

UM EXEMPLO SOBRE ISENÇÃO FISCAL E A SUPERABILIDADE DA NORMA JURÍDICA EM HART E EM DWORKIN

UN EJEMPLO SOBRE EXENCIÓN FISCAL Y LA DERROTABILIDAD DE LA NORMA JURÍDICA EN HART Y EN DWORKIN

Pedro da Silva Moreira

RESUMO

A superabilidade da regra jurídica constitui um dos temas mais controversos da Teoria do Direito. Percebe-se, na prática jurisprudencial brasileira, certa aceitabilidade com a possibilidade de superação normativa, sem que haja, no entanto, critérios definidos para o afastamento de comandos legais. Este trabalho objetiva estudar, à luz de um exemplo sobre isenção fiscal para deficientes físicos, dois pensadores da Filosofia do Direito que, de alguma maneira, fornecem substrato para entender o que significa, ao fim, superar uma regra. A ideia é apreciar, em primeiro lugar, o positivismo de Hart, no seio de um contexto normativo, linguístico, que posiciona a superabilidade no escopo da indeterminação do Direito. Em um segundo momento, passa-se à análise do pós-positivismo de Ronald Dworkin, com o intuito de entender a hipótese de superabilidade da regra jurídica na interação com princípios.

Palavras-chave: Superabilidade normativa; Regras; Princípios; Hart. Dworkin; Isenção fiscal

RESUMEN

La derrotabilidad de la regla jurídica representa uno de los temas más controvertidos de la Teoría del Derecho. Se puede observar, en la práctica judicial brasileña, cierta aceptabilidad con la posibilidad de derrotar las normas, sin que haya, en verdad, criterios claros para el desplazamiento de comandos legales. El presente trabajo objetiva estudiar, a la luz de un ejemplo sobre exención fiscal para personas discapacitadas, dos pensadores de la Filosofía del Derecho que, de alguna manera, proporcionan elementos para entender lo que significa, de hecho, derrotar una regla. La idea es analizar, en primer lugar, el positivismo de Hart, en un contexto normativo, del lenguaje, que posiciona la derrotabilidad en el seno de la indeterminación del Derecho. En un segundo paso, se intenta estudiar el post-positivismo de Ronald Dworkin, a fin de comprender la hipótesis de derrotabilidad de la regla jurídica en la interacción con principios.

Palabras clave: Derrotabilidad; Reglas; Principios; Hart; Dworkin; Exención fiscal

INTRODUÇÃO

O art. 55, I, “c”, da Lei Estadual n. 8.820/89¹, prevê, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, isenção quanto ao ICMS destinado à aquisição de veículos automotores, desde que o veículo seja “*adaptado às necessidades de seus adquirentes*”, em razão de deficiência física ou paraplegia². Redação semelhante possui o Decreto Estadual n. 32.144/85, em seu art. 4º, VI, ao cuidar da mesma isenção em relação, desta vez, ao IPVA.

A interpretação literal dos dispositivos³ mencionados conduz à inferência de que a norma⁴ permite a concessão da isenção apenas quando o próprio adquirente, portador da deficiência, possa conduzir o veículo; caso contrário, utilidade alguma teria a previsão quanto ao caráter “adaptado” do automóvel. Ademais, o método de interpretação resta determinado pelo art. 111, II, do Código Tributário Nacional, que dispõe que a legislação que cuida de outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

Nesse contexto, seria possível conceder a isenção para o indivíduo com síndrome de down, que – em razão da deficiência – não pode conduzir o veículo? O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em entendimento majoritário, reconhece o direito à isenção não apenas a quem possua síndrome de down, mas também qualquer deficiência mental, admitindo a possibilidade de que o veículo (que não mais precisa ser adaptado) seja dirigido por terceiros.⁵ No julgamento da Apelação Cível n. 70036086791⁶, o órgão julgador, entre outras justificativas, motivou sua decisão extensiva com estes argumentos:

¹ A referida norma dispõe o seguinte: Art. 55. *Estão isentas, nos termos e condições discriminados neste artigo: I – as saídas de: [...] c) os veículos automotores, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, adaptados às necessidades de seus adquirentes, em razão de deficiência física ou paraplegia, desde que respeitadas as condições previstas em regulamento;*

² Note-se que a Instrução Normativa DRP n. 45/98, no Título I, Capítulo I, Seção 8.0, Subseção 8.1, estabelece uma série de requisitos para que seja, efetivamente, deferida a isenção, entre eles o laudo de perícia médica que discrimine as características específicas necessárias para que o motorista portador de deficiência física possa dirigir o veículo, a cópia da CNH e o comprovante de rendimentos. Isso demonstra, de modo claro, e em consonância com a transparência semântica da disposição normativa, que a isenção destina-se à compra de veículos adaptados para que, por óbvio, possa o próprio portador de deficiência conduzi-lo.

³ Adota-se, desde já, com algum esforço para evitar a fácil mescla, a distinção entre dispositivo e norma, sendo esta produto da interpretação daquele, do texto, de modo que não existe – necessariamente – correspondência unívoca entre ambos. Ver GUASTINI, 2005, p.24.

⁴ Não olvidamos a distinção entre regras e princípios, como diferentes espécies normativas; todavia, a sua utilização surge nesse trabalho apenas a partir do estudo da teoria dos princípios de Dworkin.

⁵ Há uma série de precedentes nesse sentido no âmbito do TJ/RS: Ver, como exemplo, TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048718290. Relator: Francisco José Moesch. Julgada em 30.05.2012. Também encontramos entendimento semelhante no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP. 9ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento n. 0102977-56.2012.8.26.0000. Relator: Sergio Gomes. Julgado em 29.08.2012.

⁶ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70036086791. Relator: Marco Aurélio Heinz. Julgada em 01.12.2010.

[...] Pois no campo da interpretação da lei o formalismo jurídico vem cedendo espaço; tanto a doutrina quanto a jurisprudência pouco a pouco, passo a passo, vêm prestigiando os princípios como padrões valiosos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, inserindo-os no centro de uma nova concepção do Direito a que Luiz Roberto Barroso chama de pós-positivista.

O exemplo acima, que voltará a permear as ideias ao longo deste escrito, ilustra uma compreensão singular que, assim, permite superar ou “derrotar”⁷ a norma jurídica ou o significado que, *prima facie*, dela pode ser extraído. Em nosso exemplo, independentemente das justificativas que possam fundar o raciocínio judicial, há de se assentar, como premissa de análise, que houve o afastamento de um dever-ser concreto, de uma norma com condição de aplicação explícita. A regra que determina que, para isenções, a legislação será interpretada de modo literal não foi aplicada. Até porque, frise-se, o afastamento dessa norma é condição necessária (mas não suficiente) para a extensão do campo de aplicação dos comandos que autorizam a isenção de ICMS e de IPVA, abandonando-se o requisito da adaptação do automóvel.

A possibilidade de que uma regra seja derrotada ou superada⁸ no momento da interpretação e aplicação do Direito é tema delicado na teoria jurídica e, com recorte mais específico, constitui o objeto de análise deste artigo. Essa prática, perfeitamente identificada no exemplo das isenções, parece restar absorvida sem muita perplexidade pelos tribunais e por parte significativa da doutrina brasileira, independentemente do caráter contingente ou necessário da superabilidade. A ideia deste artigo é explorar duas concepções distintas sobre a aplicação do Direito e que, de modos e intensidades diferentes, contribuem para a compreensão do fenômeno (ou prática) aqui descrito.

Trata-se, em linhas sintéticas, de apreciar, especificamente quanto a este ponto, as contribuições de H. L. A. Hart e de Ronald Dworkin para o entendimento do tema, observando-se em que medida e de que maneira, para cada um desses autores, é possível afirmar a possibilidade de superabilidade ou derrotabilidade da norma jurídica.

Na primeira parte deste trabalho, procede-se ao exame da ideia de indeterminação do Direito e de “zona de penumbra” das normas, por meio da compreensão positivista de Hart. Na segunda parte, passa-se ao estudo sobre o papel dos princípios na aplicação de soluções

⁷ Usaremos o termo “derrotar”, oriundo da ideia de *derrotabilidad* (no espanhol) e *defeasibility* (no inglês) para expressar a ideia de que uma regra pode ser deslocada, afastada, de modo que sua relevância normativa resulte mínima, seja pela “textura aberta” das normas, seja pela interação entre regras e princípios, seja, ao fim, por considerações extrajurídicas.

⁸ Superabilidade, em nosso contexto, tem o mesmo significado que derrotabilidade. Humberto Ávila, por exemplo, prefere utilizar o termo superabilidade. Ver ÁVILA, 2009, p. 112.

normativas, desta vez à luz dos ensinamentos pós-positivistas de Ronald Dworkin. O confronto entre esses dois caminhos, cientificamente adversários e nem sempre antagônicos, possibilita uma abordagem mais profícua acerca do que significa, na verdade, superar uma norma.

1. A LINGUAGEM E A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO NO POSITIVISMO DE HART

Parte da obra principal de Hart, *The Concept of Law*, destina-se a demonstrar a razão pela qual não se pode compreender o Direito como um conjunto de ordens coercitivas emanadas de um soberano, mas – efetivamente – como um conjunto de normas primárias (destinadas a impor deveres) e de normas secundárias (de reconhecimento, modificação e julgamento) (HART, 1994, p.79). Essa é uma caracterização extremamente sucinta que objetiva tão somente posicionar o positivismo de Hart na esfera normativa; ou seja, no estudo do Direito como norma ⁹.

Se o enfoque é, portanto, normativo, é essencial efetuar uma distinção crucial, que conecta a aplicação do Direito às indeterminações da linguagem, da comunicação textual. Normas jurídicas não se confundem com os textos ou disposições que constituem o objeto de análise do intérprete. Disposição e norma são coisas díspares. A norma representa, na verdade, o texto interpretado; é o resultado do trabalho de interpretação, de maneira que não existe correspondência bi-unívoca e necessária entre ambos: é possível que haja norma sem dispositivo, dispositivo sem norma, mais de uma norma a partir de um dispositivo, mais de um dispositivo e só uma norma ¹⁰.

Assentadas essas premissas, pode-se observar, no pensamento de Hart, como problemas de indeterminação da linguagem (refletidos no dispositivo) podem contribuir para a relativa ou parcial indeterminação do Direito no momento de sua interpretação e aplicação, requerendo uma construção do núcleo de sentido da norma.

⁹ Kelsen também compreendia o Direito, do ponto de vista científico, como um sistema de normas: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”. Ver KELSEN, 2009, p. 79.

¹⁰ Humberto Ávila, também a partir de Guastini, adota com precisão essa distinção. Ver ÁVILA, 2009, p.32.

1.1. A “textura aberta” do Direito e a aplicação da norma jurídica

O Direito pretende, a partir das práticas sociais existentes, orientar comportamentos, definir padrões gerais de conduta. Adota, para tanto, uma linguagem geral vinculante, destinada a estabilizar as expectativas dos destinatários desses padrões, não só em relação às respostas judiciais às controvérsias, mas – de modo anterior – em relação aos atos individuais no bojo da interação social. Conforme já mencionado, a comunicação desses padrões, dessas normas que guiam condutas, efetiva-se por meio da linguagem, da edição de um texto. Ínsita à linguagem, a imprecisão pode ser identificada em determinados contextos, requerendo uma definição interpretativa por parte do aplicador da norma. Imagine-se, por exemplo, uma Constituição que proíba a imposição de penas cruéis¹¹. Não se pode, pela própria indeterminação do dispositivo textual, definir – antecipadamente – o exato significado do termo “cruel”. Eis a “textura aberta” da norma jurídica, que exige do aplicador uma concreção interpretativa no momento de solucionar normativamente o caso.

Uma das razões para essa abertura repousa na impossibilidade de o legislador antecipar-se a todas as prováveis hipóteses de incidência de uma norma, exaurindo todos os contextos específicos e possíveis que podem reclamar a sua aplicação.¹² A compreensão formalista e estritamente silogística¹³, prevalente na era dos códigos, que absorvia o mito do legislador racional, já não possui espaço nessa seara em que se identifica no Direito não uma ciência estática, mas uma prática interpretativa que, em terrenos de indeterminação, exige concreções mais ou menos discricionárias por parte do intérprete (GARCIA AMADO, 2006).

Um singelo exemplo dessa indeterminação versa sobre uma suposta regra que proíba a entrada de veículos no parque (HART, 1994, p. 126). No campo semântico do termo “veículos” seria possível incluir bicicletas, skates, aviões ou carrinhos de bebê? Esse é um bom exemplo de indeterminação normativa, que possibilita relativa (e não total) margem de discricionariedade ao julgador, que tem de precisar, na especificidade do caso, o que se

¹¹ Jeremy Waldron entende que, em determinadas circunstâncias, é desejável que o Direito seja impreciso, que todos os conceitos não estejam, antes da apreciação concreta, definidos. O essencial, nessa linha, não é exatamente o que é ou não cruel, como no exemplo citado, mas que este debate esteja sempre presente na sociedade, que não impõe penalidades sem refletir sobre o aspecto cruel da sanção. Nas palavras do autor: “*We do not agree on many things in our society, but perhaps we can agree on this: that we are a better society for continuing to argue about certain issues than we would be if such arguments were artificially or stipulatively concluded*”. WALDRON, 1994, p. 540.

¹² “(...) human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring. This inability to anticipate brings with it a relative indeterminacy of aim”. HART, p. 128.

¹³ Nas palavras de Cesare Beccaria: “*O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro*”. BECCARIA, 2006, p. 22.

encaixa no termo “veículos”. Na concepção de Hart, há casos que se enquadram em uma “zona de penumbra”, e, dentro dessa zona, o juiz faz uma escolha entre as possibilidades fornecidas na “textura aberta”, exercendo – desse modo – legítima discricionariedade¹⁴.

Dizer que o juiz possui discricionariedade para eleger um dos sentidos possíveis para a palavra “veículo” não significa afirmar que possa eleger qualquer um, ou que essa escolha seja feita de modo arbitrário, ou – mais ainda – que qualquer coisa possa ser chamada de “veículo”. A linguagem normativa, ao mesmo tempo em que fornece a “zona de penumbra”, apresenta também os núcleos claros de sentido. E são esses núcleos que precisamente limitam a atuação judicial. As normas estabelecem um padrão a ser considerado nas decisões judiciais e, ainda que o juiz use sua discricionariedade para definir precisamente como esse padrão será compreendido na circunstância fática, ele não está livre para alterar ou modificar o padrão estabelecido pelo legislador¹⁵.

Descrever o que seria esse padrão de sentido constitui tarefa nada simples, até porque é o próprio intérprete da norma quem define o que está na “penumbra” e o que está no núcleo claro¹⁶. É possível, utilizando-se do exemplo dos veículos no parque, fixar que um carro de passeio se enquadra no termo “veículos” e que um carrinho de bebê não. Afirmar que um carro de passeio é um “veículo” é simples, pois dificilmente ele não seria considerado um veículo em outra circunstância. O importante é perceber que a escolha entre os sentidos possíveis da palavra “veículo” repousa na observação do contexto em que ela está inserida e na definição interpretativa do padrão legal que serve de limite à discricionariedade do juiz. Isso permite que exista “zona de penumbra” não apenas quando a palavra utilizada é vaga,

¹⁴ Hart entende que, nos casos de relativa indeterminação normativa, há uma escolha por parte do aplicador. *“In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise a discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is reasonable compromise between many conflicts interests”*. HART, 1994, p. 132.

¹⁵ Essa é uma ideia complexa, pois seria possível compreender esse padrão de maneira fraca, ou seja, conferindo-lhe apenas a força que impede o juiz de vulnerar o texto da norma, quando ele é inequívoco. De outro modo, poder-se-ia conceber que esse padrão representaria a finalidade da norma, o seu propósito e, assim, dar-lhe um conteúdo mais forte. De todas as formas, segue o texto original de Hart, em trecho comparativo com as regras de contagem de pontos em um jogo: *“We are able to distinguish a normal game from the game of ‘scorer’s discretion’ simply because the scoring rule, though it has, like other rules, its area of open texture where the scorer has to exercise a choice, yet has a core of settled meaning. It is this which the scorer is not free to depart from, and which, so far as it goes, constitutes the standard of correct and incorrect scoring, both for the player, in making his unofficial statements as to the score, and for the scorer in his official rulings”*. HART, 1994, p. 144.

¹⁶ Por isso, talvez seja necessário assumir – e isso se faz com certa timidez – que não se escapa de conceder aos juízes e tribunais uma tarefa criadora do direito, ou pelo menos no sentido da concreção, ou seja, da definição específica dos significados deontológicos à luz da norma geral, criando-se – para o caso – uma norma individual. Ver KELSEN, 2009, p. 391.

imprecisa ou, dentro do contexto, indeterminada, mas que – mesmo sendo determinada ou precisa – a sua aplicação opõe-se ao núcleo de sentido que amarra o julgador.

Por que um carrinho de bebê não pode ser considerado um “veículo” no cenário do parque e um carro de passeio sim? Quando o aplicador procede à definição da abertura semântica do termo a que se refere a proibição baseia-se, efetivamente, em um padrão. O mesmo padrão ou núcleo de sentido que permite ao intérprete refutar a proibição de carrinhos de bebê no parque, dizendo que estes não são “veículos”, deve conduzir a decisão judicial quando se estiver a cuidar de uma ambulância que precise resgatar um enfermo (WALDRON, 1994, p. 537).

Aqui entramos em outra seara, seguramente mais sinuosa. A “textura aberta” do Direito já não tem conexão estrita apenas com a indeterminação da linguagem (no sentido de ser impossível precisar antecipadamente os sentidos da palavra “veículo”). O problema é de desvio do núcleo de sentido da norma, do propósito que se pode inferir da proibição legal. Uma ambulância é um veículo e ela é chamada exatamente porque se necessita de um veículo para transportar um paciente (WALDRON, 1994, p. 537). Não fosse um veículo ela não teria utilidade. O juiz que deixa de aplicar a proibição para este caso o faz não porque acredite que uma ambulância não seja um veículo, mas por estar seguro de que essa aplicação contraria o propósito da norma, contraria o padrão que ele mesmo utilizou para definir a razão pela qual um carro de passeio, no contexto do parque, é um veículo e um carrinho de bebê não é. Em outras palavras, se o juiz precisa observar o sentido da norma (e o faz, segundo Hart, de modo quase legislativo) para decidir o que é ou não um veículo, ele não poderia desviar-se desse sentido no momento de decidir pela proibição na hipótese da ambulância, que é – sem dúvida – um veículo. A razão subjacente da regra orienta a decisão tanto no caso da vagueza semântica quanto no caso da precisão literal em desconformidade com essa mesma razão subjacente.

Portanto, quando o juiz retira a ambulância do campo de aplicação da norma, ele cria uma exceção para a regra, que poderia ser enunciada da seguinte forma: *É proibida a entrada de veículos no parque, exceto ambulâncias*. Essa atividade, no contexto positivista, é essencialmente legislativa, reconstruindo o julgador o sentido nuclear do padrão definido pelo legislador¹⁷. Mas é importante assentar que, para Hart (1994, p. 139), uma regra que termine

¹⁷ Frederick Schauer sublinha que, na compreensão de Hart, o juiz atuaria como um legislador e, em casos de “penumbra”, utilizaria também as considerações políticas da esfera legislativa, no sentido de reconstruir o núcleo

com a palavra “exceto” segue sendo uma regra; ou seja, a universalidade, mesmo superável, continua universal (MACCORMICK, 2008, p.328).

1.2. A superabilidade da norma jurídica em Hart

O exemplo da ambulância demonstra um caso de derrotabilidade ou superabilidade da norma jurídica. Trata-se de uma exceção implícita¹⁸ que não foi prevista de antemão pelo legislador, mas que – à luz do núcleo de sentido da norma – pode ser identificada pelo juiz no uso de sua discricionariedade. Hart parece não desenvolver com ênfase e clareza essa questão da “textura aberta” em casos de superabilidade da regra em consideração ao seu propósito ou sentido, mas não há razões para compreender que essa ideia não esteja contida em sua teoria. Para ele, “*a textura aberta do Direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento humano nas quais muita coisa deve ser desenvolvida pelos tribunais [...] um equilíbrio entre os interesses em conflito, cujo peso varia em cada caso*”¹⁹.

1.2.1. Dois sentidos de superabilidade

Na linha até aqui abordada, e no intuito de retomar os objetivos delineados em nossas considerações iniciais, é possível afirmar que, no entendimento de Hart, há pelo menos duas concepções de superabilidade da norma jurídica.

A primeira, mais fraca, refere-se à ambiguidade, imprecisão e vagueza que podem caracterizar os textos normativos e, por consequência, causar certa indeterminação no Direito. Como o julgador exerceria alguma escolha nessa zona obscura, para a definição de significados, seria possível falar aqui em normas “derrotáveis” ou, ao menos (e isto pode ser mais apropriado) em significados normativos *prima facie* superados.

A segunda, mais forte e mais controversa, corresponde à “textura aberta” em relação ao padrão de sentido da norma; ou seja, à observância do propósito da regulação de determinada conduta. Em outras palavras, normas jurídicas seriam “derrotadas” ou “superadas” quando a sua aplicação literal, ainda que não haja qualquer imprecisão semântica,

de sentido da norma, tendo em vista que – em determinados casos – a razão subjacente da norma não é aparente. Ver SCHAUER, 2009, p. 153.

¹⁸ Sobre esse aspecto, ver BAYON e RODRIGUEZ, 2003, p. 293.

¹⁹ No original: “*The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*”. HART, 1994, p. 35.

conduza a uma decisão judicial contrária ao núcleo de sentido ou padrão normativo que limita a discricionariedade do julgador²⁰.

Esse último ponto é muito bem explorado por Frederick Schauer (2009, p.163), quando trata dos casos em que o texto fornece uma má resposta²¹. O exemplo da ambulância poderia ser perfeitamente incluído nesse contexto, pois a aplicação literal do texto conduziria a uma consequência absurda, que seria a proibição da entrada de uma ambulância no parque para atender uma emergência. Schauer cita o exemplo de Lon Fuller sobre a proibição de que pessoas durmam na estação de trem, a partir da qual seria absurdo tornar ilícito o cochilo do homem de negócios que, cansado, espera um trem (SCHAUER, 2009, p. 164).

Este seria, de modo bastante sintético, um segundo sentido de derrotabilidade a partir da leitura de Hart: o significado literal da regra é superado não pela imprecisão dos termos, mas essencialmente pelo núcleo de sentido que, ao mesmo tempo que limita a discricionariedade do julgador, é por ele definido no processo de aplicação da norma.

1.2.2. A superabilidade e o exemplo das isenções fiscais para portadores de deficiência

Estudada brevemente a concepção positivista de Hart, voltemos então ao nosso exemplo das isenções fiscais para apreciá-lo à luz desses dois sentidos de superabilidade ou derrotabilidade acima expostos.

Em relação ao primeiro sentido, ele, em princípio, só seria aplicável em situações de “penumbra” semântica, de imprecisão dos termos; ou seja, quando fosse necessário, por exemplo, definir o que se encaixa em “deficiência física” ou, ademais, o que se poderia entender por “veículos adaptados”²². Se recordarmos o caso, destacaremos que a regra dispõe que as isenções serão concedidas a portadores de deficiência física ou paraplegia na “*aquisição de veículos adaptados às suas deficiências*”. Aqui, e já o fizemos no início, tomamos a liberdade de concluir que esse requisito de adaptabilidade do veículo pressupõe que o condutor seja o próprio portador de deficiência. Na sequência, sublinhamos

²⁰ Nesse aspecto, é importante salientar que – para Hart – o juiz, no uso de sua discricionariedade, atua como se fosse um legislador, criando uma norma para o caso e aplicando-a retroativamente.

²¹ Nas palavras de Schauer: “*In this category the words do give an answer, but the answer seems unacceptable. At the extreme, the answer given by the words will simply appear absurd*”.

²² Sobre esse aspecto, ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047454319. Relatora: Denise Oliveira Cesar. Julgado em 21.06.2012. O ponto controverso, neste caso, é saber se a direção hidráulica constitui adaptação especial ao deficiente físico. Em síntese, trata-se exatamente da hipótese de imprecisão do termo “adaptação”, que deve, pois, ser definido no âmbito da discricionariedade do intérprete, à luz da circunstância concreta.

entendimento jurisprudencial que estende o benefício a portadores de síndrome de down, por exemplo, conduzido o veículo por terceiros.

Portanto, não se trata do primeiro sentido de superabilidade, pois não há qualquer discussão acerca de indeterminação textual. Caberia a pergunta se a superabilidade teria respaldo no segundo sentido aqui trabalhado, avaliando-se se a aplicação do significado literal conduziria a um resultado contrário ao núcleo de sentido da norma. Nessa linha, haveria a necessidade de definir, antes de tudo, o propósito da regra, demonstrando-se a razão pela qual haveria infra-inclusão (*under-inclusiveness*) em respeito à razão subjacente (SCHAUER, p. 37); ou seja, se a norma teria incluído menos hipóteses em seu campo de aplicação do que a sua finalidade permitiria.

Na compreensão jurisprudencial analisada, utiliza-se, entre os fundamentos, o que segue:

A isenção [...] tem o propósito de facilitar a aquisição de veículos por portadores de deficiências, com vistas a lhes possibilitar transporte seguro e adequado, o que não ensejam os meios de transportes públicos. Se essa a “mens legis”, e é, e se a lei contempla o portador de menor deficiência física que tenha possibilidade de conduzir veículo, desde que adaptado às suas necessidades, por sobradas razões há de se estender a pessoa portadora de deficiência grave, absolutamente impossibilitada de conduzir veículo ou, como no caso, até mesmo de conduzir-se.²³

Apesar de, no corpo do acórdão, haver menção à aplicação do princípio da dignidade humana, há um intento de se fazer uma extensão teleológica, identificando-se o fim da norma e ampliando, assim, o seu campo de aplicação. No entanto, neste caso, inexistente qualquer “exceção implícita”. Para justificar a decisão com o segundo sentido de superabilidade aqui trabalhado, os julgadores teriam que afirmar que, na verdade, o propósito da norma é conferir isenção a todos os deficientes, mesmo que o veículo não seja adaptado. Mas como suportar essa tese se a própria norma exige que o veículo seja adaptado?

A diferença desse ponto para o exemplo da ambulância no parque é que a decisão que afasta a ambulância do campo de proibição da norma não fulmina a eficácia do núcleo de sentido (veículos seguem proibidos no parque, apesar da exceção) e mantém a universalidade. Em nosso exemplo das isenções, sustentar que um paciente com deficiência mental, que não precisa de adaptação no veículo, justamente porque não pode conduzi-lo, possa gozar do benefício, é – na verdade – afastar a própria regra (a adaptação do veículo não é mais – de

²³ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 11º Grupo Cível. Embargos Infringentes n. 70034572610. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em 19.03.2010. Trata-se de posição firmada pelo 11º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

modo geral e universal – um requisito da norma). Não se trata, pois, de uma conformação ao núcleo de sentido do comando legal, mas da superabilidade não só do significado que *prima facie* deriva da norma, mas da sua própria razão subjacente.

Isso porque, na definição desta nova finalidade da regra de isenção, o intérprete, ao desprezar a exigência da adaptação do veículo, exclui a própria regra (que é o objeto da interpretação) do campo de aplicação do sentido por ele criado. Enfim, como é possível argumentar que a norma tem um propósito “x” se esse propósito “x” exclui de seu campo de incidência a própria norma interpretada? Teria o legislador criado uma norma cuja “verdadeira intenção” não permite a aplicação da própria norma?

Diante disso, a superabilidade no nosso exemplo das isenções não parece encontrar respaldo em Hart.

2. A FORÇA DOS PRINCÍPIOS E A SUPERABILIDADE DAS NORMAS NO PÓS-POSITIVISMO DE RONALD DWORKIN

Até aqui, inclusive para abordar mais fielmente as concepções de Hart, não efetuamos qualquer distinção entre normas e regras – os dois termos foram utilizados indistintamente, às vezes como sinônimos. A partir de Dworkin, essa distinção – que se tornou usual na teoria do direito – passa a ser indispensável²⁴. Regras e princípios são, nesse contexto, espécies do gênero norma.

Em linhas sintéticas, regras, ainda que possam sofrer de imprecisão semântica, possuem sua condição de aplicação explícita. Assim, presentes as condições contidas no antecedente da regra e, sendo ela válida, o consequente, com qualificação deôntica (obrigação, permissão ou proibição) deve ser aplicado. Para Dworkin (1977/1978, p.24), as regras são aplicadas no modo tudo ou nada (*all or nothing fashion*), de maneira que elas não admitem gradações, sendo sempre satisfeitas ou não.

Os princípios, por sua vez, não possuem condições de aplicação explícitas e, por isso, não há relação de inferência automática entre antecedente e consequente²⁵. Eles estabelecem,

²⁴ Para Robert Alexy, essa distinção é crucial, sobretudo como ponto de partida para uma teoria dos direitos fundamentais. Ver ALEXY, 2008, p. 85.

²⁵ Para Humberto Ávila, princípios “são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”. Ver ÁVILA, 2009, p. 78.

em geral, um estado de coisas a ser alcançado. Para Dworkin, um princípio fornece uma razão argumentativa e, estruturalmente, não é definido por critérios de validade: o fato de não ser aplicado em uma determinada circunstância não significa que não continue sendo um princípio presente no ordenamento. Além disso – e este é um aspecto nuclear – os princípios possuem, diferentemente das regras, uma dimensão de peso²⁶ (DWORKIN, 1977/1978, p. 26).

Dworkin utiliza a sua teoria sobre os princípios jurídicos para atacar a compreensão positivista de Hart, que (a) não compreende que exista uma conexão necessária entre Direito e moral (HART, 1994, p. 185) e que (b) entende que, nos casos difíceis, o juiz possui discricionariedade para decidir, como se editasse uma norma individual, em atuação quase legislativa. Ronald Dworkin desenvolve uma ampla e densa teoria para refutar a discricionariedade judicial, mesmo nos *hard cases*, e para sustentar que, tendo em vista a força dos princípios (e, para ele, os positivistas negam eficácia normativa aos princípios), há conexão necessária entre Direito e moral, sendo possível, assim, de modo construtivo e interpretativo, buscar sempre uma “resposta correta”²⁷.

2.1. O papel dos princípios e a ausência de discricionariedade nas decisões judiciais.

Em *Law's Empire*, Dworkin deixa clara a sua noção de que o Direito não se esgota nas convenções, não consiste meramente em um sistema de normas dado e que, portanto, não importa tanto a estrutura normativa do raciocínio judicial, mas a qualidade do argumento, a postura argumentativa²⁸. Dworkin entende que há a necessidade de se considerar o Direito em uma dimensão de integridade, de modo que as instituições forneçam uma resposta coerente, buscando-se sempre extrair o melhor sentido moral dos argumentos (GUEST, 2010, p. 63).

²⁶ Nas palavras do autor: “*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance*”.

²⁷ Uma crítica formulada não diretamente a Dworkin, mas a essa compreensão da resposta correta, está presente em Kelsen, quando afirma que “*a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha correspondente ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo*”. KELSEN, 2009, p. 391. Há razões para entender que essa crítica dirige-se à concepção formalista da escola da exegese (França) ou mesmo à jurisprudência de conceitos (Alemanha); todavia, é salutar refletir se, em alguma medida, não pode ela ser aplicada às ideias de Dworkin.

²⁸ “*Law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior. Nor by any roster of officials and their powers each over part of our lives. Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process. (...). Law's attitude is constructive: it aims, in the interpretive spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude (...)*”. DWORKIN, 1986, p. 413.

Essa teoria não pode ser analisada de um modo simplista, embora aqui – pela necessidade de síntese – a abordagem sofra intenso recorte. É que a compreensão de Dworkin está intrinsecamente conectada ao sentido (*point*) dessa integridade, tendo como pressuposto uma filosofia moral com foco na igualdade, na comunidade.

Ocorre que, para o desenrolar dessa perspectiva moral, Dworkin identifica no Direito não apenas regras (e, para ele, o positivismo fecha o Direito em um modelo de regras), mas também princípios. São, assim, os argumentos compostos por princípios, relacionados à moral social ou institucional, que permitem conferir integridade ao ordenamento jurídico e, mais ainda, que permitem o abandono da tese hartiana que (na leitura de Dworkin) deixa livre o juiz para decidir como um legislador em “casos difíceis”.

Na abertura do capítulo sobre *hard cases*, em *Taking Rights Seriously* (1977/1978, p. 81), o autor deixa bem explícita a sua crítica ao positivismo. Para ele, quando o positivismo assume que, em casos difíceis, o juiz age discricionariamente, nega, na verdade, que as partes possuam direitos pré-existentes (por isso, para ele, essa concepção não levaria os direitos tão a sério). O juiz legisla novos direitos e os aplica de modo retroativo. Isso, nesse contexto, é inaceitável, pois o juiz tem o dever de descobrir o direito que as partes possuem, sem inventá-los no uso dessa discricionariedade (DWORKIN, 1977/1978, p. 81).

Essa é uma ideia atraente. Ela busca uma conexão entre princípios, que – por definição – não indicam, *prima facie*, nenhum dever-ser concreto, e certa previsibilidade, pois refuta a possibilidade de que os juízes exerçam discricionariedade. Dworkin parece não discordar de Hart quanto ao fato de que as regras jurídicas contenham exceções implícitas, antinomias, ambiguidades e que, assim, exista uma “zona de penumbra” a partir dessa indeterminação. Ele só não admite que o juiz seja livre para julgar quando atua nessa zona, que apenas o “núcleo de sentido” da norma seja o seu limitador. O meio que ele encontra para acabar com a discricionariedade é conferir caráter normativo aos princípios, é – pois – afirmar que o Direito não se esgota na norma positiva. Se o juiz, nesse escopo, não encontra os direitos pré-existentes das partes na aplicação da regra, porque imprecisa, não está ele livre de padrões normativos. Os princípios devem fornecer-lhe razões, das mais diversas e concorrentes, para que seja possível construir a “solução correta”.

A pressuposição dessa “resposta correta” implica a admissão de que a moral social, onde estão inseridos os princípios, contenha, mesmo com todas as dificuldades de fundamentação, a solução predeterminada que, descoberta, permite proporcionar às partes

uma resposta institucionalmente coerente. Dworkin entende que é dever do juiz buscar essa solução e, inclusive, cria um capaz de conhecer com segurança as soluções submersas na teia complexa dos princípios – o juiz Hércules²⁹. Não cabe, aqui, aprofundar as habilidades de Hércules, mas parece apropriado, ao menos, concluir que a sua existência, segundo Dworkin, indica a possibilidade de se encontrar a “resposta correta”, dentro do melhor entendimento moral sobre o Direito.

Essa teoria de Dworkin sobre os princípios guarda a virtude de posicionar o Direito no âmbito da argumentação e de transportar o juiz para a obrigação de construir, observada a coerência e a integridade, a melhor resposta para o caso, ainda que ela – de início – seja imprecisa. A sua refutação à ideia de discricionariedade permite que se observe, de fato, uma dimensão principiológica antes pouco trabalhada, procurando demonstrar que, mesmo na “zona de penumbra” de Hart, o juiz está atrelado a princípios vinculantes, de caráter normativo. Assim, entre outros aspectos, Dworkin abriu espaço para a discussão acerca da eficácia normativa dos direitos fundamentais.

Mas remanesce algo de controverso. Uma coisa é afirmar que princípios, explícitos ou implícitos, obrigam o juiz a construir uma solução normativa para casos difíceis; outra coisa, mais distinta e problemática, é afirmar que nesse nível principiológico, que – para Dworkin – tem dimensão moral, inexistente espaço para discricionariedade, como se a construção do argumento de princípio fornecesse sempre uma solução coerente e consistente e que, assim, permitisse a “descoberta” dos direitos pré-existentes, que a regra – imprecisa – nem sempre indica. Para Alexander Peczenik, essa visão pressupõe uma ontologia controversa e um objetivismo moral que não considera que os indivíduos divirjam acerca dos padrões de aceitabilidade em relação às respostas para cada problema jurídico³⁰. Para Garcia Amado, além do aspecto ontológico, a ideia da “resposta correta” e, assim, da negação da

²⁹ “We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules”. DWORKIN, 1977/1978, p. 105.

³⁰ “Although judges may believe that they discover this answer, in fact, they ‘legislate’; they choose one of many equally justifiable alternative answers. Because Dworkin has not shown that all people share the same standards of acceptability, he has not shown that there is only one right answer to any legal question. While a right answer may exist in some cases, in others, many alternative answers are equally right”. PECZENIK, 1983, p. 684.

discricionarietà, pressupõe uma epistemologia bastante forte, como se houvesse uma capacidade humana de conhecer a ideia verdadeira e concreta para a solução de cada caso ³¹.

No mesmo sentido da crítica, Hart, em seu pós-escrito à segunda edição de *The Concept of Law*, afirma que a interpretação construtiva de Dworkin não elimina a possibilidade de criação judicial, a menos que fosse possível identificar no Direito uma escala de princípios hierarquicamente definidos, que atribuísse pesos a cada princípio conflitante, em cada circunstância concreta ³².

De todos os modos, e embora a crítica dirigida a Dworkin nos pareça apropriada, é importante deixar assentado, para nosso objetivo, que ele nega a discricionarietà judicial nos casos difíceis, nos quais os princípios atuam de modo decisivo. Isso nos conduz, naturalmente, a indagar como seriam identificados, pois, esses casos difíceis.

2.2. A superabilidade da norma jurídica na interação entre princípios e regras

O objetivo deste artigo não é analisar a derrotabilidade dos princípios jurídicos. Estes são derrotáveis justamente pela definição oferecida por Dworkin, em virtude, portanto, de sua dimensão de peso: em alguns casos prevalecem, em outros casos não, a depender do peso relativo que recebam na situação de colisão. Há de se averiguar critérios para a prevalência de um princípio frente a outro, mas a possibilidade de que, em uma circunstância determinada, a “liberdade de informação”, por exemplo, supere ou derrote o “direito à intimidade”, pressupondo-se ambos na esfera dos princípios, não ocasiona maiores perplexidades ³³ (GUASTINI, 2007, p. 05).

A perplexidade reside, todavia, na possibilidade de que esses mesmos princípios superem uma regra jurídica, que – esta sim – suficientemente (ou insuficientemente)

³¹ Ver GARCIA AMADO, 2007, p. 244. Em estilo mais ácido, o autor espanhol assinala: “(...) *el positivismo no tiene por qué encontrar inconveniente en admitir la existencia de tipos diferentes de normas, como reglas y principios. Lo que el positivista no ve es que el eje de la diferenciación entre unos y otros sea que las primeras dicen con palabras y enunciados y los otros digan sin decir, determinen indeterminadamente, indiquen lo que no expresan, manden lo que no enuncian, obliguen a lo que no especifican, signifiquen sin referir; o como queramos expresarlo. Pues tal cosa presupone una ontología peculiar (las normas preexisten a su enunciación, son más idea que empiria) y una epistemología también muy fuerte (hay una facultad humana capaz de conocer la idea verdadera y concreta, tan precisa como para resolver cada caso, de cada norma)*”.

³² “Only if for all such cases there was always to be found in the existing law some unique set of higher-order principles assigning relative weights or priorities to such competing lower-order principles, would the moment for judicial law-making be not merely deferred but eliminated”. HART, 1994, p. 275.

³³ Nas palavras do autor: “*En premier lieu, le raisonnement, par lequel les interprètes tirent une règle d’un principe, ne peut pas être un raisonnement déductif dont la seule prémisses soit le principe en question. [...] En second lieu, plusieurs principes – et notamment les principes constitutionnels – sont formulés par des expressions qui évoquent des valeurs morales et/ou politiques [...]*”

ponderada, traz consigo uma condição de aplicação que o princípio não traz. Aqui, portanto, já se pode identificar mais uma possibilidade teórica de superabilidade da norma jurídica – as regras jurídicas podem ser superadas a partir da interação com princípios.

2.2.1. Casos fáceis e casos difíceis: quando princípios derrotam regras?

Uma definição apressada e mais segura de casos fáceis e de casos difíceis poderia sugerir que estes surgiriam da indeterminação do Direito, quando não se pode inferir dedutivamente uma resposta a partir de premissas normativas; e, por sua vez, aqueles poderiam ser resolvidos mediante dedução, na aplicação de um silogismo. Todavia, essa definição, bastante singela, apenas encontraria respaldo em Dworkin se a sua teoria cuidasse mais da estrutura normativa que do argumento. Já se observou, contudo, que a postura argumentativa, no seio de uma interpretação construtiva, é – de fato – o foco de Dworkin. Portanto, não há, nesse contexto, uma rígida estrutura que diferencie os casos fáceis dos difíceis (ATIENZA, 1997, p. 248). O que já observamos, no entanto, é que Dworkin defende a utilização dos princípios para a resolução de casos difíceis, o que, para ele, afastaria a ideia positivista de discricionariedade.

Verificamos em Hart que o juiz detém discricionariedade nas “zonas de penumbra” e que o núcleo de sentido da norma limita a possibilidade de criação judicial. Para Dworkin, essa liberdade de criação inexistente até mesmo nos casos difíceis, mas não é a linguagem ou o sentido da norma que determinam a dificuldade do caso, mas a divergência acerca do melhor entendimento moral sobre o Direito (GUEST, 2010, p. 203). Nessa linha, casos fáceis não apresentam essas divergências, mas os casos difíceis sim e, por isso, requerem o recurso aos princípios.

Para Dworkin, as regras representam uma espécie de compromisso entre princípios concorrentes (1977/1978, p. 77) elas realizam concretamente um princípio ou um conjunto deles. As regras constituem, na verdade, o resultado de uma avaliação sobre princípios, na medida em que o legislador decide favorecer, a partir de uma regra, o alcance de um estado de coisas. Uma norma que disponha que o servidor público apenas pode contratar empréstimos consignados que, somados, não superem uma porcentagem da sua remuneração bruta³⁴, reflete, por exemplo, os princípios da proteção do consumidor, da intangibilidade salarial, do mínimo existencial e, por fim, da dignidade da pessoa humana. Esses princípios, no contexto

³⁴ O art. 15 do Decreto Estadual n. 43.337/2004, no RS, determina que a soma das consignações facultativas e obrigatórias de cada servidor não poderá exceder a 70% de sua remuneração mensal bruta.

dessa regra, têm mais peso do que o princípio da autonomia da vontade, por exemplo. Um argumento que, neste sentido dworkiano de superabilidade, pretenda derrotar a referida regra deve conferir maior peso à autonomia da vontade que aos princípios subjacentes à regra em vigor.

Dworkin não oferece critérios para essa derrotabilidade, mas admite que, argumentativamente, ela é possível. Ao se perguntar quando é permitido ao juiz alterar uma regra, Dworkin afirma que é preciso, de modo necessário e não suficiente, que a mudança favoreça algum princípio, que, assim, justifica a superação da regra. Mas ele adverte que não é qualquer princípio que irá justificar a mudança, senão nenhuma regra estaria a salvo. Há princípios, afirma Dworkin, que são importantes e outros que não são importantes e há, ainda, aqueles que são mais importantes que outros³⁵.

Nesse sentido, se toda regra jurídica, no fundo, reflete um princípio, e se é sempre possível fornecer razões para que outro princípio supere o princípio subjacente à regra, então talvez não seja precipitado concluir que, na concepção de Dworkin, toda regra jurídica é potencialmente superável por um princípio. Mais ainda: se princípios são normas que possuem, a depender da circunstância, peso relativo, ou seja, são – por definição – superáveis, não seria absurdo concluir que, potencialmente, toda norma jurídica é derrotável (BAYÓN e RODRIGUEZ, 2003, p. 167). Por isso, diante desse cenário, Stephen Guest, um estudioso da obra de Dworkin, conclui que *“é possível que todos os casos sejam difíceis, e que o foco real não está na diferença entre o que é claro ou não, mas na qualidade do argumento”* (2010, p. 205).

2.2.2. O “*hard case*” das isenções fiscais para portadores de deficiência

Outra vez voltemos ao nosso exemplo das isenções fiscais, desta vez para analisá-lo à luz dessa superabilidade da regra jurídica no âmbito de uma interação com princípios. A regra isencional dispõe, conforme já observado, que a isenção é destinada à aquisição de veículos adaptados às necessidades de seus adquirentes, portadores de deficiências físicas. Analisamos, ao estudar brevemente o positivismo de Hart, que a decisão extensiva do

³⁵ O argumento de Dworkin, no original, é o seguinte: *“When, then, is a judge permitted to change an existing rule of law? Principles figure in the answer in two ways. First, it is necessary, though not sufficient, that the judge find that the change would advance some principle, which principle thus justifies the change. (...). But not any principle will do to justify a change, or no rule would ever be safe. There must be some principles that count and others that do not, and there must be some principles that count for more than others”*. DWORKIN, 1977/1978, p. 37.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não encontraria respaldo nos dois sentidos de superabilidade extraídos do pensamento hartiano.

Ocorre que, além do intento de efetuar uma interpretação teleológica, a decisão (e, repise-se, trata-se da jurisprudência majoritária do Tribunal) também buscou fundamentos na noção de princípios do pós-positivismo. É como se tentasse sustento tanto em Hart como em Dworkin, apesar de não mencioná-los. Já analisamos que, na concepção de Dworkin, um princípio pode “derrotar” uma regra, basta que se confira maior peso ao princípio que, na edição legislativa da regra, “ficou de fora”; ou seja, não prevaleceu. Em nosso exemplo das isenções fiscais, esse conflito entre princípios não fica tão evidente.

A regra em vigor, derrotada judicialmente, dispõe: as isenções serão concedidas a portadores de deficiência física ou paraplegia na “*aquisição de veículos adaptados às suas deficiências*”. Essa regra também realiza, ainda que de modo mais restrito, o princípio da dignidade humana, invocado como justificativa para a superação da regra isencional. Esse comando legal não favorece um princípio contrário à dignidade humana (caberia perguntar até se ele existe, o que ensejaria o questionamento sobre a possibilidade de “ponderar” a dignidade humana). Em suma, não é possível afirmar que a dignidade humana não está refletida na regra de isenção, que visa, em concreto, a facilitar a compra de veículos por deficientes físicos que possam conduzi-los. Pode-se argumentar ou até entender que a regra poderia ser ainda mais abrangente, mas não é possível afirmar que ela contraria ou que não realiza o princípio da dignidade humana.

No precedente que serve de base (porque cuida de embargos infringentes) para a irradiação dessa compreensão extensiva, que retirou o requisito de adaptabilidade dos veículos, afirma-se que “*em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana*” não há óbice à extensão do benefício ao indivíduo “*absolutamente incapaz física e mentalmente*”³⁶. Na ementa desse julgado, há menção à “*aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana*”.

Seria esse um caso difícil? Trata-se de um caso em que há divergências sobre o melhor entendimento moral do Direito, o que permitiria o recurso aos princípios? Por que razões de princípio e, tendo em vista a conexão que Dworkin propõe, por que razões morais haveria de se cancelar a superabilidade dessa regra de isenção válida? Dworkin, como

³⁶ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 11º Grupo Cível. Embargos Infringentes n. 70034572610. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em 19.03.2010.

vimos, não cria um método para a resolução de casos por meio de princípios³⁷, mas assegura que uma regra jurídica pode ser superada para que outro princípio, não prevalente na ótica do legislador, seja favorecido. Se esse é o critério mínimo, um critério de conflito concreto entre princípios, já observamos que ele não respalda o afastamento do requisito de adaptação dos veículos em nosso exemplo; a diferença está apenas na intensidade da efetivação do princípio.

Por outro lado, se por divergência sobre o melhor entendimento do Direito, que justificaria transpor um caso, *prima facie* singelo, para a área dos *hard cases*, entende-se uma simples discordância do aplicador da norma com o grau de proteção ou de realização de determinado princípio, então – talvez – o entendimento jurisprudencial ora analisado tenha suporte na concepção pós-positivista de Dworkin. Mas isso seria tornar a teoria de Ronald Dworkin facilmente manipulável, pois qualquer juiz pode discordar do exato conteúdo de uma regra e do princípio por ela realizado. As ideias de Dworkin centram-se em uma construção interpretativa que confira coerência e integridade ao ordenamento, de modo que a decisão judicial integre esse campo de coerência, que – para ele – tem estreito laço com a moral.

Imagine-se, à luz de nosso ordenamento constitucional, a existência de uma regra hipotética que dispusesse o seguinte: *a Câmara dos Deputados cobrirá as despesas dos parlamentares que viajarem no exercício de suas funções, além das despesas de eventuais familiares e acompanhantes*. Aqui, não teriam os princípios um papel fundamental para a derrotabilidade dessa regra? Os princípios da moralidade e da impessoalidade, presentes em nossa Constituição, talvez servissem como fundamento axiológico para superar³⁸ essa norma. Esse caso, ao refletirmos sobre os conceitos de Dworkin, seria difícil não por ser claro ou impreciso (a norma é precisa), mas por haver um problema em relação ao seu entendimento moral, já que – em tese – a regra não realiza os princípios que estruturam a coisa pública³⁹. Até mesmo a refutação da discricionariedade aqui parece fazer mais sentido, pois não estaria o juiz obrigado a decidir conforme à moralidade e à impessoalidade, por mais que esses princípios pouco expressem de concreto?

³⁷ Essa temática é mais bem enfrentada por Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

³⁸ Apesar de não estarmos tratando aqui de controle de constitucionalidade, essa superabilidade poderia estar incluída no bojo de uma rejeição da norma pela jurisdição constitucional.

³⁹ Ressalte-se que estamos tratando de moral porque, para Dworkin, os princípios têm fundamento na moral. Não olvidamos que a Constituição brasileira traz esses princípios positivados, o que, para Dworkin, seria indiferente, pois ele admite a existência de princípios implícitos. Outra ressalva a ser feita é que, para Dworkin, o juiz não estaria sendo discricionário ao resolver esse exemplo por meio de princípios, o que também é extremamente controverso, dada a estrutura indeterminada dos princípios.

Dworkin não deixa claro quando, em que medida e em que intensidade os princípios podem ser utilizados para afastar regras. Ele parece confiar na força da argumentação. Mas o nosso exemplo das isenções sem dúvida em muito difere deste último exemplo dos parlamentares⁴⁰. Isso não nos fornece uma resposta segura sobre um possível suporte da teoria dworkiana ao afastamento da regra de isenção fiscal. Mas permite que se observe que, em um caso, princípios podem ser pretextos e, em outro, princípios podem constituir, de fato, a solução mais coerente e integrada à moral institucional.

CONCLUSÃO

A prática jurisprudencial não pode distanciar-se da Teoria do Direito. Há muitas divergências teóricas acerca das funções do Direito, de seu modo de aplicação ou mesmo do seu necessário ou contingente envolvimento com a moral. O estudo das concepções de Hart e de Dworkin permite observar, mesmo de maneira sintética, a existência de distintas formas de apreciar a ciência jurídica. No entanto, ainda que haja antagonismo, essas duas teorias analisadas (e se tratam de tradições basilares) debruçam-se sobre a atividade decisória do juiz, investigando a que, em que medida e em que intensidade, está vinculado o julgador.

Por isso o recorte aqui proposto funda-se nas possibilidades de superabilidade da norma jurídica, especialmente da regra jurídica, que é – ao fim – o produto da atividade política, do labor do legislador. Essa carga democrática que reveste as leis, normalmente estruturadas na forma de regras, deveria transformar a sua derrotabilidade em objeto de perplexidade, sobretudo quando se está a deslocar a sua aplicação não em razão dos múltiplos significados que o núcleo de sentido fornece, mas em virtude da aplicação de um princípio.

Toda regra guarda em seu âmago um princípio (ou mais de um) subjacente. Toda regra nasce de um processo de ponderação de princípios. Não só os juízes estão, assim, vinculados e conectados aos princípios, mas sobretudo o legislador, que os observa e, ao criar condições de aplicação para favorecê-los, edita regras, que orientam, definitivamente, não só

⁴⁰ “*Que la Constitución es Derecho, que todo el ordenamiento a ella está subordinado y de conformidad con ella debe interpretarse, que la ley contraria a la Constitución es inválida, que los españoles tenemos derechos fundamentales porque son derechos constitucionales, todo ello es, por ventura, una realidad en España a partir de 1978. Ahora bien, que la Constitución desplace a la ley de manera que problemas de arrendamientos urbanos, de operaciones bancarias, de disciplina urbanística, de contratación laboral, de seguridad social, de contratación administrativa, etc., hayan de resolverse aplicando la Constitución, como si éste fuese la única disposición normativa de nuestra Nación y en ella se contuviesen las reglas resolutorias de todos los conflictos, parece, cuanto menos, impropio*”. ARAGÓN REYES, 1997, p.194.

o aplicador da norma, mas também os comportamentos dos destinatários dos comandos legais. Nesse contexto, quando o juiz afasta a regra para aplicar um princípio, ele retorna à Constituição (se esses princípios estão nela positivados), e – nesse sentido – pondera outra vez, chegando a um resultado distinto daquele que o legislador havia previsto.

Esse processo, dentro de um ordenamento constitucional que confira grande valor à argumentação e à interpretação, constitui uma possibilidade, mas não pode se tornar uma habitualidade. O nosso exemplo das isenções é paradigmático. Do ponto de vista da interpretação do núcleo de sentido da norma, no seio das ideias de Hart, cremos ter demonstrado a insubsistência da compreensão judicial. No que concerne à aplicação dos princípios, porém, em zona mais obscura e dependente de argumentação, cremos ter fornecido razões para, ao menos, duvidar-se da aplicação judicial da regra de isenção.

A isenção conferida a deficientes físicos, na aquisição de veículos adaptados às suas necessidades, está contida em uma norma protegida por outra que determina que ela seja interpretada literalmente⁴¹. O juiz (ou o corpo de juízes) derrotou ambas. Aplicou-se o princípio da dignidade da pessoa humana e isso, se não está causando questionamentos profundos, deveria causar. O que faz o julgador quando, diante de uma regra explícita, supera a sua incidência para favorecer um princípio? Como afirmamos, ele retorna à Constituição, olvidando – no entanto – que aquela regra jurídica derrotada também foi criada a partir da Constituição, e é justamente por isso que os tribunais podem rejeitá-la se ela contraria a ordem constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade.

Como já assentamos, toda regra jurídica reflete pelo menos um princípio constitucional. Regras que tratam de prescrição, usucapião, empréstimos consignados, locações e, como em nosso exemplo, isenções fiscais, sempre sofrem alguma restrição pela própria noção de regulação, para que as pessoas saibam a que isenções têm direito, como podem locar imóveis e quais os requisitos para a usucapião, sem a necessidade de que recorram sempre a um juiz. Mas pode ser que o intérprete dessas normas acredite que o prazo prescricional poderia ser maior, que um requisito para a usucapião é dispensável ou que o

⁴¹ É interessante perceber que a superação da regra da interpretação literal ocorreu apenas neste caso dos deficientes físicos. Em outros casos, os juízes do mesmo órgão julgador seguem interpretando as isenções fiscais de modo literal, como manda a lei. Ver, por exemplo, TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048756670. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 27.06.2012. Entre os argumentos, o Relator asseverou: “*Sabidamente, não há como conferir-se interpretação extensiva às normas isençionais, tal como decorre do art. 111, II, CTN*”. Esse exemplo permite indagar se a invocação de princípios para afastar a interpretação literal vale apenas para uns casos e não para outros e por qual razão o termo “sabidamente” aplica-se a uma hipótese e não à outra.

limite para a consignação em folha não está adequado. Pode ser também que acredite que o requisito de adaptabilidade dos automóveis não deveria ser óbice para a outorga de isenções. E ele sempre, indiscutivelmente, terá a possibilidade de invocar um princípio, que também é norma, para derrotar a regra com a qual não concorda, sem que necessariamente ela viole coisa alguma na Constituição.

Ocorre que, quando faz isso, confere a si uma liberdade de conformação que nega ao legislador, pois transforma em *hard cases* constitucionais até os mais singelos casos de isenção fiscal. A justificativa para a derrotabilidade da regra jurídica não pode fundar-se na premissa de que toda regra é derrotável por um princípio, simplesmente, pois isso cancelaria não a discricionariedade, mas a mais disfarçada arbitrariedade judicial.

Por isso retornamos a Hart e a Dworkin. A partir de seu estudo, não causa espanto a simples possibilidade de superabilidade da norma positiva, no âmago de um ordenamento que, de fato, contém princípios que refletem uma base axiológica vinculante. A perplexidade surge quando não raro se observa, na prática de aplicação e interpretação do Direito, a ausência de perplexidade para superar regras, como se os princípios revelassem – sempre – algo que o legislador deveria ter dito e não disse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. London/New York: Springer, 2011.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, pp. 294-304.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÓN REYES, Manuel. **El juez ordinario. Entre legalidad y constitucionalidad**. In: La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos**. In: La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997.

ATRIA, Fernando. **La ironía del positivismo jurídico**. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 27 (2004), pp. 81-139.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAYÓN, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BULYGIN, Eugenio. **Los jueces ¿crean derecho?** Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 18 (abril 2003), pp.6-25.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 8.820 de 27 de janeiro de 1989. Institui o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e dá outras providências. Disponível: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109360>. Acesso em 30.07.2012.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Decreto n. 32.144 de 30 de dezembro de 1985. Regulamenta o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Disponível: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109694&inpCodDispositivo=&inpDsKeywords=>. Acesso em 30.07.2012.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Receita Pública Estadual. Instrução Normativa n. 45/98. Expede instruções relativas às Receitas Públicas Estaduais. Disponível: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=109367>. Acesso em 30.07.2012.

_____. **Law's Empire**. London: Fontana Masterguides Editor: London, 1986.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006), pp.151-172.

_____. **Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica al Neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Les principes en tant que source de perplexité juridique**. Analisi i diritto, 2007. Disponível: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2008/01guastini.pdf. Acesso em 25.07.2012.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIERRO, Liborio. **¿Por qué ser positivista?** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (25), 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAPORTA, Francisco. **El Imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LORA, Pablo de. **Tras el rastro de la ponderación**. Revista Española de Derecho Constitucional. Ano 20. Núm. 60. Setembro-Dezembro de 2000.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PECZENIK, Alexander. **Taking Laws Seriously**. Cornell Law Review, 1983, Vol. 68.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon, Press, 1991.

_____. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048756670. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 27.06.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048718290. Relator: Francisco José Moesch. Julgada em 30.05.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70036086791. Relator: Marco Aurélio Heinz. Julgada em 01.12.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047454319. Relatora: Denise Oliveira Cesar. Julgado em 21.06.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 11º Grupo Cível. Embargos Infringentes n. 70034572610. Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em 19.03.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP. 9ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento n. 0102977-56.2012.8.26.0000. Relator: Sergio Gomes. Julgado em 29.08.2012.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución.** 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues.** California Law Review, Vol. 82, No. 3, Symposium: Void for Vagueness. (May, 1994).