o estabelecimento, sem obstáculos; é muito importante poder fixar os preços sem embaraços; e é importante ser capaz de estabelecer estratégias de propaganda sem restrições”.<sup>179</sup> O princípio da proteção à saúde, por sua vez, impõe a realização de um estado de bem-estar físico, mental e social, para cuja obtenção é essencial o acesso a medicamentos e tratamentos médicos que preservem a vida; é muito importante o acesso a medicamentos e tratamentos médicos que curem doenças que possam afetar de forma definitiva e grave a saúde; é importante o acesso a medicamentos e tratamentos que auxiliem na melhora da qualidade de vida. Portanto, a regra que estabelece o limite de dedução de despesas com saúde deverá ter um grau de resistência menor no que diz

---

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109.

respeito aos gastos com remédios e tratamentos que afetem a vida, do que com as despesas relativas a medicamentos e tratamentos menos importantes.<sup>180</sup>

Estas observações demonstram que o grau de resistência da regra não será idêntico em todos os casos.<sup>181</sup> A propósito, dentro de um mesmo setor do ordenamento jurídico (direito tributário, direito civil, direito penal), o grau de resistência da regra irá variar.

Finalmente, tomando-se em conjunto os dois critérios materiais, outras duas regras argumentativas auxiliam na preservação do *princípio da segurança jurídica*: (a) “a resistência à superação de uma regra será tanto mais importante quanto maior for o valor sobrejacente do princípio da segurança para a interpretação da matéria veiculada pela regra”.<sup>182</sup> Isto ocorre, por exemplo, nos setores do ordenamento jurídico em que o princípio da segurança jurídica exerce papel primordial, como no direito penal e no direito tributário; e (b) a segurança jurídica será tanto mais importante quanto maior for a sua vinculação com a finalidade específica (valor substancial) subjacente à regra.<sup>183</sup> Isto surge “quando o princípio da segurança jurídica é importante para o setor no qual a regra se insere e a finalidade subjacente à regra está relacionada com a promoção da segurança”.<sup>184</sup>

Em suma, o julgador não deve ter preocupação apenas com o caso concreto, mas também com os efeitos indiretos que a sua decisão provocará na realização da igualdade geral. É preciso ponderar os motivos pelos quais as normas, por vezes, são positivadas em forma de regras (para solucionar problemas de coordenação, deliberação, custo, conhecimento e para reduzir a arbitrariedade das decisões). Com efeito, estes critérios sugerem uma mudança de paradigma, porque o julgador que tradicionalmente tem como função realizar a melhor decisão para o caso concreto passa a ter a responsabilidade de considerar as consequências de sua decisão perante os demais indivíduos (exigência de análise multidirecional em face dos efeitos indiretos). Consequentemente, a microjustiça (justiça do caso concreto) não deve inviabilizar a macrojustiça (aplicação uniforme das regras para todos os cidadãos).

---

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Ibid.

#### 2.4.2.2. Critérios formais

Além dos requisitos materiais, Humberto Ávila explica que deve existir uma **justificativa** que demonstre a incompatibilidade entre a aplicação da regra ao caso isolado e a sua finalidade subjacente (correspondente à fundamentação do primeiro critério material) e, ainda, a demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica (correspondente à fundamentação do segundo critério material).<sup>185</sup> Posteriormente, esta justificativa deve ser **exteriorizada**, de “forma escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”.<sup>186</sup> Finalmente, esta fundamentação deve ser **comprovada**. A mera alegação dos critérios materiais não é suficiente para a superação de uma regra.

Do ponto de vista desta pesquisa, os requisitos da justificativa, fundamentação e comprovação devem ser aplicados como critérios do postulado da razoabilidade.

A necessidade de critérios formais para a superação das regras decorre do fato de que a regra torna uma generalização prescritiva “entrenchada” (*entrenched*), e portanto oferece uma resistência maior para uma eventual superação. Com efeito, “essa resistência maior conduz à necessidade de uma fundamentação mais restritiva para permitir a superação das regras”.<sup>187</sup> Além disso, é do sujeito atingido o **ônus de provar** a veracidade de suas alegações. Dois exemplos podem ilustrar a questão.

No caso da pequena empresa fabricante de imóveis, ela precisou comprovar que não realizava importações habituais, tendo apenas importado quatro pés de sofá, para um sofá, uma única vez. No caso da empresa que efetuou recolhimentos irregulares ao programa de parcelamento, por sua vez, esta precisou juntar os documentos que comprovavam, de um lado, que os valores recolhidos a menos eram irrisórios frente aos valores já recolhidos ao programa de parcelamento e, de outro lado, a complementação dos pagamentos, com juros e correção monetária.

Em suma, é possível sistematizar os critérios procedimentais do postulado da razoabilidade como superação da seguinte forma: **a) ônus argumentativo:** exteriorizar de forma clara e racional a fundamentação da superabilidade, demonstrando-se o preenchimento

---

<sup>185</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 119.

dos requisitos materiais no caso concreto; e **b) ônus de prova (para o atingido) / ônus de estar baseado em provas (para o julgador).**

Depois de se estipularem as condições materiais e procedimentais para que uma norma, apesar de incidir, deixe de ser aplicada no caso concreto, investiga-se, no próximo capítulo, a utilização do postulado da razoabilidade como superação no direito tributário.

### 3. A APLICAÇÃO DO POSTULADO DA RAZOABILIDADE COMO SUPERAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

#### 3.1. Introdução

Após se delinearem os critérios para a aplicação do postulado da razoabilidade como superação, o presente trabalho passa a investigar a utilização deste postulado no direito tributário. O tema é complexo e exige constante debate e o amadurecimento das questões envolvidas. Desse modo, não é o objetivo desta pesquisa exaurir o assunto; apenas utilizar o Direito Tributário para ilustrar a aplicação deste postulado, dando pequenos passos na direção do seu desenvolvimento teórico e no seu âmbito de aplicação.

Inicialmente, ressalta-se que o direito tributário é conhecido por ser um direito de massa, o que o conduz à generalidade. Logo em seguida, faz-se uma breve exposição das soluções e das cláusulas de equidade no direito tributário alemão. Então, enfrenta-se a problemática no direito tributário brasileiro, onde, dentre outras peculiaridades, há um dispositivo jurídico vedando a aplicação da equidade que resulte na dispensa do pagamento de tributo devido. Finalmente, volta-se para o âmbito prático de aplicação do postulado da razoabilidade por meio da análise de casos, hipotéticos e concretos.

#### 3.2. Direito de massa e necessidade de generalidade

Sob uma perspectiva *ideal*, o direito tributário justo é aquele que se volta para as particularidades dos indivíduos e que considera minuciosamente todas as diferenças entre eles, para, assim, impor uma tributação justa (concepção particularista de justiça).

No entanto, o direito tributário *real* é formado por “um universo de milhões de sujeitos passivos, singulares e coletivos, contribuintes e terceiros, que têm de satisfazer obrigações de imposto, fazer e entregar as correspondentes declarações e cumprir os mais diversificados e complexos deveres fiscais”.<sup>188</sup> Em outras palavras, todos os cidadãos têm o dever de

---

<sup>188</sup> NABAIS, José. Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 620.

concorrer com as despesas públicas, e é atribuição da administração tributária exigir o cumprimento dessas obrigações.<sup>189</sup> Assim, o direito tributário é conhecido por ser um direito de massa, o que tende a conduzir à generalidade das prescrições normativas.

Uma legislação extremamente pormenorizada é inviável no contexto de um direito de massa, pois conduz à hipertrofia, à complexidade e à intramitabilidade do sistema. Com efeito, mesmo uma ordem jurídica atenta à justiça particular precisa ser exequível, porque uma tributação preocupada com a busca maximalista da justiça fiscal pode precisamente conduzir ao resultado oposto, por deficiências inultrapassáveis na sua aplicação e execução.<sup>190</sup> Para facilitar a execução em massa das normas, portanto, o direito tributário conduz-se para a generalidade.

Em outras palavras, uma administração de casos massificados, a exemplo da administração tributária, necessita de espaços para generalizar. As normas, portanto, devem impedir hipercomplicação e intramitabilidade das leis ou despesas administrativas desproporcionais.<sup>191</sup>

A verificação da necessidade de que o sistema seja, por um lado, exequível e, por outro lado, justo exige que se encontrem mecanismos de compatibilização das exigências de eficiência e justiça do sistema. A superação de uma norma leva a uma espécie de correção da generalidade em razão do caso particular. O fato de o direito tributário ser massificado, no entanto, conduz à generalidade. É uma tensão permanente. O postulado da razoabilidade, do ponto de vista desta pesquisa, é um instrumento apto a desenvolver o equilíbrio neste campo de tensão.

---

<sup>189</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária**: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 263.

<sup>190</sup> NABAIS, José. Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 620.

<sup>191</sup> TIPKE, Klaus & LANG, Joachim. **Direito tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 232.

### ***3.3. As soluções e as cláusulas de equidade no direito alemão***

#### *3.3.1. As razões para a digressão ao direito tributário alemão*

Antes de se abordar a razoabilidade como superação sob a perspectiva do direito tributário brasileiro, é relevante fazer-se uma breve digressão ao direito tributário alemão. Não se pode esquecer que o direito tributário brasileiro e o direito tributário alemão são distintos, de modo que é inviável e irresponsável a mera transposição de soluções adotadas em um sistema para o outro.

A Constituição Brasileira possui um grande número de dispositivos jurídicos, normas semanticamente mais fechadas e ressalta expressamente a prevalência de algumas normas em relação a outras; por exemplo, ao elencar em seu Título I os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e em seu Título II os direitos e as garantias fundamentais. Em contrapartida, a Lei Fundamental Alemã possui menos dispositivos jurídicos, normas semanticamente mais abertas e ausência de hierarquia expressa entre as normas constitucionais. Em relação ao direito tributário, a Constituição Brasileira, ao contrário da Lei Fundamental Alemã, possui uma riqueza de dispositivos jurídicos detalhados. Há um capítulo específico para o Sistema Tributário Nacional, bem como para a previsão expressa da legalidade, a anterioridade, a irretroatividade, a capacidade contributiva, a proibição de confisco etc. Além disso, as limitações constitucionais ao poder de tributar e as regras atributivas de competência tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estão expressas no texto constitucional.<sup>192</sup>

Apesar dessas diferenças, o estudo da literatura e da jurisprudência alemãs pode exercer um importante papel, porque, além de o direito tributário alemão adotar princípios jurídicos semelhantes ao direito tributário brasileiro,<sup>193</sup> as decisões de superação de normas são mais intensamente investigadas pela jurisprudência alemã do que pela brasileira.

---

<sup>192</sup> Sobre a diferença entre os sistemas, ver: ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-11.

<sup>193</sup> No entanto, na Lei Fundamental Alemã, a maioria desses princípios está implícita e não expressa, como na Constituição brasileira. Um exemplo é a norma da irretroatividade tributária, que, no Brasil, está expressa no art. 150, III, *a*, da CF/88, enquanto na Alemanha decorre do princípio do Estado de Direito (irretroatividade ← previsibilidade ← segurança jurídica ← Estado de Direito).

### 3.3.2. Conceito e fundamentos

As leis devem ser elaboradas em geral, e não para um caso específico. Deste modo, a sua elaboração deve assegurar a segurança, a igualdade e a previsibilidade dos direitos em caráter geral e num processo de tipificação.<sup>194</sup> Com efeito, *algum descompasso* entre a tipificação e *poucos* casos isolados constituem característica inevitável e aceitável, assim como *algum grau de severidade*.<sup>195</sup> Estes *efeitos colaterais* da tipificação, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, devem ser suportados, notadamente, quando não há uma ofensa ao art. 3 da Lei Fundamental, ou seja, ao princípio da igualdade.

Todavia, a necessidade de tipificação não justifica toda e qualquer severidade no caso isolado.<sup>196</sup> Em algumas circunstâncias, é possível que o aplicador supere a norma no caso concreto sem pronunciar a declaração de inconstitucionalidade. No Direito alemão, estas decisões de superação são denominadas decisões de equidade e fundamentam-se na vinculação dos poderes estatais à lei e ao Direito (art. 20.3, GG<sup>197</sup>)<sup>198</sup> e no princípio da igualdade (art. 3.1, GG<sup>199</sup>).<sup>200</sup>

O objetivo central dessas decisões de equidade é, portanto, alcançar a justiça individual e material, relacionada às circunstâncias e às particularidades de cada caso.<sup>201</sup> A equidade é “a justiça projetada sobre o caso particular”.<sup>202</sup>

---

<sup>194</sup> PERNICE, Ingo. **Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 244.

<sup>195</sup> Ibid., p. 247.

<sup>196</sup> Ibid., p. 252.

<sup>197</sup> *Grundgesetz*.

<sup>198</sup> PERNICE, op. cit., p. 206.

<sup>199</sup> *Grundgesetz*.

<sup>200</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 272.

<sup>201</sup> PERNICE, op. cit., p. 207.

<sup>202</sup> KRUSE, Heinrich Wilhelm. Über Billigkeit und Richtlinien. **Steuer und Wirtschaft**, p. 482, 1990, *apud* VELLOSO, **O princípio da isonomia tributária...**, op. cit., p. 270.

### 3.3.3. Uma visão geral sobre as cláusulas de equidade

Na Alemanha, a possibilidade de se proferirem decisões de superação das normas é, por vezes, consagrada na própria legislação por meio de *cláusulas de equidade*. Estas cláusulas são caracterizadas por sua ligação a uma regra padrão,<sup>203</sup> onde se colocam como uma permissão, concedida pelo legislador, para que o aplicador do Direito corrija a aplicação rígida da norma.

A partir deste momento, passa-se a uma breve análise dos principais tipos das cláusulas de equidade, segundo classificação formulada por Ingolf Pernice.

#### 3.3.3.1. Cláusulas de equidade como norma de exclusão

Normalmente, as cláusulas de equidade adotam a forma de *cláusulas de exclusão*. Nesta hipótese, a consequência jurídica da regra causa uma carga ao seu destinatário. A cláusula de equidade atua, então, possibilitando a exclusão de determinados casos concretos do âmbito da norma.<sup>204</sup> Esta forma é utilizada, sobretudo, para que se possibilite uma intervenção das autoridades administrativas.<sup>205</sup>

Um conhecido exemplo é o antigo § 131 da RAO,<sup>206</sup> função hoje preenchida pelos §§ 163 e 227 da AO.<sup>207</sup> De acordo com estes dispositivos, “a administração tributária pode remitir o débito tributário quando sua exigência seja iníqua”.<sup>208</sup> Estes dispositivos são como

---

<sup>203</sup> PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 214.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Ibid., p. 216.

<sup>206</sup> *Reichsabgabenordnung*.

<sup>207</sup> *Abgabenordnung*.

<sup>208</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271. Como explica este autor, “nesses preceitos o pressuposto da remissão é idêntico: a iniquidade em uma situação específica. A existência de dois

“hipóteses de incidência casadas”<sup>209</sup> (conceito indeterminado e discricionariedade), pois o que justifica a “remissão de equidade” é o conceito jurídico indeterminado “iníquo”, enquanto a autorização para que a administração tributária efetue esta distinção no caso concreto compreende uma discricionariedade, na medida em que está expressa na palavra “pode”.<sup>210</sup> A equidade é um conceito jurídico indeterminado, com espaço para valorações, que nos “casos limite” atua mais como uma autorização para que a autoridade possa tomar a decisão que melhor se adegue às particularidades destes casos.<sup>211</sup>

Esta discricionariedade em remitir o débito tributário, no entanto, é vista como problemática, seja porque “a obrigação tributária é indisponível”,<sup>212</sup> seja porque não é permitido à Administração “discriminar entre contribuintes ou decidir quanto à conveniência do reconhecimento do direito”.<sup>213</sup>

De qualquer sorte, estas “normas de exclusão” previstas na própria legislação tributária são vistas como fundamentais para se realizar a justiça particular e se evitarem situações de inconstitucionalidade.<sup>214</sup> Conforme explica Andrei Pitten Velloso:

O BVerfG destaca constantemente que tais autorizações de remissão servem ao escopo de tutelar os direitos subjetivos dos contribuintes à igualdade tributária contra generalizações legislativas, administrativas ou judiciais que, em dada situação, contrapõem-se expressivamente à isonomia e à justiça impositiva. Destaca-o em hipóteses nas quais as desigualdades resultantes da tipificação atingem determinados contribuintes de modo especialmente severo, a fim de que possa reconhecer a sua constitucionalidade.<sup>215</sup>

---

dispositivos somente se justifica pela divisão que a AO estabeleceu entre o procedimento de lançamento (*Festsetzungsverfahren*) e o de cobrança (*Erhebungsverfahren*). A remissão é autorizada no primeiro procedimento pelo § 163 e no segundo pelo §227 da AO.” (p. 271).

<sup>209</sup> *Koppeltatbestände*.

<sup>210</sup> No mesmo sentido, ver: TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, p. 26, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de maio de 2011.

<sup>211</sup> PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und Härteklauseln im öffentliche Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 217.

<sup>212</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária**: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271.

<sup>213</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./mar./abr de 2006, p. 26. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 de maio de 2011.

<sup>214</sup> VELLOSO, **O princípio da isonomia tributária**..., op. cit., p. 272.

<sup>215</sup> *Ibid.*

Isto significa que o Tribunal Constitucional considera *constitucionais* leis que não gerem violações aos direitos subjetivos dos contribuintes *na maioria dos casos*, embora admita que estas mesmas leis podem causar *danos inaceitáveis em casos atípicos*. No entanto, estas injustiças específicas são mitigadas em razão da possibilidade do recurso às *cláusulas de equidade*, que passam a ser consideradas essenciais ao direito tributário.

As cláusulas de equidade, em suma, conciliam as normas gerais e abstratas com o mandado constitucional de garantia da justiça individual.<sup>216</sup> Elas são uma maneira de se protegerem os direitos subjetivos dos contribuintes, ao mesmo tempo em que preservam a constitucionalidade das leis. Se não houvesse a possibilidade de afastar a aplicação da norma no caso isolado atípico, só existiriam duas soluções: declarar a inconstitucionalidade de uma norma que não viola direitos na maior parte dos casos ou permitir uma violação irrazoável dos direitos no caso concreto.

### 3.3.3.2. Cláusulas de equidade como norma de inclusão

Além das cláusulas de equidade tratadas anteriormente, existem também aquelas que assumem a forma de *cláusulas de inclusão*. Nesta hipótese, há uma autorização para que aqueles casos que não foram englobados pela lei recebam um tratamento igualitário.<sup>217</sup>

Um exemplo é o § 89 Abs. 1 do BVG,<sup>218</sup> que complementa a Lei Federal de Assistência às Vítimas da Guerra com uma competência geral ao ministro do trabalho e da Ordem Social para conceder indenizações nos casos isolados, não previstos nas demais hipóteses legais, em que surjam severidades especiais.<sup>219</sup> Também se pode citar o § 6 S.1 BAföG,<sup>220</sup> que autoriza a concessão de apoio financeiro para a formação de alemães no exterior, contrariamente ao princípio da residência, quando circunstâncias especiais do caso

---

<sup>216</sup> PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und HärteklauseIn im öffentlichen Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 217.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>218</sup> *Bundesversorgungsgesetz*.

<sup>219</sup> PERNICE, **Billigkeit und HärteklauseIn...**, op. cit., p. 233.

<sup>220</sup> *Bundesausbildungsförderungsgesetz*.

isolado assim o justifiquem.<sup>221</sup> E o § 119 Abs. 1 BSHG,<sup>222</sup> segundo o qual alemães no exterior também podem receber ajuda social quando a situação particular do caso isolado justifique.<sup>223</sup>

O Tribunal Constitucional Federal salienta que “a questão sobre a existência de uma iniquidade no caso isolado é uma questão sobre a (des)igualdade”.<sup>224</sup> Todavia, esta “compensação de severidade”<sup>225</sup> *só pode englobar um número relativamente pequeno de casos isolados e poucos grupos de casos*, a saber, aqueles que o legislador não conhecia ou cujos pormenores não poderia negligenciar. Com efeito, o conceito de iniquidade, que autoriza a inclusão do caso atípico no âmbito de incidência da norma, deve ser interpretado restritivamente.<sup>226</sup> Além disso, em outras oportunidades, o Tribunal Constitucional elucidou que, mesmo quando exista uma norma de inclusão, não há um direito a uma decisão de “compensação de severidade”.<sup>227</sup> É que a aplicação da norma de inclusão geralmente não é baseada em considerações relativa aos direitos fundamentais violados no caso concreto, mas nas ideias fundamentais e na finalidade global da lei.<sup>228</sup>

### 3.3.3.3. Cláusulas de equidade como normas de compensação (indenização)

Um terceiro tipo de cláusulas de equidade foi denominado por Ingolf Pernice como *cláusulas de compensação ou indenização*. Estas procuram combinar os aspectos positivos das cláusulas de exclusão e inclusão: realizar plenamente a finalidade da lei e, ao mesmo tempo, levar em conta as iniquidades no caso isolado, em vista das fortes circunstâncias especiais que conduzem à limitação de direitos fundamentais.<sup>229</sup>

Indaga-se se o princípio da igualdade (art. 3.1, GG) combinado com os direitos fundamentais do atingido pela norma exige uma compensação ao sujeito atingido. Estas

<sup>221</sup> PERNICE, **Billigkeit und Härteklauseln...**, op. cit., p. 234.

<sup>222</sup> *Bundessozialhilfegesetz*.

<sup>223</sup> PERNICE, **Billigkeit und Härteklauseln...**, op. cit., p. 234.

<sup>224</sup> BVerwGE 54, 353.

<sup>225</sup> *Härteausgleich*.

<sup>226</sup> BVerwG NJW 1963, 827.

<sup>227</sup> BverfGE 29, 57.

<sup>228</sup> PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 236.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 236-237.

cláusulas de compensação são frequentemente cláusulas de inclusão, na medida em que elas complementam o regulamento de indenização.<sup>230</sup> Outras vezes apresentam-se como cláusulas de compensação independentes, em virtude de leis de intervenção.<sup>231</sup>

Um exemplo de cláusula de compensação complementar é o § 95 Abs. 3 da BauGB.<sup>232</sup> O § 95 trata da indenização a ser recebida pela expropriação, enquanto o Abs. 3 dispõe acerca das “estruturas físicas (construções)”<sup>233</sup> cuja demolição pode ser requerida a qualquer tempo sem indenização, salvo se *razões de equidade* justificarem a sua concessão.

As cláusulas de compensação independentes, por sua vez, não são formuladas como cláusulas de equidade, mas servem à mesma finalidade.<sup>234</sup> São conhecidas como pretensões jurídicas especiais fundamentadas na equidade. Um exemplo é o § 2 Abs. 1 da Lei de Indenização às Testemunhas e aos Peritos,<sup>235</sup> que prevê a concessão de indenização à testemunha que teve uma perda de rendimentos em razão de ter ido testemunhar.

#### 3.3.3.4. Aspectos a reter

O ponto em comum entre os diversos tipos de cláusulas de equidade é, de um lado, a possibilidade de preservação da igualdade particular e material, no sentido de se levarem em consideração as especificidades de cada caso e se tratarem com distinção os casos desiguais e com semelhança os iguais. De um modo simplista, as cláusulas de equidade têm como objetivo a prevenção de resultados que estejam em contradição com as expectativas gerais de justiça.<sup>236</sup> De outro lado, essas cláusulas trazem o perigo de fazer ruir a igualdade na aplicação da legislação, na medida em que cada autoridade administrativa pode ter um entendimento e assim tomar decisões sem adotar um padrão geral.

---

<sup>230</sup> PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und Härteklauseln im öffentliche Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 237.

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> *Baugesetzbuch*.

<sup>233</sup> *Bauliche Anlage*.

<sup>234</sup> PERNICE, **Billigkeit und Härteklauseln...**, op. cit., p. 238.

<sup>235</sup> *Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZSEG)*.

<sup>236</sup> PERNICE, **Billigkeit und Härteklauseln...**, op. cit., p. 268.

As cláusulas de equidade levam em conta a diversidade da vida e consideram fundamentais as circunstâncias pessoais do sujeito concreto. Outro ponto marcante é o caráter excepcional de sua aplicação. “Caso a regulação viole, em geral, direitos fundamentais (ou outros preceitos constitucionais), deve-se declarar a sua inconstitucionalidade, e não procurar uma harmonização mediante a utilização das ditas cláusulas”.<sup>237</sup>

Além disso, é o próprio legislador que, reconhecendo os efeitos colaterais da massificação do Direito e a necessidade da realização da justiça individual, concede uma competência discricionária às autoridades administrativas para que evitem situações de inconstitucionalidade. Finalmente, as cláusulas de equidade demandam autoridades administrativas idôneas, aptas a lidar com o poder tanto de não aplicar preceitos gravosos aos cidadãos<sup>238</sup> quanto de estender a aplicação de preceitos que lhes tragam vantagens. Com efeito, “o recurso à técnica de cláusulas gerais de equidade deve, pois, ser considerado com cautela e prudência, levando-se em conta não só as peculiaridades do sistema jurídico, mas também a realidade social e institucional, dado que a solução alemã (que outorga um poder discricionário às autoridades administrativas) pode não ser adequada para outros países”.<sup>239</sup> Quando um país não tem uma realidade social e institucional que proporcione uma atuação adequada e confiável das autoridades administrativas às soluções de equidade, estas deverão ser restritas ao âmbito judicial.<sup>240</sup>

### ***3.4. As características do direito tributário brasileiro e as suas implicações***

#### ***3.4.1. Visão Geral***

Andrei Pitten Velloso observa que “o sistema jurídico, apesar de ser uno, não é homogêneo, sendo integrado por subsistemas que apresentam características específicas, as

---

<sup>237</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeitos de confisco na Alemanha. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 35, p. 10, abr. 2010. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/andrei\\_velloso.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/andrei_velloso.html)>. Acesso em: 4 jun. 2011.

<sup>238</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 273.

<sup>239</sup> Ibid.

<sup>240</sup> Ibid.

quais repercutem — ou ao menos devem repercutir — na exegese jurídica”.<sup>241</sup> A partir dessa circunstância, a omissão das peculiaridades dos sistemas parciais e os argumentos que consideram o sistema jurídico como um todo homogêneo são as bases para falácias interpretativas.<sup>242</sup>

Para fugir desses equívocos interpretativos e captar os sistemas particulares da ordem jurídica, é necessário ter-se uma ideia das concepções de justiça características de tais sistemas parciais.<sup>243</sup> Possuem diferentes concepções de justiça, cada um podendo, até mesmo, apresentar princípios de justiça mutuamente incompatíveis.<sup>244</sup> Enquanto, por exemplo, o direito civil positivou uma concepção interna de justiça baseada “em valores sociais, tais como a função social, a solidariedade social e a boa-fé objetiva”,<sup>245</sup> o direito tributário, ao que tudo indica, positivou “uma concepção interna de justiça que gravita ao redor de valores individuais, tais como a segurança jurídica, a liberdade fiscal e a previsibilidade das relações”.<sup>246 247</sup>

É possível captarem-se as características específicas de um sistema jurídico parcial por meio da análise de suas normas. A análise do sistema constitucional tributário, em particular, revela “uma enormidade de dispositivos que servem como pontos de partida exatamente para garantir os direitos dos contribuintes e para limitar o poder de tributar: princípios, direitos e garantias fundamentais, definição de espécies tributárias e extensas regras de competência”.<sup>248</sup> Além disso, existem predeterminações legais e constitucionais contrárias à função corretiva da isonomia, a exemplo das limitações das competências tributárias e da reserva de lei para a criação de tributos.<sup>249</sup>

---

<sup>241</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 131.

<sup>242</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 131.

<sup>243</sup> ERIKSSON, Lars D. Tendencias Conflictivas em el Derecho Moderno”. In: AARNIO, Aulis; VELDÉS, Ernesto Garzón & UUSITALO, Jyrki (Orgs.). **La normatividad del derecho**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 118.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>245</sup> GALBINSKI, Diego & GOMES DE OLIVEIRA, A. A amortização do ágio de si mesmo e os limites jurídicos da liberdade fiscal: uma proposta de solução do problema, à luz do sistema jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre: IOB Thomson, v. 7, p. 5, 2005.

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> Em sentido contrário ver, por exemplo: GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

<sup>248</sup> ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 3, p. 2, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

<sup>249</sup> VELLOSO, **O princípio da isonomia tributária**..., op. cit., p. 239-241.

Em suma, o estudo do sistema constitucional tributário revela que ele se desenvolve **mais em direção à segurança jurídica dos contribuintes**<sup>250</sup> do que em direção à função corretiva da igualdade, no que diz respeito à instituição ou à majoração de tributos. Isto porque as limitações constitucionais ao poder de tributar e as normas atributivas de competência tributária são elencadas no texto constitucional, e também porque a competência tributária, ordinária e residual é atribuída por regras, que, na maioria dos casos, indicam especificamente as hipóteses em que os tributos podem ser instituídos.

Ao mesmo tempo, o sistema constitucional tributário desenvolve-se **preservando a igualdade individual**, enquanto manifestação da justiça particular, tanto ao estabelecer a capacidade contributiva como um princípio geral da tributação, só excepcionando o seu uso quando isto for impossível, quanto em razão de o texto constitucional prever direitos fundamentais, bem como o princípio da dignidade humana.

Com efeito, de um lado, o argumento de que o direito tributário, para garantir os direitos dos contribuintes e limitar o poder de tributar, se desenvolve mais em direção à ideia de segurança do que em direção à de igualdade não pode ser utilizado para se fundamentar uma vedação à aplicação da razoabilidade, que tem, justamente, a função de remeter ao aspecto individual dos casos para se evitarem situações atípicas de inconstitucionalidade. De outro lado, o citado argumento revela a necessidade de uma aplicação *restrita e intersubjetivamente controlável* do postulado da razoabilidade como equidade.

### 3.4.2. O princípio da segurança jurídica

#### 3.4.2.1. Razões para a análise do princípio

Anteriormente afirmou-se que, para se assegurarem os benefícios morais ligados à segurança jurídica, se opta pela criação de regras. *Grosso modo*, uma regra, além de promover o valor específico subjacente a ela, promove também os valores relacionados à segurança

---

<sup>250</sup> GALBINSKI, Diego. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Operações de saída interestaduais de produtos farmacêuticos. Redução da base de cálculo. Estabelecimentos distribuidores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 189, p. 134, jun. 2011.

jurídica, reduzindo a divergência, a incerteza, o erro e a arbitrariedade na aplicação do Direito.

Com efeito, se o postulado da razoabilidade for aplicado ao direito tributário sem critérios objetivos, como meio hábil para se fazer com que a justiça particular sempre prevaleça perante as normas gerais e abstratas, existe o perigo de ruírem a previsibilidade e a uniformidade na aplicação do Direito, notas essenciais da segurança jurídica sob o enfoque tradicional. A previsibilidade será aniquilada se as decisões jurídicas se originarem de uma “opção do intérprete”, ao invés de uma norma jurídica previamente formulada, pois, neste caso, elas não poderão ser previstas de antemão. A uniformidade, por sua vez, será aniquilada se cada julgador tomar decisões sem seguir um padrão válido para todos que se encontrem na mesma situação.

A partir dessa circunstância, é essencial para o estudo da aplicação do postulado da razoabilidade ao direito tributário a análise do significado da segurança jurídica no sistema constitucional tributário brasileiro.

#### 3.4.2.2. *Noções gerais*

O princípio da segurança jurídica<sup>251</sup> é construído, de um lado, de forma indutiva a partir da norma constitucional que consagra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5, XXXVI), bem como das normas constitucionais da legalidade (art. 5, II, e 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b”). De outro lado, esse princípio é construído de forma dedutiva do sobreprincípio do Estado de Direito (art. 1, da CF/88).<sup>252</sup>

O princípio da segurança jurídica<sup>253</sup> exige a adoção de condutas que levem à realização do ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na

---

<sup>251</sup> Para um aprofundamento no assunto, ver: ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>252</sup> No mesmo sentido, ver: ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

<sup>253</sup> Na medida em que a segurança jurídica atua sobre outras normas, a exemplo da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, é legítimo também classificá-la como um sobreprincípio, como faz Paulo de Barros Carvalho. Ver: CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 16, mai./jun./jul./ago., 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

atuação estatal.<sup>254</sup> Esse ideal, como se afirmou, não é compatível com uma atuação jurisdicional que conceda vantagens ou afaste encargos por “opção” do julgador.

Cabe ressaltar que o princípio da segurança jurídica é destinado à *proteção do cidadão* “contra as incertezas acerca da regulação jurídica aplicável e as consequências de seus atos”.<sup>255</sup> A ideia de fundo é que a objetividade, a mensurabilidade e a previsibilidade na atuação do Estado conduzirão à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Os elementos de previsibilidade e estabilidade, em particular, são instrumentalizados pelo denominado “princípio” da legalidade.<sup>256</sup> Esse “princípio” exige que “se respeite o sentido literal possível dos preceitos jurídicos, pois o que vai além dos seus limites não integra o objeto da decisão legislativa”.<sup>257</sup>

### 3.4.2.3. *Tensão entre a segurança jurídica e o princípio da igualdade*

Na sua dimensão de princípio, que impõe um estado igualitário como fim a ser promovido,<sup>258</sup> e apoiado numa concepção particularista de justiça, o princípio da igualdade, de um lado, pesará a favor da aplicação da lei a casos concretos não compreendidos por ela, sempre que estes sejam substancialmente similares aos casos para os quais foi formulada a regra geral e abstrata. É possível identificarem-se os casos de subinclusão por meio da aplicação do princípio da igualdade, em conexão com o sentido e a finalidade da lei.<sup>259</sup>

O princípio da igualdade, de outro lado, pesará a favor da não aplicação da lei a casos concretos abrangidos por ela, sempre que estes, em razão de alguma particularidade, se diferenciem do estofado dos casos regulares compreendidos pela hipótese normativa e, assim, mereçam um tratamento díspar. Os casos de sobreinclusão também podem ser identificados

---

<sup>254</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

<sup>255</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 274.

<sup>256</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 246.

<sup>257</sup> VELLOSO, **O princípio da isonomia tributária**..., op. cit., p. 274.

<sup>258</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

<sup>259</sup> VELLOSO, **O princípio da isonomia tributária**..., op. cit., p. 223.

por meio da aplicação do princípio da igualdade, em conexão com o sentido e a finalidade da lei.

Em ambas as situações haverá uma colisão entre os elementos de estabilidade e previsibilidade, instrumentalizados pela legalidade, e o princípio da igualdade. A solução concreta e individual, todavia, não pode ser tomada sem que se levem em consideração o ordenamento jurídico na sua totalidade e, ao mesmo tempo, as particularidades do direito tributário.

#### 3.4.2.4. A importância da segurança jurídica no direito tributário

A importância da segurança jurídica no direito tributário brasileiro é evidenciada pela **nítida rigidez** com que foi construído esse sistema jurídico parcial. Apesar do sistema constitucional tributário brasileiro possuir certo grau de abertura,<sup>260</sup> ele notadamente se desenvolve mais em direção à rigidez, privilegiando a segurança jurídica do contribuinte. Recapitulando, isso decorre, em primeiro lugar, do fato de os princípios gerais, as limitações constitucionais ao poder de tributar e as normas atributivas de competência tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estarem fixados não em texto normativo qualquer, mas no texto constitucional. De outro lado, e aí reside o ponto, isto decorre do fato de a competência tributária, ordinária e residual ter sido atribuída por regras e, além disso, de essas regras, na maioria dos casos, indicarem especificamente as hipóteses em que os tributos podem ser instituídos. Em suma, a rigidez em torno da qual foi construído o sistema constitucional tributário indica que as regras relacionadas à tributação terão um *grau ainda maior de resistência* do que as regras de outros âmbitos jurídicos.

Como não existe só um tipo de regra, mas vários (regras de competência, regras que regulam comportamento etc.),<sup>261</sup> é preciso investigar se todas as regras têm o mesmo grau de resistência ou se algumas são mais resistentes do que outras ou até mesmo absolutas. Em particular, é preciso analisar se as regras atributivas de competência tributária têm o mesmo grau de resistência das regras que regulam comportamentos, a exemplo de uma regra que

---

<sup>260</sup> Abertura, sobretudo, no sentido reenviar a outras normas (previstas ou não no texto constitucional). Ver ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 108.

<sup>261</sup> AARNIO, Aulis. **Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics**. London: Cambridge University Press, 1997, p. 165.

estabeleça o prazo para pagamento de uma parcela de um programa de parcelamento tributário. Antes, no entanto, é preciso que se estudem as características específicas do subsistema de competências impositivas.

### *3.4.3. O subsistema de competências impositivas*

#### *3.4.3.1. A amplitude e a densidade do subsistema de competências impositivas*

O sistema de competências impositivas da Constituição, conforme Andrei Pitten Velloso, diz respeito “às normas atributivas e excludentes de competências tributárias, bem como as concernentes à divisão da competência tributária entre as pessoas políticas”,<sup>262</sup> e constitui um subsistema do sistema constitucional tributário.

Este subsistema é predominantemente rígido tanto em relação à **amplitude da matéria regulada** quanto em direção à **densidade dessa regulação**. No que diz respeito à amplitude da matéria regulada, além de positivizar regras destinadas à tributação de fatos abrangidos pelas competências específicas, a Constituição positivou regras de competência residual. Ao positivizar competências residuais:

... a Constituição outorga competências para a tributação de todo e qualquer fato com conteúdo econômico, à exceção daqueles que expressamente albergados por normas de imunidade, que também integram o sistema de competências impositivas. Todos os fatos que revelam capacidade contributiva, portanto, são objeto de regulação pelo sistema de competências impositivas.<sup>263</sup>

Com efeito, o texto constitucional já determina os *meios* para que o legislador proceda à tributação de qualquer espécie de manifestação de capacidade contributiva, não sendo constitucionalmente adequada a tributação com base direta ou indiretamente em princípios.

---

<sup>262</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 144.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 147.

No que diz respeito à densidade semântica, “não há uma rigidez absoluta, porquanto inexiste uma determinação semântica completa dos enunciados constitucional tributários”.<sup>264</sup> Apesar disso, pode-se afirmar que, em sua maioria, os dispositivos jurídicos que atribuem competências tributárias possuem um grau de determinação relativamente elevado.<sup>265</sup> Essa determinação acentuada é explicitada pela seguinte constatação:

Nos preceitos que conferem competências impositivas aos entes políticos, não são utilizadas pautas de valoração carecedoras de preenchimento valorativo, as quais se caracterizam por tornar intensa a necessidade de um pensamento orientado de forma axiológica. Há, portanto, uma restrição ao influxo da axiologia constitucional, que, obviamente, não pode ser descurada pelo intérprete, a quem é vedado interpretar, v.g., os signos “renda” e “proventos de qualquer natureza”, da mesma forma que os signos “bons costumes”, “boa-fé”, “probidade” e “comunhão plena de vida” constantes na codificação civil.<sup>266</sup>

A rigidez característica do subsistema de competências tributárias, todavia, “não decorre somente de sua elevada determinação semântica, mas também do fato de ser amplamente integrado por regras que estruturam as possíveis matrizes de incidência”,<sup>267</sup> o que se analisa a seguir.

### 3.4.3.2. *As normas atributivas de competências tributárias como regras definitivas*

Em virtude da distinção entre texto e norma, muitos defendem que o intérprete poderia construir qualquer norma (regra ou princípio) a partir de algum dispositivo jurídico. Quem assim faz subverte o direito, porque “os textos normativos oferecem limites à construção de

---

<sup>264</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 148.

<sup>265</sup> A despeito desta constatação de caráter geral, Andrei Pitten Velloso ressalta que as normas atributivas de competências tributárias não são homogêneas, porquanto “a Constituição delimita os aspectos materiais possíveis de integrar a hipótese de incidência dos tributos nominados e dos tributos vinculados a uma atividade estatal, conquanto em relação a estes se limite a aludir às atividades estatais. Por outro lado, em relação a determinadas exações — tais como as contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais econômicas —, o texto constitucional em regra não traz, de forma expressa, qualquer previsão concernente aos fatos que podem ser sujeitos à imposição tributária” (**Conceitos e Competências Tributárias**, op. cit., p. 148).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>267</sup> *Ibid.*

sentidos”.<sup>268</sup> O enunciado normativo é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite da interpretação *stricto sensu*.<sup>269</sup> É ponto de partida, pois qualquer norma jurídica deverá ser construída a partir de um ou vários dispositivos jurídicos; é limite na medida em que, na (re)construção da norma, o intérprete não poderá desprezar o significado literal mínimo, que advém da linguagem ordinária ou técnica, das palavras mencionadas no(s) dispositivo(s) jurídico(s).<sup>270</sup>

Em primeiro lugar, se as normas atributivas de competências tributárias se qualificassem como princípios, elas não poderiam cumprir a sua função de *limitação de poder*. Para essa função é nítida a noção de que as regras são mais adequadas do que os princípios. Em segundo lugar, ressalte-se que as normas atributivas de competências tributárias elencadas na Constituição brasileira, independentemente da classificação de regras que se adote, são “casos centrais de *regras*”.<sup>271</sup> Explique-se:

Não apresentam graus de abstração e generalidade da prescrição normativa significativamente elevados e revestem-se do caráter formal de proposições jurídicas, por apresentarem hipóteses e conseqüentes conectados. São dedutíveis facilmente do texto normativo constitucional. Contém “instruções vinculantes de tipo imediato para um determinado campo de questões”, constituindo preceitos jurídicos. Conquanto nem sempre seja uma tarefa singela, é viável precisar seus casos de aplicação com relativa segurança. Não constituem meros critérios, justificações ou causa de instruções, mas instruções vinculantes, ou seja, efetivas regras suscetíveis de aplicação. Carecem de conteúdo axiológico explícito ou de uma dimensão de peso nítida. Estabelecem conseqüências pré-determinadas para situações específicas, já que a construção do seu conseqüente é, em princípio, simples. Podem ser cumpridas ou não, na exata medida de seus teores, não constituindo, por isso, mandados de otimização. São normas imediatamente descritivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, cuja fundamentação há de dizer respeito à correspondência entre o conceito fático (construção conceitual do fato) e o normativo.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

<sup>269</sup> Por interpretação *stricto sensu* entende-se aquela interpretação que se mantém dentro do sentido literal possível.

<sup>270</sup> “O sentido literal a extrair do uso lingüístico geral ou, sempre que ele exista, do uso lingüístico especial da lei ou do uso lingüístico jurídico geral, serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível, quer seja segundo o actual —, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo ulterior actividade do intérprete.” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1997, p. 457.

<sup>271</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 153.

<sup>272</sup> *Ibid.*

Fixar que as normas atributivas de competências tributárias são regras, no entanto, é apenas o primeiro passo para se determinarem os limites à sua interpretação. As regras podem ser qualificadas como *prima facie* de caráter forte ou definitivas.

Entender as regras atributivas de competências tributárias como regras *prima facie* significa abrir a possibilidade de as aplicar para além do seu significado semântico, o que acarreta o alargamento das competências, ou melhor, a criação de poder de tributar via interpretação. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela impossibilidade de uma lei ordinária alargar o conceito constitucional previsto em regra de competência.<sup>273</sup> Ora, se foi estabelecida a impossibilidade do alargamento de competência tributária para o legislador ordinário, com mais razão deve ser estabelecida para o intérprete. A questão é que...

... o subsistema de competências tributárias apresenta uma elevada rigidez, o que permite qualificá-lo, ao menos no que concerne às regras atributivas, como um sistema “duro”, em que não há possibilidade de superação de regras. De fato, verifica-se, nesse sistema, a característica que, segundo Alexy, evidencia a sua “dureza”: a expressiva normalização por regras.<sup>274</sup>

Além de ser normalizado por regras, o fato de que essas regras são relativas à atribuição de poder (e não a regras comportamentais) faz com que se acentue a importância da segurança jurídica e da estabilidade.

Aulis Aarnio divide as regras em dois grandes grupos: as que regulam comportamentos e as constitutivas.<sup>275</sup> As regras que atribuem competência são espécies de regras constitutivas. Elas se caracterizam por indicar “quem pode exercer o poder dado e como ele é exercido”,<sup>276</sup> criando prerrogativas, declarando competência ou a limitando.<sup>277</sup>

Finalmente, a importância da segurança jurídica no subsistema de competências impositivas é acentuada pela existência de...

... regras destinadas à tributação de fatos não abrangidos pelas competências específicas, a saber, as regras de competência residual (arts. 154, I, e 195, §

---

<sup>273</sup> A título de exemplo, podemos citar o RE 390.840/MG, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, v.m., DJ 15.08.2006 (conceito constitucional de faturamento) e o RE 166.772/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, v.m., DJ 16.12.1994 (conceito constitucional de folha de salários). A questão dos conceitos constitucionais será aprofundada no próximo item.

<sup>274</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 162.

<sup>275</sup> AARNIO, Aulis. **Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics**. London: Cambridge University Press, 1997, p. 160-161.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>277</sup> *Ibid.*

4º), o que evidencia, de forma nítida, a ilegitimidade de superação dos parâmetros externos das regras atributivas de competências específicas, porquanto, além de se descuidar as vinculações impostas por tais normas, se estaria afastando a incidência das regras de competência residual, em frontal antagonismo à Constituição.<sup>278</sup>

As normas atributivas de competências tributárias, em suma:

... configuram regras definitivas, por constituírem razões peremptórias, já que consubstanciam, além de razões de primeira ordem para a observância do que outorgam e limitam, razões de segunda ordem “para excluir ou suprimir qualquer deliberação independente por parte de seu destinatário sobre os argumentos a favor e contra a realização da ação”.<sup>279</sup>

Com efeito, as características específicas do sistema constitucional tributário, em geral, e do subsistema de competências impositivas implicam que o postulado da razoabilidade como superação não pode ser aplicado para se alargarem as competências tributárias, pois estas se qualificam como regras definitivas, que, para cumprir a sua função de limitar poder, não podem ser objeto de superação.

O objeto de análise do tópico seguinte é: este postulado pode ou não ser aplicado para se fundamentar a dispensa do pagamento de tributo devido, a despeito da análise da norma do Código Tributário Nacional, que veda o emprego da equidade para a dispensa do pagamento do tributo devido?

---

<sup>278</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 162.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 159.

#### 3.4.4. A vedação ao emprego da equidade no CTN

Conforme o § 2º, do art. 108, do CTN,<sup>280</sup> que trata da interpretação e integração da legislação tributária, “O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.<sup>281 282</sup>

A propósito, Luciano Amaro expõe o seguinte:

O que o Código Tributário Nacional não quer é que o aplicador da lei, diante de uma situação em que a aplicação do tributo pudesse representar uma injustiça, criasse, por equidade, uma norma de exceção (ausente do texto legal) para afastar a incidência naquela situação concreta, com apoio na premissa de que a lei, caso houvesse previsto as características peculiares daquela situação, tê-la-ia excepcionado da regra de incidência. O trabalho de integração por equidade, nessas circunstâncias, seria vedado pelo parágrafo em tela.<sup>283</sup>

O Poder Judiciário, no entanto, por vezes corrige a generalidade da regra na sua aplicação, em razão das peculiaridades do caso particular, embora não fale diretamente em equidade, mas em razoabilidade. Haveria legitimidade, então, na possibilidade de o Poder Judiciário, em alguma situação peculiar, excepcionar o pagamento do tributo devido?

---

<sup>280</sup> “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade. § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. § 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

<sup>281</sup> No que diz respeito ao Poder Legislativo, a situação é diferente, pois o § 6º do art. 150 da CF/88 prevê o seguinte: “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do art. 155, § 2º, XII, g”. Esta norma foi densificada pelo inciso IV do art. 172 do CTN, que dispõe: “A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: (...) a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso”. Desse modo, o *legislador* pode autorizar ao aplicador da lei (autoridade administrativa ou judiciária) que, em face de determinadas circunstâncias pessoais ou materiais do caso concreto, dispense o tributo devido.

<sup>282</sup> No que diz respeito à aplicação da equidade em matéria punitiva, poder-se-ia construir uma interpretação *a contrario sensu* do § 2º do art. 108 do CTN, no sentido de que, se o Código Tributário Nacional veda a aplicação da equidade apenas para que se dispense o pagamento do tributo devido, seria possível “em dada situação, diante das circunstâncias pessoais ou materiais do caso, afastar a *lex dura* e criar, para a situação concreta, uma disciplina de exceção, traduzida na dispensa de punição, ou melhor, descaracterização da infração”. Nesse sentido ver: AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216.

<sup>283</sup> *Ibid.*

Para responder a esta indagação é preciso, primeiro, refletir sobre o conceito de equidade. Conforme a formulação original de Aristóteles, a equidade tem uma função retificadora da lei.<sup>284</sup> Nas palavras do filósofo:

O fundamento para tal função retificadora resulta de, embora toda a lei seja universal, haver, contudo, casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio universal. Ora nos casos em que é necessário enunciar um princípio universal, mas aos quais não é possível aplicá-lo na sua totalidade de modo correto, a lei tem em consideração apenas o que se passa o mais das vezes, não ignorando, por isso, a margem para o erro mas não deixando, contudo, por outro lado de atuar menos corretamente. O erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas. Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de modo absoluto, terá errado. É isso que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem.<sup>285</sup>

Posteriormente, os romanos desenvolveram o conceito de *aequitas* como um instrumento para suavizar a natureza extremamente formal e precisa do seu direito.<sup>286</sup> Desse modo, aos pretores romanos foi dado o poder de corrigir os erros causados pela aplicação rígida do direito.<sup>287</sup> Eles tinham tanto o poder de adicionar soluções que o direito não previa quanto de se recusar a aplicar as soluções existentes quando isso criasse injustiça.

Embora se possa argumentar que a equidade, no sentido atribuído por Aristóteles, não era algo “fora do Direito”, na medida em que o julgador deveria decidir o caso como o próprio legislador teria determinado, é fato que, ao longo do tempo, ela foi associada a um conceito externo ao Direito. Nessa perspectiva, a equidade foi relacionada à justiça, ou melhor, ao fazer justiça excepcionando-se a aplicação do Direito Positivo.

Do ponto de vista desta pesquisa, o § 2º, do art. 108 do CTN foi elaborado justamente para proibir a utilização da equidade na sua concepção objetiva (como algo externo ao direito). Em outras palavras, o que é vedado pela legislação tributária é a possibilidade de

---

<sup>284</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Carneiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 125 (1137b1).

<sup>285</sup> Ibid.

<sup>286</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 121.

<sup>287</sup> Ibid.

aplicar a equidade *por si só* para afastar a aplicação de uma norma no caso isolado, com base em considerações externas ao direito.

No entanto, o postulado da razoabilidade como superação é condição de aplicação das normas, notadamente das regras, permitindo a consideração do aspecto individual dos casos, o que pode levar à criação de hipóteses de exceção à regra geral. Como a razoabilidade não é propriamente o objeto da aplicação, mas sim uma norma metódica que estabelece a maneira de aplicação de outras normas, sempre haverá uma regra (de que se cogitará a superação no caso concreto) e princípios (alguns apoiando a aplicação, e outros, a superação da regra) por trás da aplicação da razoabilidade. Com efeito, o postulado da razoabilidade atua para se preservar a constitucionalidade no caso concreto, ou seja, evita o comprometimento no caso particular de finalidades juridicamente relevantes, de princípios e de bens jurídicos. Quando se supera uma regra com fundamento em princípios e bens jurídicos, não se está afastando a regra por força de algo externo ao próprio direito, senão por força destes próprios princípios e bens jurídicos. Então, a vedação ao emprego da equidade, segundo esta pesquisa, não significa uma vedação à utilização do postulado da razoabilidade, apenas uma vedação à utilização da equidade como algo externo ao direito.

Segundo Luciano Amaro, “é óbvio que, se a incidência do tributo, em determinada hipótese, ferir um princípio (por exemplo, o da igualdade, o da capacidade contributiva, o da vedação do confisco etc.), o tributo será afastado, mas não por força da equidade, e sim em virtude do princípio”.<sup>288</sup>

Além disso, caso se entenda que a vedação do § 2º, do art. 108 do CTN significa uma proibição de aplicação do postulado da razoabilidade para a dispensa do tributo devido, esta vedação seria inconstitucional. Isto porque não é compatível com a Constituição brasileira de 1988 uma lei proibindo a dispensa do pagamento do tributo naquelas hipóteses em que o julgador é chamado para evitar situações de inconstitucionalidade nos casos concretos em face de generalizações legislativas e administrativas. Caso contrário, não seria possível evitar eventual comprometimento de bens jurídicos atingidos em casos concretos atípicos, o que evidenciaria flagrante violação à Constituição brasileira de 1988. Esta construção encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da CF/88 (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito...”).

---

<sup>288</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216.

### *3.5. Possibilidades de aplicação da razoabilidade como superação*

Após apresentar o conceito de razoabilidade como um instrumento para a superação da norma no caso concreto atípico, estipular critérios para a sua aplicação e investigar as peculiaridades do direito tributário brasileiro, é importante ilustrar, com alguns exemplos, algumas possibilidades de aplicação desse postulado no âmbito tributário.

O nosso objetivo não é exaurir as possibilidades de aplicação; apenas dar exemplos de casos concretos e fictícios, onde a razoabilidade é (ou pode ser) utilizada para corrigir a lei na sua aplicação, em razão da existência de circunstâncias anormais. Ao mesmo tempo, testam-se os parâmetros objetivos propostos no segundo capítulo, para se fundamentar a superabilidade das normas jurídicas.

#### *3.5.1. Adesão e exclusão de parcelamentos e regimes especiais de tributação*

Os parcelamentos de créditos tributários e os regimes especiais de arrecadação têm como finalidade facilitar a regularização dos créditos tributários. Tanto a adesão quanto a manutenção do contribuinte nos programas, contudo, dependem do preenchimento de algumas condições. A violação de alguma dessas condições impede a consolidação da adesão ou acarreta a exclusão do respectivo programa. Todavia, por vezes, a aplicação das vedações legais compromete excessivamente a justiça individual (ideia de que as pessoas devem ser consideradas com atenção às suas particularidades).

Percebendo esta situação, os desembargadores do Tribunal Regional Federal da Quarta Região têm elaborado precedentes em que a razoabilidade é utilizada para, em face das peculiaridades da situação concreta, permitir um desvio da lei. Fala-se, muitas vezes, também em aplicação da proporcionalidade. Mas o que fica claro é a função de se remeter ao caso isolado para a compreensão metódica de hipóteses excepcionais, e para isto são considerados os interesses individuais do atingido em casos atípicos.

A partir dessa circunstância, é interessante analisar-se a fundamentação de alguns desses julgados, a fim de se constatar quais são os critérios, ainda que implícitos, utilizados

pelo Tribunal para determinar a ocorrência de situação irrazoável e a conseqüente necessidade de superabilidade das regras.

O primeiro caso a ser analisado é a Apelação nº 2006.71.00.039854-3/RS.<sup>289</sup> Uma norma proibia os contribuintes de, enquanto vinculados ao parcelamento excepcional, aderir a novos parcelamentos. Os parcelamentos realizados anteriormente poderiam ser mantidos. O prazo para se realizar a opção pelo parcelamento excepcional encerrava-se em 15 de setembro de 2006. Ao mesmo tempo, uma norma do parcelamento simplificado impedia a sua concessão enquanto não integralmente pago o anterior.

No caso concreto, o contribuinte realizou a opção pelo parcelamento especial em 11 e 12 de setembro de 2006. No entanto, em 15 de setembro de 2006 realizou a opção pelo parcelamento simplificado, relativo a outro crédito tributário. Caso fosse aplicada a literalidade da legislação, o contribuinte não teria direito à opção pelo parcelamento simplificado, pois, anteriormente, tinha aderido ao parcelamento especial.

Os desembargadores, todavia, observaram que a situação concreta era atípica, mostrando-se irrazoável aplicar a literalidade dos dispositivos legais. A anormalidade da situação girava em torno do seguinte: se o contribuinte tivesse feito a opção pelo parcelamento especial no último dia do prazo (15 de setembro de 2006), e não três dias antes, poderia requerer o parcelamento sem óbices por parte da autoridade fiscal.<sup>290</sup> Da mesma forma, os parcelamentos poderiam conviver “se o reduzido lapso temporal (três dias) que separa os pedidos fosse invertido (encaminhando-se primeiro o parcelamento simplificado)”.<sup>291</sup> Com efeito, segundo os desembargadores, a aplicação literal das vedações legais mostrava-se “claramente irrazoável e inadequada à situação concreta”, o que exigia uma interpretação conforme a sua finalidade.

Embora o citado julgado não tenha estabelecido parâmetros objetivos para a aplicação da razoabilidade, é possível observar-se que, ao decidir pela criação de uma exceção à regra, os julgadores consideraram o seguinte: a) o caso era atípico, porque era insignificante o lapso temporal que separava os dois pedidos de parcelamento (três dias). Além disso, se o contribuinte não tivesse feito a adesão antecipada do parcelamento excepcional (três dias antes do prazo), não haveria óbice legal; b) a finalidade das vedações legais é limitar os benefícios decorrentes da opção pelo parcelamento; c) é preciso conjugar os interesses da

---

<sup>289</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 1ª Turma. **AC 2006.71.00.039854-3/RS**. Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, v.u., D.E. 07.07.2011.

<sup>290</sup> Trecho do voto da Des. Federal Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère.

<sup>291</sup> Id.

arrecadação, os deveres anexos de cooperação na relação tributária e a preservação do contribuinte; e d) o parcelamento é um direito, cuja fruição não pode ser inviabilizada pela realização antecipada da opção.

No caso concreto, o fato previsto pela hipótese da regra ocorreu, sim (concessão de parcelamento simplificado enquanto não integralmente pago o parcelamento anterior), mas a consequência do seu descumprimento (não consolidação do parcelamento simplificado) foi afastada, pois o óbice legal só ocorreu porque o contribuinte fez a opção antecipada do parcelamento excepcional. A falta de adoção do comportamento determinado pela regra, no entanto, não comprometeria a sua finalidade subjacente (propiciar a regularização fiscal do contribuinte, porém com a limitação dos benefícios do parcelamento), pois o contribuinte está impedido de aderir a novos parcelamentos após o dia 15 de setembro de 2006 (prazo para realizar a opção pelo parcelamento excepcional).

Além disso, a norma concreta de decisão divergente da hipótese da regra não afetaria a segurança jurídica, pois a circunstância particular (fruição antecipada do parcelamento excepcional com pedido de parcelamento simplificado três dias depois) não seria facilmente reproduzida nem comprovada pelos demais contribuintes que, simplesmente, realizassem a opção pelo parcelamento simplificado após o dia 15 de setembro de 2006.

O segundo caso a ser analisado é a Apelação nº 5000382-23.2010.404.7011/PR.<sup>292</sup> Um contribuinte requereu o parcelamento de seus débitos tributários, nos termos da Lei nº 11.941/2009. Equivocadamente, solicitou o parcelamento dos débitos perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, quando o correto seria requerer perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois não havia pendência no âmbito da Procuradoria. Apesar disso, efetuou todos os recolhimentos mensais, sem que houvesse qualquer oposição ou reembolso por parte da Fazenda Nacional. O parcelamento, todavia, não foi consolidado.

A sentença, adotada como razão de decidir pelo Tribunal, entendeu pela existência e consolidação do parcelamento, a partir dos seguintes fundamentos:

A edição de leis prevendo parcelamentos tributários especiais tem por escopo viabilizar o adimplemento de tributos e a regularização da situação fiscal dos contribuintes, servindo aos interesses desses e do próprio Fisco.

A interpretação e aplicação das leis deve ser orientada pelo princípio da razoabilidade, que impede a extração de conclusões contrárias à própria finalidade da norma posta.

---

<sup>292</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. AC 5000382-23.2010.404.7011/PR. Relatora: Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, v.u., j. 14.06.2011.

(...)

A jurisprudência pátria sustenta o entendimento de que erros formais em procedimentos administrativos não podem implicar sanções desproporcionais ao contribuinte, em especial quando demonstrados a boa-fé e a ausência de prejuízo ao Fisco.<sup>293</sup>

No caso acima, foram aplicados diversos princípios, como a boa-fé e o formalismo moderado, em conjunto com o postulado da razoabilidade. Com efeito, embora o contribuinte não tenha solicitado o parcelamento dos créditos tributários que estavam no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Tribunal determinou o recebimento do pedido de parcelamento. *Superou-se um requisito legal* (realização da opção correta de parcelamento) *para aplicar a norma* (consolidação do parcelamento), sob o argumento de que a aplicação literal dos requisitos legais para a concessão do parcelamento, na situação particular, além de contrariar a finalidade da norma, causaria uma restrição irrazoável ao contribuinte. Em contrapartida, a sua superação promoveria a finalidade da norma, evitaria uma restrição irrazoável ao contribuinte e não traria nenhum prejuízo à administração tributária.

O terceiro caso a ser analisado é a apelação nº 0006648-72.2009.404.7100/RS.<sup>294</sup> Uma empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições — SIMPLES Nacional —, em 1 de janeiro de 2009, em razão da existência de um débito relativo a junho de 2007, que não foi incluído no parcelamento. O fundamento jurídico para a exclusão foi a satisfação das condições da regra que proíbe o recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional na hipótese de débito com o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS — ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Todavia, a própria empresa, antes da exclusão, verificou a existência da pendência e adimpliu o débito, com juros e correção monetária, em 30 de dezembro de 2008.

O Poder Judiciário, provocado por meio de mandado de segurança, considerou *razoável* a reinclusão da empresa no programa, em razão do seguinte: a) a finalidade do SIMPLES é facilitar a regularização dos créditos tributários, mediante a submissão do sujeito passivo a algumas condições — todas preenchidas, diga-se, com exceção da questão do débito —, bem como a ausência de prejuízo aos cofres públicos; b) o caso é atípico, pois o débito

---

<sup>293</sup> Trecho do voto da Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch.

<sup>294</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 1ª Turma. AC 0006648-72.2009.404.7100/RS. Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, v.u., D.E. 07.07.2011.

existente era único e foi adimplido espontaneamente, antes da própria formalização da exclusão; c) a reinclusão da empresa no SIMPLES promove a finalidade do programa, ou seja, “proporcionar ao contribuinte a regularização de suas pendências fiscais, enquanto desenvolve suas atividades, ao mesmo tempo em que abre ensejo ao ingresso de recursos nos cofres públicos”.<sup>295</sup>

Nesse caso, o fato previsto pela hipótese da regra ocorreu (existência de débito que não estava com a sua exigibilidade suspensa), mas a consequência do seu descumprimento (exclusão do programa) foi superada, porque a falta de adoção do comportamento determinado pela regra não comprometeria a sua finalidade subjacente (facilitar o adimplemento da dívida fiscal). Finalmente, a exceção criada para a solução do caso concreto não afetaria a segurança jurídica, pois a circunstância particular (existência de apenas um débito, adimplido voluntariamente, antes da exclusão) não seria facilmente alegada, muito menos comprovada, pelos demais contribuintes que, simplesmente, estiverem com pendências com o fisco.

O quarto e último caso a ser analisado é a Apelação nº 0001423-62.2009.404.7103/RS.<sup>296</sup> A análise desse caso é relevante porque o Tribunal rejeitou criar uma hipótese de exceção à regra que determinava a exclusão de um programa de parcelamento especial em caso de recolhimentos irregulares, sob o ponto de vista da razoabilidade. Uma cooperativa argumentava que, durante longo tempo, adimpliu regularmente as parcelas mensais e que a exclusão do programa especial acarretaria o seu fechamento — argumentos que não foram aceitos pelo Tribunal para caracterizar exclusão irrazoável.

Implicitamente, o Tribunal considerou o seguinte: a) o caso concreto era típico, pois se tratava de inadimplemento regular, tanto parcial como total, e não houve a quitação posterior voluntária; b) ficou caracterizado o prejuízo ao fisco; c) a regra que determina a exclusão do programa de parcelamento especial em caso de recolhimentos irregulares é constitucional e proporcional, pois não gera violações aos direitos subjetivos dos contribuintes na maioria dos casos, embora admita que esta mesma regra pode causar danos excessivos em casos atípicos; e d) o desvio da regra no caso típico, além de afetar a segurança jurídica, não promoveria a

---

<sup>295</sup> Trecho do voto da Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère.

<sup>296</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 1ª Turma. AC 0001423-62.2009.404.7103/RS. Relatora: Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, v.u., D.E. 07.07.2011.

finalidade do programa (regularização das suas pendências fiscais dos contribuintes), já que ficou evidenciado o desinteresse no adimplemento dos débitos existentes.

Em suma, no caso dos parcelamentos de créditos tributários e dos regimes especiais de arrecadação, observa-se que o Tribunal Regional Federal da Quarta Região tem vislumbrado a necessidade de se criarem exceções às regras, tanto para se manter quanto para se consolidar a adesão aos respectivos programas, naqueles casos atípicos em que, caracterizados a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo ao fisco, a aplicação da regra traria restrições inaceitáveis para o contribuinte, além de prejudicar a finalidade dos programas e o interesse do próprio fisco no adimplemento dos créditos tributários. Observa-se, por fim, que a importância da regularização da situação fiscal dos contribuintes, nitidamente, torna as normas relativas aos programas de parcelamento menos resistentes à superação.

### *3.5.2. Substituição tributária para frente e valor da venda inferior à base de cálculo presumida*

Uma zona fértil para a aplicação do postulado da razoabilidade como equidade são os casos concretos atípicos em que são satisfeitas as condições das normas de finalidade simplificadora.<sup>297</sup> Essas normas, para serem constitucionais em abstrato, devem atender a certos requisitos: (i) idoneidade; (ii) necessidade; (iii) normalidade média; (iv) neutralidade; (v) não-excessividade; e (vi) ajustabilidade.

A **idoneidade** significa que a norma deve ser adequada para propiciar o alcance da finalidade perseguida (simplificação). Medidas que não são adequadas para se aumentar a praticabilidade tributária e se garantir a igualdade geral são inconstitucionais. No entanto, geralmente, as medidas de simplificação atendem a este critério. A **necessidade** da norma de simplificação, em tese, significa que somente se pode recorrer a esta medida “quando seja impossível evitar as desigualdades resultantes das medidas de simplificação sem a criação de

---

<sup>297</sup> Sobre as normas de finalidade simplificadora Klaus Tipke afirma: “(...) para o descongestionamento da administração tributária o legislador trabalha com tipificações e liquidações por cálculo aproximado, taxas médias, isenções simplificadoras, quotas isentas e limites de isenção. Todas essas normas de finalidade simplificadora devem fixar uma normalidade média; desse modo elas produzem um tratamento desigual no caso concreto (exemplo: um custo de propaganda montante global na quantia X trata corretamente segundo o princípio de liquidez apenas os casos nos quais os custos de propaganda importem em X; todos os demais são privilegiados ou prejudicados)” (TIPKE & , Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 232).

dificuldades expressivas para a Administração tributária”.<sup>298</sup> Todavia, como sempre é possível imaginar-se outra solução que respeite mais a capacidade contributiva do que aquela adotada pelo legislador, o critério da necessidade da medida simplificadora cinge-se a uma investigação de caráter fraco, no sentido de proibir uma norma *manifestamente* desnecessária. A **normalidade média** (ou compatibilidade com a realidade) significa que, para a maioria dos casos regulados pela norma simplificadora, a tributação individual deve aproximar-se mais da capacidade contributiva do que aconteceria se não existisse o mecanismo simplificador.<sup>299</sup> A **neutralidade** exige que a norma de simplificação considere as diferenças entre os grupos profissionais atingidos e não cause efeitos negativos relativamente aos bens jurídicos essenciais para o exercício da livre concorrência.<sup>300</sup> A **não-excessividade** significa que a norma de simplificação, ao fixar uma normalidade média, não pode restringir excessivamente qualquer direito fundamental em relação aos casos regulares, ou seja, proíbe a restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.<sup>301</sup> A **ajustabilidade** é necessária em virtude da possibilidade de a norma de simplificação, embora válida e constitucional para a média dos casos, ocasionar efeitos iníquos em casos que se desviem do padrão adotado pela norma.

O que esta pesquisa propõe é que o postulado da razoabilidade como equidade se constitui no instrumento jurídico que possibilita esta “ajustabilidade” ou “correção” da norma de simplificação. Com efeito, na hipótese de sacrifícios a direitos fundamentais do sujeito atingido no caso concreto atípico, é possível que o julgador os proteja sem pronunciar a declaração de inconstitucionalidade da norma. Em outras palavras, é permitido ao Poder Judiciário examinar se a norma de simplificação, embora válida como regra geral, deve ser harmonizada diante do caso concreto.

Um exemplo para se ilustrar essa possibilidade de aplicação do postulado da razoabilidade como equidade é a substituição tributária para frente e os casos extraordinários em que o valor da venda é muito inferior à base de cálculo presumida, causando um gravame ao contribuinte.

---

<sup>298</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. Fundamentos e limites constitucionais da simplificação tributária: uma análise sistemática à luz dos aportes doutrinários e jurisprudenciais alemães. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p. 87, 2007.

<sup>299</sup> MOLINA, Pedro Herrera. **Capacidad económica y sistema fiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 162.

<sup>300</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

<sup>301</sup> Id., **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146.

Na substituição tributária para frente, o tributo relativo aos fatos geradores futuros é recolhido antecipadamente, sobre uma base de cálculo presumida, que deve representar aquilo que normalmente acontece naquele âmbito de mercado. Essa técnica de recolhimento está expressamente prevista no § 7º, do art. 150 da CF/88, instituído pela EC nº 03/93:

A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Em face da regra constitucional acima, a primeira questão controvertida é a constitucionalidade das normas de simplificação tributária instituídas com base neste dispositivo jurídico. A segunda questão controvertida é se a restituição da quantia paga é assegurada constitucionalmente tanto nos casos em que o fato gerador não ocorra quanto nos casos em que o valor presumido for diferente do valor real praticado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1851/AL, entendeu pela constitucionalidade da substituição tributária facultativa no imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação — ICMS —, instituída pela cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/1997, que previa. A ementa do julgamento é a seguinte:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6º E 7º DO ART. 498 DO DEC. Nº 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1º DO DEC. Nº 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2º, INC. 2º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC nº 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando

margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.<sup>302</sup>

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por maioria, que a substituição tributária é um instrumento de praticabilidade tributária<sup>303</sup> compatível com a Constituição Federal. Entendeu ainda, analisando o caso de substituição tributária facultativa, que o fato gerador presumido é definitivo, ou seja, a restituição do imposto recolhido a maior só é possível diante da não-realização do fato gerador.

Em sentido contrário, o Min. Carlos Velloso defendeu que:

(...) na substituição tributária para frente é assegurada a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Ora, se o fato gerador tem, na base de cálculo, a sua expressão valorativa, ou sua dimensão material, força é convir que o fato gerador se realiza nos termos dessa sua dimensão material, nem mais nem menos. Assim reitero o voto que proferi quando do julgamento da cautelar, no sentido de que não é constitucional a cláusula 2<sup>a</sup> do convênio ICMS 13/97, dado que a mesma nega direito à restituição do excesso de ICMS recolhido, na hipótese de a base de cálculo do fato gerador ocorrer em montante menor do que o valor pago, tendo em vista a base de cálculo presumida.<sup>304</sup>

A extensão do § 7º do art. 150 da CF/88, em casos de substituição tributária compulsória para frente, está sendo analisada nas ADI's n<sup>os</sup> 2675 e 2777, que estão com o julgamento empatado, com cinco votos para cada lado. Na ADIN 2675, votaram a favor de

---

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1851**. Relator: Min. Ilmar Galvão, v.m., DJ 22.11.2002.

<sup>303</sup> Praticabilidade, nas palavras de Isensee, é o nome que designa a “totalidade das condições que garantem uma execução eficiente e econômica das leis” (ISENSEE, Josef. **Die Typisierende Verwaltung: Gesetzsvollzug im Massenverfahren am Beispiel der Typidierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts**. Berlin: Dunker & Humblot, 1976, *apud* COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90). Mizabel Derzi, por seu turno, entende que a praticabilidade “compreende uma série de recursos, utilizados pela lei ou por atos normativos da Administração Pública, que se destinam a simplificar e facilitar a execução em massa das normas” (BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao poder de tributar**, 7. ed. atualizada por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 580).

<sup>304</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1851**. Relator: Min. Ilmar Galvão, v.m., DJ 22.11.2002.

que a citada norma abrange a restituição dos tributos pagos a maior os ministros Carlos Velloso, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Para restringir o alcance da regra aos casos de não-realização do fato gerador presumido, votaram os ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie. Na ADIN 2777, votaram a favor da restituição dos valores recolhidos a maior os ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. E votaram contra, mais uma vez, os ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie.

Essa é uma questão controvertida, pois, de um lado, o dever de restituir a quantia paga a maior em todos os casos em que o valor presumido for diferente do valor real praticado reduz as vantagens da norma de simplificação tributária. Este perigo, contudo, pode ser minimizado pela correta formulação da medida de simplificação tributária. Como exposto, para que as normas de simplificação sejam válidas, devem positivar uma “normalidade média”. Desse modo, as discrepâncias entre o valor real e o presumido devem ser limitadas aos casos extraordinários, o que leva ao uso limitado da restituição. Se apenas os casos extraordinários podem ser desviados da medida de simplificação, o dever de restituição “não tem como provocar insegurança e custos capazes de bloquear as vantagens da padronização”.<sup>305</sup>

De outro lado, não restituir a quantia paga a maior significa alargar a base de cálculo e, por conseguinte, tributar fato para além do aspecto material da hipótese de incidência prevista pela regra de competência tributária. Há que se refletir se o fato de a CF/88 ter elencado normas atributivas de competências tributárias, que, na maioria das vezes, indicam especificamente as hipóteses materiais em que os tributos podem ser instituídos, impõe o dever de restituição do imposto pago a maior no direito brasileiro.

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade da substituição tributária, afirmam alguns, já impede que se pleiteie a restituição do tributo pago quando os valores reais, que serviram de base de cálculo do tributo, forem menores que os valores presumidos. O significado da declaração de constitucionalidade, contudo, é “apenas o de que a norma integra validamente o ordenamento jurídico e está apta a incidir”.<sup>306</sup> Há uma obrigatoriedade quanto ao reconhecimento da validade da norma declarada constitucional em

---

<sup>305</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

<sup>306</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, n. 86, p. 368, 2002.

controle abstrato. Todavia, como já se destacou, não é porque uma norma é válida e as suas condições são satisfeitas que ela será aplicada. Em outras palavras, ainda que a substituição tributária tenha sido declarada constitucional, em controle concentrado, é possível, por meio da aplicação do postulado da razoabilidade, no controle difuso, questionar-se uma eventual aplicação inconstitucional da substituição tributária.

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal consolide orientação no sentido que o § 7º do art. 150 da CF/88 não assegura a restituição nos casos em que os valores reais forem menores que os valores presumidos, o postulado da razoabilidade permite questionar, em controle difuso, uma eventual aplicação inconstitucional da substituição tributária. Em particular, nos casos em que os valores reais, que serviram de base de cálculo do tributo, forem *extraordinariamente menores* que os valores presumidos pelo Estado.

Nessa linha de raciocínio, Mizabel Derzi afirma que:

[...] em sede de controle abstrato é possível ao STF dizer, em tese, se uma presunção é razoável e proporcional à média dos casos (...). Outra questão diferente se põe, em cada caso concreto, em relação a todos aqueles contribuintes que não se encontrem dentro daquela média razoável. Entendemos não ser possível ao Poder Judiciário recusar-se a examinar o caso concreto e negar a justiça individual.<sup>307</sup>

A partir dessa circunstância, coloca-se a possibilidade de a padronização ser válida, mas, em casos concretos atípicos, “deixar de ser aplicada porque provoca efeitos mais intensos relativamente a determinados contribuintes”.<sup>308</sup> Alfredo Augusto Becker negava esta possibilidade com base nos seguintes argumentos:

Se a hipótese de incidência atendeu à regra constitucional, por ser uma presunção de renda ou capital acima do indispensável, então, o juiz não poderá nunca “deixar de aplicar” a lei tributária (não poderá deixar de reconhecer a incidência da regra jurídica tributária), mesmo que aquela presunção não se realize num determinado caso concreto singular. Permitir que o juiz, em cada caso concreto singular e sob o fundamento acima indicado “deixe de aplicar” a lei tributária, significa: a) perder toda a certeza e praticabilidade do direito; b) desconhecer que a criação da regra jurídica necessariamente deforma a realidade e lhe imprime um determinismo artificial; c) substituir o Direito pela Moral; d) confundir validade e justiça da regra jurídica; e) inverter toda a fenomenologia jurídica, pois a referida

---

<sup>307</sup> DERZI, Misabel. A praticidade, a substituição tributária e o direito fundamental à justiça individual. In: CAPOS, Octávio (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 274-275.

<sup>308</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

regra jurídica tributária tem a estrutura lógica e atuação dinâmica idênticas à da regra que estabelece a presunção *juris et jure*.<sup>309</sup>

Data vênia, aqui se confunde a satisfação das condições previstas numa hipótese normativa com a aplicabilidade necessária da norma. Como já se sublinhou anteriormente, as condições de uma regra podem ser satisfeitas, mas a sua aplicação ser excepcionada.<sup>310</sup> Para proteger os direitos subjetivos dos contribuintes contra generalizações, que, em casos extraordinários, se contrapõem expressivamente à isonomia e à justiça particular, faz-se necessária a aplicação do postulado da razoabilidade.

### *3.5.3. Imposto de renda da pessoa física e desonerações específicas*

Outros exemplos de normas simplificadoras que servem para ilustrar possibilidades de aplicação do postulado da razoabilidade como superação são os limites e critérios de dedução para fins do imposto de renda da pessoa física.

#### *3.5.3.1. Limite quantitativo à dedução de despesas com educação dos dependentes*

Como se sabe, existe uma norma que permite a dedução de despesas com educação de dependentes até determinado limite.<sup>311</sup> Agora, imagine-se um contribuinte que vive uma situação extraordinária, pois um dependente seu é afetado por problemas psicológicos e de aprendizagem, fato comprovado por laudo médico, e, como consequência, necessita de um gasto com educação, apenas para satisfazer as necessidades básicas, que é manifestamente superior aos limites legais destinados a satisfazer as necessidades básicas dos contribuintes

---

<sup>309</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 2002, p. 489-490.

<sup>310</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 154.

<sup>311</sup> Atualmente, o limite de abatimento com educação está fixado em R\$ 2.958,23 (dois mil, novecentos e cinquenta e oito reais e vinte e três centavos).

em geral.<sup>312</sup> Neste caso, indaga-se é possível um desvio do padrão legal para, então, se permitir a dedução das despesas com educação dos dependentes.

Segundo esta pesquisa, tal desvio não só é possível como é um dever decorrente do postulado da razoabilidade-equidade, porque estão preenchidos todos os parâmetros objetivos que norteiam a sua aplicação. De um lado, a decisão individualizada de permitir a dedução dos gastos com saúde, ainda que incompatível com o limite de dedução, não prejudica a promoção da finalidade específica subjacente à regra, que é, justamente, a proteção da educação por meio da desoneração tributária. De outro lado, a exceção à regra que limita a dedução é motivada por uma situação particular que não será facilmente reproduzível ou alegável por outros afetados, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação.

Finalmente, cabe lembrar que, nas hipóteses em que o direito à educação estiver subjacente à regra, menor deverá ser a resistência à superação. Da mesma forma, a regra deverá ser tão menos resistente quanto mais importante for o bem jurídico para a manutenção de condições básicas de vida.

### *3.5.3.2. Proibição ao pai que não detém a guarda de dedução das despesas médicas, não previstas na decisão judicial, com o alimentando*

Na tributação da família, os gastos com filhos de pais separados podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda. Todavia, a legislação brasileira (art. 4º, § 3º, do RIR/99) prescreve que apenas o pai (ou a mãe) que detém a guarda, em virtude de sentença judicial, pode optar pela declaração em conjunto (ao invés de apresentar uma declaração em nome do filho menor) e, então, utilizar-se das deduções gerais (art. 8º da Lei nº 9.250/95).

Ao pai (ou à mãe) que não detém a guarda “cabe a dedução do montante integral da *pensão alimentícia* paga em cumprimento de decisão judicial, acordo homologado judicialmente ou de escritura pública elaborada nos termos do art. 1.124-A do CPC (art. 8º, II, *f*, da Lei nº 9.250/95, na redação dada pela Lei nº 11.727/08)”.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 107.

<sup>313</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 46, p. 75, 2010.

As despesas médicas e de educação dos alimentandos, contudo, só podem ser deduzidas pelo pai (ou pela mãe) que não detém a guarda, na hipótese de serem pagas em cumprimento de decisão judicial, acordo homologado judicialmente ou de escritura pública elaborada nos termos do art. 1.124-A do CPC (art. 8º, § 3º, da Lei nº 9.250/95). Isto porque a pensão alimentícia já se destina a abranger as despesas básicas do alimentando, estando aí incluídas, em tese, as despesas com educação e saúde.<sup>314</sup> Com efeito, há uma norma (art. 78, § 1º, do RIR) proibindo a inclusão do alimentando como dependente do alimentante e o aproveitamento por este das deduções gerais relativas àquele.

Vamos imaginar, no entanto, que o alimentando é diagnosticado com uma doença séria que pode levar à morte e o alimentante passa a ter de arcar com despesas extraordinárias decorrentes dos medicamentos e do tratamento de seu filho. A partir desta circunstância, é possível indagar se estas despesas médicas extraordinárias com o alimentando deveriam ser dedutíveis, ainda que não previstas em decisão judicial, acordo homologado judicialmente ou escritura pública. Andrei Pitten Velloso defende a dedução destas despesas extraordinárias, “haja vista decorrerem de imperativo jurídico e moral dos pais e repercutirem na capacidade contributiva do alimentante”.<sup>315</sup> Todavia, permitir que o pai separado possa abater as despesas com o filho enfermo, se elas não estão previstas no acordo judicial, significa superar a regra que proíbe o alimentante de incluir o alimentando como seu dependente para o aproveitamento das deduções gerais.

No caso hipotético, o postulado da razoabilidade é o instrumento apto a considerar o aspecto individual do caso, permitindo a criação da hipótese de exceção à regra geral. A falta de aplicação da regra no caso (proibição ao pai que não detém a guarda de dedução das despesas médicas, não previstas na decisão judicial, com o alimentando) não prejudica a promoção da finalidade subjacente à regra (impedir que o alimentante abata duas vezes as despesas com o alimentando, uma deduzindo o valor relativo à pensão e outra se aproveitando das deduções gerais). Pelo contrário, permitir, no caso anormal, que o pai separado possa abater as despesas com o filho enfermo promove o valor específico subjacente à regra de dedução das despesas com dependentes (satisfazer as necessidades básicas de saúde dos dependentes). Ademais, a falta de aplicação da regra no caso também não prejudica o princípio da segurança jurídica, pois a circunstância particular (diagnóstico de doença que pode levar à morte) não seria facilmente reproduzível e comprovada pelos demais contribuintes.

---

<sup>314</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 46, p. 75, 2010.

<sup>315</sup> Ibid.

### 3.5.4. Isenções

O reconhecimento do direito à isenção depende do preenchimento dos requisitos estipulados no respectivo dispositivo jurídico. Desse modo, quando o contribuinte não cumpre algum dos requisitos, a administração tributária não reconhece o direito. Por vezes, a aplicação literal dos requisitos legais, todavia, compromete de modo irrazoável a justiça individual. Com efeito, há precedentes relativos a casos atípicos em que os julgadores relativizam determinados requisitos legais.

Interessante analisar dois precedentes do Tribunal Regional Federal, ambos de relatoria da Des. Luciane Amaral Corrêa Münch. No primeiro caso (AC 5000457-47.2010.404.7210/SC),<sup>316</sup> um contribuinte pleiteava o reconhecimento da isenção do imposto de renda sobre os rendimentos de pessoas físicas portadoras de doenças graves. A Fazenda Nacional argumentava que o contribuinte não teria cumprido requisito legal a que está condicionada a isenção, qual seja, apresentação de laudo pericial emitido por serviço médico oficial.

Os desembargadores, por unanimidade e citando precedente do Superior Tribunal de Justiça,<sup>317</sup> afastaram o requisito legal (laudo pericial emitido por serviço médico oficial) para o reconhecimento da isenção do imposto de renda, porque existiam outras provas que comprovavam a doença, conforme esclarece o acórdão que foi prolatado nestes termos:

[...] no tocante à necessidade de laudo pericial emitido por serviço médico oficial, a alegação não merece prosperar. A inexistência de tal laudo não é capaz de impedir a concessão da isenção quando as provas juntadas aos autos demonstram suficientemente que o postulante é portador de moléstia que autoriza o seu reconhecimento.

---

<sup>316</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. **AC 5000457-47.2010.404.7210/SC**. Relatora: Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, v.u., D.E. 11.07.2011.

<sup>317</sup> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISENÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. NEOPLASIA MALIGNA. PROVAS. AUSÊNCIA DE LAUDO MÉDICO OFICIAL. LIBERDADE DO JUIZ NA APRECIÇÃO DAS PROVAS. 1. As Turmas da Primeira Seção sedimentaram entendimento no sentido de que o comando dos arts. 30 da Lei nº 9.250/95 e 39, § 4º, do Decreto nº 3.000/99 não podem limitar a liberdade que o Código de Processo Civil confere ao magistrado na apreciação das provas constantes dos autos. 2. Comprovada a existência da neoplasia maligna por meio de diversos documentos acostados aos autos, não pode ser afastada a isenção do imposto de renda em razão da ausência de laudo médico oficial. Precedentes. 3. Recurso especial a que se nega provimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Resp. 883997/RS**, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 26.02.2007).

Cabe salientar que tal condição não se mostra absoluta, devendo-se ponderar a razoabilidade da exigência legal no caso concreto.

Entendo que a finalidade da norma que requer “(...) *laudo pericial emitido por serviço médico oficial* (...)” é prestigiar a presunção de veracidade conferida aos atos administrativos emanados de agente público.

Entretanto, não se trata de prova tarifada, pois, a despeito de a previsão legal considerar suficiente o laudo emitido por serviço médico oficial, não se pode reputá-la indispensável.<sup>318</sup>

Ora, no caso concreto, afastou-se um requisito formal (laudo médico oficial), porque a finalidade do requisito (comprovar a doença grave tipificada) foi atingida de outra forma (relatórios, atestados médicos, resultados de exames). Além disso, não se buscava enquadrar doença não relacionada pela norma entre aquelas que dão direito à isenção (requisito material), mas apenas afastar um requisito formal.

No segundo caso (AC 5003509-47.2011.404.7200/SC),<sup>319</sup> um contribuinte também pleiteava o reconhecimento da isenção do imposto de renda sobre os rendimentos de pessoas físicas portadoras de doenças graves. Todavia, os desembargadores, por unanimidade, não reconheceram o direito à isenção, sob o argumento de que se interpretara literalmente a legislação tributária que dispunha sobre a outorga de isenção (art. 111 CTN).

No precedente acima, a Des. Relatora destacou o seguinte: a) a dignidade humana do contribuinte não estava ameaçada, pois este, não obstante tenha provado ter gastos com medicamentos, os mesmos são perfeitamente supríveis pela sua renda, que se mostra bem satisfatória em relação ao rendimento médio de um trabalhador brasileiro; b) o fato de ter despesas com remédios não é suficiente ao deferimento do pleito, sendo necessário verificar se a doença legalmente prevista se mostra presente no caso; c) o laudo médico comprovou que o contribuinte sofre de cardiopatia, mas que esta não se reveste de quadro de gravidade, conforme exige a legislação; d) a finalidade da norma isentiva é proteger o contribuinte que padece de moléstia grave e gasta demasiadamente com o tratamento; e) no caso em tela não se pode ampliar a norma para que incida sobre hipótese na qual não foi demonstrada a existência de doença grave nela compreendida; e f) correto, portanto, o não reconhecimento da isenção, tendo-se em vista que a concessão de isenção em matéria tributária se interpreta restritivamente (art. 111 do CTN).

---

<sup>318</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. AC 5000457-47.2010.404.7210/SC. Relatora: Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, v.u., D.E. 11.07.2011.

<sup>319</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. AC 5003509-47.2011.404.7200/SC. Relatora: Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, v.u., D.E. 11.07.2011.

Neste segundo precedente, buscava-se enquadrar doença não relacionada pela norma entre aquelas que dão direito à isenção (requisito material). A análise dos dois precedentes citados indica que a jurisprudência, de um lado, admite superar *condições formais* para reconhecer o direito à isenção. De outro lado, a jurisprudência não admite a superação de *condições materiais* (rol das doenças tipificadas) para reconhecer o direito à isenção.

A investigação de um terceiro precedente explicita essa distinção. Nesse caso,<sup>320</sup> um militar postulava o reconhecimento do direito à isenção do imposto de renda, na medida em que comprovou possuir “paralisia irreversível incapacitante”. Todavia, a legislação instituiu a isenção do imposto de renda na fonte apenas sobre as parcelas recebidas a título de *aposentadoria, reforma ou pensão*, em decorrência de uma lista de enfermidades, onde está incluída a “paralisia irreversível incapacitante”. Como o militar ainda não se encontrava reformado, o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de tutela antecipada.

No julgamento do agravo de instrumento, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos seguintes termos:

Na hipótese dos autos não pairam dúvidas sobre a incapacidade da parte agravante. Há atestado e laudo médico, expedidos por profissionais vinculados ao exército, demonstrando que o autor possui “paralisia irreversível incapacitante”.

O juízo *a quo*, contudo, indeferiu a tutela sob o fundamento de que inexistia notícia nos autos de que o recorrente (militar) tenha sido julgado incapaz definitivamente para o serviço castrense em face das moléstias que possui, pois, segundo afirma, ainda não obteve a reforma.

O requisito relativo à percepção de proventos de aposentadoria, pensão ou reforma por quem tencione se beneficiar da isenção ao imposto de renda não pode ser aplicado de forma absoluta. Ou seja, deve-se atentar, com prioridade, para o atendimento das condições materiais decorrentes do escopo da norma isentiva em detrimento de aspectos meramente formais.

Na espécie, embora o autor não esteja momentaneamente percebendo proventos de reforma, é inequívoco que é portador de doença que, de acordo com o art. 108, V, da Lei nº 6.880/80, gera incapacidade definitiva, situação que, nos termos do art. 106, II, da mesma lei, implica a reforma *ex officio* do militar.

Sendo o militar portador de enfermidade que, além de gerar isenção do imposto de renda, é motivo para a reforma *ex officio*, torna-se irrelevante verificar a que título, formalmente, ele percebe seus proventos, como no

---

<sup>320</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. **AG 5001890-51.2011.404.0000/RS**. Relatora: Juíza Federal Convocada Carla Evelise Justino Hendges, v.u., D.E. 11.07.2011.

caso, em que possui direito incontestado à reforma. O fato de a lei não prever a isenção relativamente aos proventos referentes à reserva remunerada quando o militar for portador de alguma das moléstias que implicam a isenção do imposto de renda decorre da presunção de que, em tal condição, o militar não pode mais estar na reserva, mas, por expressa determinação legal, já ter sido conduzido à reforma. (...).<sup>321</sup>

O precedente acima ilustra o fato de que a jurisprudência começa a entender *as condições formais* para o reconhecimento ao direito de isenção como passíveis de superação, sobretudo quando a sua aplicação provoque, no caso isolado, uma severidade, tanto à luz da finalidade da regra quanto à de outras normas jurídicas.

A jurisprudência vai descobrindo aos poucos quais são os casos atípicos de severidade irrazoável. Passa, portanto, a formar grupos de casos, comparando-os para dissociar aqueles que necessitam de um desvio da regra ou do padrão adotado. A análise dos precedentes deixa claro que o grau de resistência irá variar de acordo com a importância da realização do princípio subjacente conexo.<sup>322</sup> Quanto mais importante for a finalidade subjacente à regra, tanto menor deverá ser a sua resistência à superação. Do mesmo modo, quanto mais importante for o bem jurídico valorizado pela regra, tanto menor deverá ser a sua resistência à superação.<sup>323</sup>

O estudo dos precedentes também demonstra a necessidade do preenchimento de requisitos procedimentais para a superação de regras, no sentido de o contribuinte, em primeiro lugar, exteriorizar de forma clara e racional o motivo pelo qual necessita de uma decisão excepcional, e, em segundo lugar, comprovar a condição extraordinária que justifique tal desvio.

---

<sup>321</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. 2ª Turma. **AG 5001890-51.2011.404.0000/RS**. Relatora: Juíza Federal Convocada Carla Evelise Justino Hendges, v.u., D.E. 11.07.2011.

<sup>322</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109.

<sup>323</sup> *Ibid.*

## CONCLUSÃO

A razoabilidade é empregada no direito em diversos sentidos. Este trabalho se restringiu à investigação do conceito de razoabilidade como um instrumento para a superação das normas — notadamente das regras<sup>324</sup> —, naquelas situações em que as particularidades do caso foram sobremodo desconsideradas pela generalização legal.<sup>325</sup>

Tendo-se em vista a constatação de que o mero discurso de que se deve dar exceções às regras e que estas são tratadas do ponto de vista da razoabilidade é insuficiente para se possibilitar o uso intersubjetivamente controlável desse postulado, buscou-se investigar as condições necessárias para a aplicação do postulado da razoabilidade como superabilidade. O modelo proposto é provisório e passível de reformulação. A análise dos casos concretos vai demonstrar essa necessidade. Posteriormente, a investigação recaiu sobre o direito tributário — justamente um setor em que a generalidade se faz necessária e o princípio da segurança jurídica tem uma importância acentuada —, para explicitar algumas possibilidades de aplicação desse postulado.

Depois de percorrer o caminho, é possível destacar as seguintes afirmações como teses do trabalho formulado:

1. A razoabilidade é empregada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, em diversos sentidos distintos. Um deles diz respeito à capacidade de harmonização da norma geral com o caso individual.

2. O Tribunal Constitucional Federal Alemão, apesar de, na maioria dos casos, tratar razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos, em algumas decisões confere àquela sentido autônomo em relação a esta. Em algumas situações esse sentido autônomo significa remeter ao caso isolado para a compreensão metódica de hipóteses excepcionais, e como ajuda a esta compreensão são considerados os interesses individuais do atingido em casos atípicos de severidade.

---

<sup>324</sup> Entende-se por superabilidade da norma tanto as situações em que se exclui a aplicação da regra em dado caso atípico, quanto as situações em que se afasta, no caso concreto excepcional, um critério ou padrão legal presente na hipótese da norma, para incluir o caso particular.

<sup>325</sup> O trabalho abordou a superabilidade da norma quando ela é defeituosa *em função de sua generalidade*, ou seja, nos casos de *subinclusão* e de *sobreinclusão*. Não foram objeto de estudo aquelas situações em que a aplicação da regra ao caso concreto, apesar de promover a sua finalidade, vai de encontro a um princípio — ou a vários — que institui — ou instituem — razões contrárias à sua aplicação.

3. O Tribunal Constitucional Federal Alemão esclarece que um regulamento até pode estar de acordo com a Constituição (em abstrato), mas o exame da razoabilidade (em concreto) pode indicar casos excepcionais que se afastem da hipótese da regra. Trata-se do reconhecimento da possibilidade de casos concretos atípicos em que as normas, já consideradas constitucionais em abstrato, ocasionem uma restrição aos direitos do atingido.

4. O assunto da razoabilidade como superação está muito ligado ao da igualdade, porque só se afasta a lei (ou um critério inserido na sua hipótese normativa) no caso concreto quando se apura uma desigualdade juridicamente relevante entre os atingidos pela regra.

5. Existe uma diferença entre a satisfação das condições da hipótese de uma regra e a sua aplicação. As condições de uma regra podem ser satisfeitas, mas a sua aplicação ser excepcionada pela razão motivadora da própria regra, ou pela existência de princípios que instituem razões contrárias consideradas mais fortes, no caso, pelo julgador.

6. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que algumas situações particulares demandam o estabelecimento de ressalvas não previstas pela regra geral, a fim de se evitar uma aplicação absurda da norma (ou seja, uma aplicação contrária à sua razão justificadora).

7. Tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são normas metódicas que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras através da imposição de relações entre elementos, com base em determinados critérios, encaixando-se, portanto, na categoria de postulados normativos aplicativos, apresentada por Humberto Ávila. No entanto, não há uma identidade absoluta entre os modos pelos quais os dois exames estruturam a interpretação e a aplicação das demais normas.

8. A ponderação não é uma característica exclusiva do conflito de princípios e do exame da proporcionalidade; é simplesmente um instrumento destinado a atribuir peso a elementos que se chocam.

9. Quanto ao postulado da proporcionalidade, destacam-se os seguintes aspectos: **a)** é utilizado quando há um conflito direto de princípios; **b)** está relacionado às situações em que há uma relação entre uma medida concreta e uma finalidade, notadamente, como um instrumento para a aplicação de princípios que colidem em torno desta relação; **c)** há uma pretensão de controle da atividade legislativa, evitando-se a criação de leis desproporcionais; **d)** não é simples análise meio *versus* fim, pois tem uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), aplicados em uma ordem predefinida: (i) - o critério da *idoneidade* é apreciado sem se levar em conta a situação pessoal de um cidadão atingido pela medida, constituindo uma avaliação abstrata entre meio e fim; (ii) - o critério da *necessidade* é utilizado — tendo-se em

vista uma medida adequada — para comparar isoladamente meios e determinar qual é o mais “suave”; (iii) - o critério da *proporcionalidade*, em sentido estrito, consiste numa comparação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Caso a relevância da promoção da finalidade justifique o grau de restrição causado aos direitos fundamentais colidentes, a medida concreta será considerada proporcional; e) se a proporcionalidade em sentido estrito abranger também a ponderação dos *interesses pessoais* dos titulares dos direitos fundamentais que, em *casos anormais*, sofram uma *restrição insuportável*, o exame da razoabilidade-equidade será incluído no exame da proporcionalidade.

**10.** O postulado da razoabilidade como superação é utilizado quando se verifica a existência de casos atípicos de severidade. Relaciona-se, sobretudo, à pessoa atingida.

**11.** As regras são moralmente boas e expressam uma conciliação entre muitos valores. *Grosso modo*, uma regra, além de promover a finalidade específica que lhe é subjacente, promove também os valores relacionados à segurança jurídica.

**12.** As regras incorporam mais casos do que deveriam, ou deixam de incorporar casos que deveriam incorporar, para concretizar as suas finalidades específicas subjacentes. Com efeito, a sua aplicação literal produz, por vezes, resultados sub-ótimos, isto é, contrários à razão motivadora da própria regra.

**13.** A *sobreinclusão* manifesta-se quando a regra engloba casos que não são relevantes para a concretização do seu propósito, enquanto a *subinclusão* se manifesta quando as regras deixam de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes.

**14.** Tanto as regras comportamentais quanto os princípios possuem um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões entendidas como mais relevantes pelo aplicador, diante do caso concreto.

**15.** O positivismo presumível é o modelo que deve ser adotado, pelas seguintes razões: **a)** ao considerar as regras como razões excludentes, mas não razões excludentes peremptórias, esse modelo não torna o processo de decisão tão complexo e sofisticado, como faz o modelo do particularismo sensível às regras, ao mesmo tempo em que evita os resultados absurdos; **b)** o modelo do positivismo presumido também não exige juízes tão mais qualificados e com tempo ilimitado para decidir, o que aumentaria o custo das decisões e diminuiria a celeridade; **c)** é o modelo que melhor compreende e preserva a função das regras jurídicas de *alocar e controlar poder*, ou melhor, fixar que determinadas decisões devem ser tomadas por uma

instituição específica, e não deixadas para uma ponderação de razões a cargo de outra instituição; e **d**) permite que as regras jurídicas efetivamente cumpram a sua função de reduzir problemas de coordenação, deliberação, custo e conhecimento.

**16.** As regras fomentam a igualdade (geral), ao mesmo tempo em que a afetam (igualdade particular); são meios para a atingir, mas também impedem a sua realização.

**17.** O postulado da razoabilidade surge como *condição* de aplicação das normas, notadamente das regras, exigindo uma relação entre a justiça geral e a particular, impondo a harmonização da regra com o caso concreto.

**18.** O mandado geral do postulado da razoabilidade como superação diz respeito à exigência de se levarem em consideração as circunstâncias pessoais do sujeito atingido (justiça particular) na aplicação das regras gerais e abstratas aos casos atípicos. No entanto, o postulado não irá sempre permitir a criação de uma hipótese de exceção à regra geral, porque ele não é um princípio que pesa sempre a favor da justiça particular, mas um postulado que exige um determinado equilíbrio entre a justiça geral e a justiça individual.

**19.** Os requisitos materiais — cumulativos — de aplicação do postulado da razoabilidade como superação são os seguintes: **(a)** não comprometimento da finalidade específica subjacente à regra: a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica a promoção da finalidade específica subjacente à regra; e **(b)** não restrição do valor formal sobrejacente às regras: a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, é motivada por uma situação particular que não será facilmente reproduzível ou alegável por outros afetados, por dificuldade de ocorrência ou de comprovação.

**20.** Como as regras buscam promover finalidades subjacentes diversas, o grau de resistência irá variar de acordo com a importância da realização do princípio subjacente conexo. As seguintes regras argumentativas complementam as condições materiais antes citadas: **(a)** quanto mais importante for o princípio subjacente à regra, tanto menor deverá ser a sua resistência à superação; e **(b)** quanto mais importante for o bem jurídico valorizado pela regra para determinado princípio, tanto menor deverá ser a sua resistência à superação.

**21.** Tomando em conjunto os dois critérios materiais, duas regras argumentativas auxiliam na preservação do princípio da segurança jurídica: **(a)** a resistência à superação de uma regra será maior quanto maior for o valor do princípio da segurança para a interpretação da matéria regulada pela regra; e **(b)** a segurança jurídica será mais importante quanto maior for a sua ligação com a finalidade específica subjacente à regra.

**22.** Os requisitos procedimentais — cumulativos — do postulado da razoabilidade como superação são os seguintes: **a)** ônus argumentativo: exteriorizar de forma clara e racional a fundamentação da superabilidade, demonstrando-se o preenchimento dos requisitos materiais no caso concreto; e **b)** ônus de prova (para o atingido) / ônus de estar baseado em provas (para o julgador).

**23.** Algum descompasso entre a tipificação e poucos casos isolados é inevitável e aceitável, assim como algum grau de severidade. Todavia, quando há restrições irrazoáveis no caso concreto, é possível ao aplicador superar a norma jurídica (ou o critério jurídico para fruição da vantagem consagrada na norma) sem pronunciar a declaração de inconstitucionalidade da norma.

**24.** Na Alemanha, a possibilidade de se proferirem decisões que corrigem a generalidade da norma é, por vezes, consagrada na própria legislação, por meio de *cláusulas de equidade*. Essas cláusulas são caracterizadas por sua ligação a uma regra padrão, onde se colocam como uma permissão, concedida pelo legislador, para que o aplicador do direito corrija a aplicação rígida da norma, quando isso gerar uma severidade no caso concreto.

**25.** As cláusulas de equidade normalmente adotam a forma de cláusulas de exclusão, afastando determinados casos concretos do âmbito da norma. Mas elas também podem funcionar como normas de inclusão, ou seja, como uma autorização para que aqueles casos que não foram englobados pela lei (mas que devem ser tratados igualmente, a teor do valor e do objetivo do regulamento) recebam um tratamento igualitário. Excepcionalmente, as cláusulas de equidade podem funcionar como uma compensação ao atingido.

**26.** O sistema constitucional tributário desenvolve-se mais em direção à segurança jurídica dos contribuintes do que em direção à função corretiva da igualdade, no que diz respeito à instituição ou à majoração de tributos. Isso porque (i) as limitações constitucionais ao poder de tributar e as normas atributivas de competência tributária são elencadas no texto constitucional, e (ii) a competência tributária, ordinária e residual é atribuída por regras — regras que, na maioria dos casos, indicam especificamente as hipóteses em que os tributos podem ser instituídos. Ao mesmo tempo, o sistema constitucional tributário desenvolve-se preservando a igualdade individual enquanto manifestação da justiça particular, tanto ao estabelecer a capacidade contributiva como um princípio geral da tributação (só excepcionando o seu uso quando isto for impossível), quanto em razão de o texto constitucional prever direitos fundamentais, como o princípio da dignidade humana.

**27.** O princípio da segurança jurídica é destinado à proteção do cidadão e exige a adoção de condutas que levem à realização do ideal de estabilidade, confiabilidade,

previsibilidade e mensurabilidade na atuação estatal. A ideia de fundo é que a concretização deste ideal conduza à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

**28.** As normas atributivas de competências tributárias são regras constitutivas e definitivas não passíveis de superação por argumentos contrários à sua realização. Desse modo, o postulado da razoabilidade não pode ser aplicado para alargar as competências tributárias.

**29.** O § 2º, do art. 108 do CTN foi elaborado para proibir a utilização da equidade na sua concepção objetiva (como algo externo ao direito). O que é vedado pela legislação tributária, portanto, é a possibilidade de aplicar a equidade *por si só* para afastar a aplicação de uma norma no caso isolado com base em considerações externas ao direito. Com efeito, esta vedação não alcança o postulado da razoabilidade, que atua para preservar a constitucionalidade no caso concreto, ou seja, evita o comprometimento, no caso particular, de finalidades juridicamente relevantes, de princípios e de bens jurídicos. Quando se supera uma regra com fundamento em princípios e bens jurídicos, não se está afastando a regra por força de “algo externo ao próprio direito”, senão por força desses próprios princípios e bens jurídicos.

**30.** Caso se entenda que a vedação do § 2º, do art. 108 do CTN significa uma proibição de aplicação do postulado da razoabilidade para a dispensa do tributo devido, essa vedação seria inconstitucional. Isto porque não é compatível com a Constituição brasileira de 1988 uma lei proibindo a dispensa do pagamento do tributo naquelas hipóteses em que o julgador é chamado para evitar situações de inconstitucionalidade nos casos concretos, em face de generalizações legislativas e administrativas. Essa construção encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da CF/88.

**31.** A aplicação do postulado da razoabilidade como superação ao direito tributário mediante o preenchimento dos requisitos materiais e procedimentais desenvolvidos mantém a vinculação com a segurança jurídica.

**32.** A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros ainda não tem uma tradição de utilizar o postulado da razoabilidade como superação para resolver questões tributárias.

**33.** O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por seu turno, tem elaborado alguns precedentes em que a razoabilidade é utilizada para permitir, em face das peculiaridades da situação concreta, um desvio da literalidade da legislação tributária — notadamente em casos relativos a parcelamentos de créditos tributários e regimes especiais de arrecadação.

**34.** Ainda que a substituição tributária tenha sido declarada constitucional, em controle concentrado, é possível, por meio da aplicação do postulado da razoabilidade, no controle difuso, questionar-se uma eventual aplicação inconstitucional da substituição tributária.

**35.** Nas hipóteses em que o princípio da proteção à saúde estiver subjacente à regra tributária, menor deverá ser a sua resistência à superação. Da mesma forma, a regra deverá ser tão menos resistente quanto mais importante for o bem jurídico para a manutenção da vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis & PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. **Ratio Juris** 13, n.º 2. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, p. 305-325, 2000
- AARNIO, Aulis. **Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics**. London: Cambridge University Press, 1997.
- ALBRECHT, Rüdiger Konradin. **Zumutbarkeit als verfassungsmaßstab**. Berlin: Dunker und Humblot, 1995.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ALEXANDER, Larry & SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. **The rules of rules — morality, rules and the dilemmas of law**. Durham e Londres: Duke University Press, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL NETO, Franciso dos Santos. A equidade no código civil brasileiro. In: **Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Carneiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho**, 4. ed. Barcelona: Ariel, 2007.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, n. 86, t. II, p. 361-374, 2002.
- ÁVILA, Humberto “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br.rede.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul., 2001. Disponível em: <<http://www.direito publico.com.br>>. Acesso em: 1 fev. 2011.

- \_\_\_\_\_. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Sistema constitucional tributário**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao poder de tributar**, 7. ed. atualizada por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo do princípio jurídico da igualdade**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BAYÓN, Juan Carlos. Sobre la Racionalidad de Dictar y Seguir Reglas. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 19, 1996.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 2002.
- BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (Orgs.). **Reasonableness and Law**. Dordrecht: Springer, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, nº 16, mai./jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2011.
- CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 220-246, jan./mar. 2005.
- CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.
- COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DERZI, Misabel. A praticidade, a substituição tributária e o direito fundamental à justiça individual. In: CAPOS, Octávio (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.
- ERIKSSON, Lars D. Tendencias Conflictivas em el Derecho Moderno”. In: AARNIO, Aulis; VELDÉS, Ernesto Garzón & UUSITALO, Jyrki (Orgs.). **La normatividad del derecho**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 1997.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**, 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- GALBINSKI, Diego & GOMES DE OLIVEIRA, A. A amortização do ágio de si mesmo e os limites jurídicos da liberdade fiscal: uma proposta de solução do problema, à luz do sistema jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre: IOB Thomson, v. 7, p. 5, 2005.
- GALBINSKI, Diego. Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Operações de saída interestaduais de produtos farmacêuticos. Redução da base de cálculo. Estabelecimentos distribuidores. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 189, jun. 2011.
- GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: estudios de teoria y metateoría del derecho**. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- CORSO, Guido. The principle of reasonableness in administrative law. In: **Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics**, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 385-399, 2003.
- HAGE, Jaap & PFORDTEN, Dietmar Von der (Orgs.). **Concepts in Law**. Dordrecht: Springer, 2009.
- HAGE, Jaap. **Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its underlying Logic**. Dordrecht: Kluwer, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Studies in legal logic**. Holanda: Springer, 2005.
- HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**. V. XLIX. London: Harrison & Sons, p. 171-194, 1948
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_. Defeasibility in law and logic. In: **Informatics and the Foundations of Legal Reasoning**. Law and Philosophy Library. Kluwer Academic Publishers: Dordrecht, p. 99-117, 1995.
- MOLINA, Pedro Herrera. **Capacidad económica y sistema fiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- NABAIS, José. Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.
- OSSENBÜHL, Fritz. Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. In Rüthers, Berndt e Stern, Klaus (orgs.) **Verantwortung in Verfassungstaat. Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik**, München: Beck, p. 315-327, 1999.
- PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Springer, 2010.

- PERNICE, Ingolf. **Billigkeit und Härteklauseeln im öffentliche Recht**. Baden-Baden: Nomos, 1991.
- PRAKKEN, Henry. The three faces of defeseability in Law. **Ratio Juris**, 17:1 (2004), 118-139.
- RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Pratical Reasons and Norms**, 2. ed. Oxford: University Press, 2002.
- RUGGERI, Antonio. The principle of reasonableness and the distinctiveness of constitutional interpretation. In: **Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics**, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 239-298, 2003.
- SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. **EUI Working Paper LAW**. University Institute (EUI): Department of Law, 2009.
- \_\_\_\_\_. Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law. **EUI LAW Working Paper**. University Institute (EUI): Department of Law, n° 23, p. 1-12, 2006.
- SCACCIA, Gino. **Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costitucionale**. Milão: Giuffrè, 2000.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: Belknap, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Thinking like a lawyer — a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, v. 75, p. 268-286, 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 798, p. 23-50, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica dos casos difíceis do direito**. Tese (Doutorado em filosofia). Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- TIPKE, Klaus & LANG, Joachim. **Direito tributário**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de**

**direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 22 de maio de 2011.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

VELLOSO, Andrei Pitten. A proibição de tributos com efeitos de confisco na Alemanha. **Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n. 35, abr. 2010. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/andrei\\_velloso.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/andrei_velloso.html)>. Acesso em: 04.06.2011.

\_\_\_\_\_. A teoria da igualdade tributária e o controle da proporcionalidade das desigualdades de tratamento. **Revista Tributária e das Finanças Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 76, p. 36-72, 2007.

\_\_\_\_\_. A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais. **Revista Fórum de Direito Tributário.** Belo Horizonte: Fórum, v. 46, p. 65-86, 2010.

\_\_\_\_\_. **Conceitos e Competências Tributárias.** São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. Fundamentos e limites constitucionais da simplificação tributária: uma análise sistemática à luz dos aportes doutrinários e jurisprudenciais alemães. **Revista Fórum de Direito Tributário.** Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p. 61-105, 2007.

\_\_\_\_\_. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** London: Harvard University Press, 2006.

VIOLA, Francesco. Reasonableness, cooperation and the golden rule. In: **Ars Interpretante: yearbook of legal hermeneutics**, vol. 7 (2002): Vernunft und Interpretation. Münster: Lit, p. 91-111, 2003.