

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fellipe Guimarães Freitas

Segurança jurídica
na mutação jurisprudencial tributária
sob o foco de uma proposta de direito adquirido

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fellipe Guimarães Freitas

Segurança jurídica
na mutação jurisprudencial tributária
sob o foco de uma proposta de direito adquirido

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação de conclusão do Mestrado em Direito a ser defendida perante a Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

*Sábio o ser humano que percebe nas diferenças dos indivíduos
e nas divergências do pensamento (acadêmico / cultural / espiritual)
uma forma de crescimento pessoal e elevação do ser.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Força Divina, cuja existência não se explica ou se comprova, mas está onipresente nos momentos de felicidade e de angústia, sempre a nos fornecer alento para superar os nossos desafios e o significado da automotivação e amor próprio.

Aos meus pais (Rosamélia Ferreira Guimarães e José Carlos Alves Freitas), pela dádiva da vida! À minha mãe por me ensinar que o principal legado que se pode receber consiste na instrução intelectual e espiritual, e por seu amor sempre incondicional, assim como ao meu pai, pela sua dedicação constante em me transmitir valores de retidão e hombridade, e por me demonstrar o significado do amor pelos mais singelos sinais.

À minha “grande” família, não apenas no sentido literal diante dos seus inúmeros membros, mas principalmente em sua acepção metafórica, considerando a confiança sempre depositada na minha pessoa, mesmo nas situações em que eu mesmo duvido ser merecedor. E para tanto, agradeço a todos, nas pessoas dos meus avós maternos (Aurelina Pinheiro Guimarães e Solon Ferreira da Rocha) e paternos (Maria de Lourdes Alves Freitas e José Moreira Freitas), assim como dos meus irmãos Bruno Czerweny Freitas, Beatriz Guimarães Almeida e Amanda Marins Freitas, os meus orgulhos de quem sou fã incondicional.

E ao amor em sua plenitude, agradeço à minha namorada Bruna Pellegrino Gentile, pelo companheirismo e pela paixão dos seus atos e palavras, pois sem o seu colo nos momentos dos últimos súbitos de suspiro, o meu objetivo teria sido muito mais difícil de se atingir. Obrigado pelas madrugadas afins de discussões abstratas, pelos sorrisos e lágrimas, pelos elogios e repreensões, e por colocar-me sempre na direção correta! E não menos importante, por seu altruísmo extremamente generoso ao me “compartilhar” em muitos dias e noites com Niklas Luhmann e tantos outros!

Aos meus sócios e amigos Marcos Seiiti Abe, Ricardo Rocha Neto e Silvia Costa, por serem fundamentais para a realização de muitos sonhos e por acreditarem que o crescimento

profissional não significa nada se não houver desenvolvimento do ser. Ao Marcos, por sua inspiração como pessoa e profissional... ao Ricardo pela fraternidade do seu coração de leão... e a Silvia pela sua emoção sempre revestida de razão.

Aos meus amigos do passado... do presente... e do futuro... por me incentivarem a enfrentar os mais arenosos ambientes e por desafiarem os efeitos intertemporais marcando a amizade em suas dimensões retroativas e prospectivas! Agradeço especialmente aos amigos Maíra Braga Oltra, Luciano Martins, Alexandre Salvo Müssnich, Ademir Bernardo da Silva Jr., Gustavo Barroso Taparelli, Mareska Tiveron Salge, Aline Nunes dos Santos, Renata Silveira, Daniel Thomé, João Paulo Streapco, Francisco Streapco, Mauro Salles, Roxeli Martins André... e ao compassivo Fernando Moraes, inclusive por se prontificar a substituir, por alguns dias, as suas filosóficas e prazerosas leituras pelo meu esboço de dissertação.

Aos meus colegas de escritório e especialmente à minha equipe, por diariamente me provarem o significado de solidariedade e comprometimento. Obrigado por suportarem os efeitos das minhas ausências com tanta serenidade e competência!

Aos professores Paulo de Barros Carvalho, Tácio Lacerda Gama, Robson Maia e Fabiana Del Padre Tomé, pelo tempo de convívio acadêmico e pelas preciosas lições durante o curso de mestrado e na qualificação, e um agradecimento especial a Maria Rita Ferragut, por acreditar em meu potencial e pelo apoio desde o momento do ingresso na pós-graduação.

Ao meu orientador Professor Marcelo Neves, pelo desafio incutido em meu espírito acadêmico ao me provocar com suas ideias e recomendações. Reconheço em sua carreira o significado expresso da profissão “professor”.

Por fim, meus agradecimentos especiais às duas mulheres da minha vida (Rosamélia Ferreira Guimarães e Bruna Pellegrino Gentile), por cederem o seu tempo e dedicação para me auxiliarem na revisão da presente dissertação. Uma revisão digna de mãe e namorada!

SEGURANÇA JURÍDICA NA MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA SOB O FOCO DE UMA PROPOSTA DE DIREITO ADQUIRIDO

Fellipe Guimarães Freitas

RESUMO: Discute-se a segurança jurídica especificamente sob o prisma das mutações jurisprudenciais no âmbito do Direito Tributário, com foco em uma proposta da sua manifestação como “direito adquirido”, como forma de assegurar as expectativas normativas da sociedade diante de um contexto de direito intertemporal no seio da mutação jurisprudencial tributária. Pretende-se estabelecer uma compatibilização do conceito de direito positivo e de normas jurídicas, com a segurança jurídica como um dos pilares fundantes do sistema do direito, e sua carga de valor jurídico como sobreprincípio a projetar-se na preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas transmitidas à sociedade, e sua expressão protetiva nas situações jurídicas em curso (situações jurídicas transactas) na categoria de “direito adquirido”. A partir da análise das definições conferidas pela doutrina brasileira sobre a segurança jurídica e do próprio direito adquirido, coloca-se uma ideia distinta do tradicional repertório doutrinário a fim de aplicar à finalidade que se almeja alcançar, dentro do sistema de referência do conceito funcional do sistema do direito. Analisa-se um caso concreto da jurisprudência brasileira para aliar o conteúdo teórico do direito adquirido, como corolário da segurança jurídica, ao prisma pragmático das modificações jurisprudenciais na seara do Direito Tributário. Por fim, analisa-se esse plexo de conceitos e institutos jurídicos no processo de produção normativa do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como a (in)observância do direito adquirido na alteração da norma jurídica fruto do posicionamento consolidado pela jurisprudência (precedente normativo judicial), diante das expectativas normativas formadas nesse processo de mutação.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica – Mutação jurisprudencial – Direito adquirido.

LEGAL SECURITY IN TRIBUTARY JURISPRUDENTIAL MUTATION UNDER THE FOCUS OF A PROPOSAL OF VESTED RIGHT

Fellipe Guimarães Freitas

ABSTRACT: Legal security is discussed specifically in the light of jurisprudential mutations in Tax Law, focusing a proposal from its manifestation as “vested right”, as a way of ensuring normative expectations of society facing a context of intertemporal law in tributary jurisprudential mutation. It is intended to establish a compliance of the concept of positive law and legal rules, with legal security as one of the basic pillars of the legal system, and its cargo of legal value as a principle in the preservation of the normative expectations consistent and widespread transmitted to society, and its protective expression of legal situations in progress (past legal situations) in the category of vested right.

From the analysis of definitions assigned by the Brazilian doctrine on legal security and vested right, a distinct idea of the traditional doctrinal repertoire is set to apply to the purpose that it aims to achieve, in the reference system of the functional concept of the system of law.

A specific case on Brazilian jurisprudence is analyzed to establish the theoretical content of vested right, as a corollary of legal security, to the pragmatic view of the jurisprudential changes in Tax Law.

Finally, all the concepts and legal institutions in the process of normative production in Constitutional Court – STF are analyzed, as well as the (in)compliance of vested law in respect of amendment of the rule of law result of positioning consolidated by jurisprudence, (normative judicial precedent), given the normative expectations formed in this process mutation.

KEYWORDS: Legal Security – Jurisprudential mutation – Vested right.

ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
cf.	conferir
CTN	Código Tributário Nacional
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário de Justiça
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
ed.	edição
ulg.	Julgamento
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e Transportes Interestaduais
i.e.	isto é
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
n.	Número
Min.	Ministro
org.	organizador(a)
p.	página
pp.	páginas
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
s.	seguinte
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
t.	tomo
trad.	tradução
TP	Tribunal Pleno
vol.	volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	Erro! Indicador não definido.
2. PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS	Erro! Indicador não definido.
2.1. Uma breve incursão na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos.....	Erro! Indicador não definido.
2.2. A linguagem como pressuposto do modelo dogmático adotado	Erro! Indicador não definido.
2.3. O modelo jurídico-sistêmico.....	Erro! Indicador não definido.
2.4. Direito positivo	Erro! Indicador não definido.
2.5. Norma jurídica	Erro! Indicador não definido.
2.5.1. Norma jurídica: enunciados prescritivos x princípios x normas	Erro! Indicador não definido.
2.5.2. Princípios: valores x limites objetivos.....	Erro! Indicador não definido.
2.5.3. Processo de construção da norma jurídica.....	Erro! Indicador não definido.
2.5.4. Normas gerais x individuais e normas abstratas x concretas.....	Erro! Indicador não definido.
2.5.5. Norma jurídica como produto do processo judicial	Erro! Indicador não definido.
3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO: SEGURANÇA JURÍDICA	Erro! Indicador não definido.
3.1. A polissemia do signo “Segurança Jurídica”	Erro! Indicador não definido.
3.2. Segurança Jurídica na Constituição Federal de 1988 .	Erro! Indicador não definido.
3.3. “Segurança Jurídica” na legislação infraconstitucional.....	Erro! Indicador não definido.
4. “SEGURANÇA JURÍDICA”: CLASSIFICAÇÕES, CONTEÚDO E ALCANCE ..	Erro! Indicador não definido.
4.1. Segurança Jurídica como “valor extrajurídico”	Erro! Indicador não definido.
4.2. “Segurança Jurídica” como fonte do direito positivo.....	Erro! Indicador não definido.
4.3. Segurança Jurídica como expressão de enunciados prescritivos constitucionais gerais	Erro! Indicador não definido.
4.4. Proposta classificação e de construção do conteúdo normativo da “Segurança Jurídica” e seu respectivo alcance pragmático	Erro! Indicador não definido.

5. TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADQUIRIDO..... **Erro! Indicador não definido.**

5.1. Direito adquirido e sua crise semântica: perspectiva de uma nova visão. **Erro! Indicador não definido.**

6.	MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL	Erro! Indicador não definido.
6.1.	Jurisprudência e precedente normativo judicial	Erro! Indicador não definido.
6.2.	Controle de constitucionalidade (difuso e abstrato) e a modulação dos efeitos da decisão	Erro! Indicador não definido.
7.	ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO DIREITO TRIBUTÁRIO: A PRAGMÁTICA DO DISCURSO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB O PRISMA DO DIREITO ADQUIRIDO ..	Erro! Indicador não definido.
7.1.	IPI – Crédito Presumido – isenção / alíquota zero / não tributado	Erro! Indicador não definido.
7.2.	Pressupostos para a aplicação do direito adquirido nas mutações jurisprudenciais tributárias	Erro! Indicador não definido.
	CONCLUSÃO.....	Erro! Indicador não definido.
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	Erro! Indicador não definido.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS	15
2.1. Uma breve incursão na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos.....	17
2.2. A linguagem como pressuposto do modelo dogmático adotado	21
2.3. O modelo jurídico-sistêmico.....	24
2.4. Direito positivo	27
2.5. Norma jurídica	30
2.5.1. Norma jurídica: enunciados prescritivos x princípios x normas	33
2.5.2. Princípios: valores x limites objetivos.....	34
2.5.3. Processo de construção da norma jurídica.....	37
2.5.4. Normas gerais x individuais e normas abstratas x concretas.....	39
2.5.5. Norma jurídica como produto do processo judicial	42
3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO: SEGURANÇA JURÍDICA.....	46
3.1. A polissemia do signo “Segurança Jurídica”	48
3.2. Segurança Jurídica na Constituição Federal de 1988	56
3.3. “Segurança Jurídica” na legislação infraconstitucional.....	60
4. “SEGURANÇA JURÍDICA”: CLASSIFICAÇÕES, CONTEÚDO E ALCANCE	62
4.1. Segurança Jurídica como “valor extrajurídico”	67
4.2. “Segurança Jurídica” como fonte do direito positivo.....	69
4.3. Segurança Jurídica como expressão de enunciados prescritivos constitucionais gerais ..	73
4.4. Proposta classificação e de construção do conteúdo normativo da “Segurança Jurídica” e seu respectivo alcance pragmático	75
5. TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADQUIRIDO.....	85
5.1. Direito adquirido e sua crise semântica: perspectiva de uma nova visão.....	91

6.	MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL	100
6.1.	Jurisprudência e precedente normativo judicial	100
6.2.	Controle de constitucionalidade (difuso e abstrato) e a modulação dos efeitos da decisão	105
7.	ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO DIREITO TRIBUTÁRIO: A PRAGMÁTICA DO DISCURSO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB O PRISMA DO DIREITO ADQUIRIDO	110
7.1.	IPI – Crédito Presumido – isenção / alíquota zero / não tributado	110
7.2.	Pressupostos para a aplicação do direito adquirido nas mutações jurisprudenciais tributárias	116
	CONCLUSÃO.....	127
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

1. INTRODUÇÃO

Desenvolvemos durante os créditos do curso de Mestrado¹ alguns estudos sobre o tema da “segurança jurídica”, e depois do aprofundamento dessas discussões e reflexões chegamos a um ponto de partida para iniciarmos o projeto acadêmico da presente dissertação, cuja tarefa parece-nos mais árdua e audaciosa ainda, em que pese a tentativa de preparação do tema durante o processo de amadurecimento e aprendizado constante dentro da academia.

A presente dissertação possui o intuito de analisar o tema da segurança jurídica surpreendido em seu conteúdo de preservação de expectativas normativas² diante da jurisprudência firmada em determinado tempo e ordenamento jurídico. Nessa concepção, focaremos em sua manifestação como “direito adquirido”, como mensagem jurídica competente para justificar a necessidade de observância de alguns critérios para o exercício da função jurisdicional no pertinente à alteração da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. O tema da segurança jurídica *per si*, representa um assunto de imensa envergadura, pois adentra em terreno arenoso e inseguro que segrega o Sistema Social Geral (mundo das mensagens comunicacionais sociais ou mundo dos fenômenos sociais) do Subsistema do Direito (mundo das mensagens comunicacionais normativas ou mundo do dever-ser), impondo ao exegeta uma incursão profunda no campo da Teoria Geral do Direito e de ramos didaticamente autônomos³ do Direito. O nosso esforço será no sentido de abordar a “segurança jurídica” dentro de uma análise prática, passando pelas suas acepções, para avaliar os seus efeitos no estudo de caso jurisprudencial, especificamente no que se refere ao Direito Tributário.

¹ Monografia de conclusão do crédito de Teoria Geral do Direito ministrada pelo Professor Celso Fernandes Campilongo no curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – 2.º semestre de 2006 e Monografia de conclusão do crédito de Tributário III ministrado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho com assistência do Professor Robson Maia no curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – 2.º semestre de 2008.

² As “expectativas normativas” serão analisadas considerando o modelo da Teoria dos Sistemas Autopoieticos de Niklas Luhmann.

³ O Direito possui disciplinas segregadas somente para fins didáticos, pois representa um sistema unitário constituído de inúmeros elementos que podem ser classificados com base em critérios metodológicos para uma finalidade meramente analítica. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho: “Repetimos a inadmissibilidade de tais foros de autonomia científica, sem destruir aquele que é o mais transcendental entre os princípios fundamentais do direito – o da unidade do sistema jurídico. O direito tributário está visceralmente ligado a todo o universo das regras em vigor, não podendo dispensar, nas suas construções, qualquer delas, por mais distante que possa parecer.” (Paulo de Barros Carvalho. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15)

Apesar da existência de doutrina a respeito do tema, ao nosso sentir, a repercussão dessa problematização no nosso momento histórico-jurídico,⁴ aliado ao fato de não estar firmado um consenso sobre o assunto, corroboram a pretensão da dissertação, pois o enfoque dado ainda merece atenção e por isso encontramos um extenso campo para sua abordagem.

A proposta apresenta-se bastante relevante, não somente pelo tema da segurança jurídica, cujo conceito mostra-se ainda pouco consolidado de forma clara e objetiva pelos cientistas do Direito e de uma abstração e vagueza ímpares, mas principalmente diante da complexidade em conseguir impor um raciocínio lógico que pretenda cuidar do assunto com foros de juridicidade, dentro de uma finalidade prática (direito adquirido x mutação jurisprudencial).

Evidentemente a presente dissertação não possui a pretensão de esgotar o assunto, pois somente visa abordar a forma de aplicação da segurança jurídica sob o foco do papel do direito adquirido em sua utilidade pragmática na mutação jurisprudencial em casos tributários, sempre dentro do modelo positivado no sistema jurídico brasileiro.

Nosso objetivo não se identifica com a intenção de responder categoricamente às indagações da doutrina sobre a matéria em pauta, tampouco de instituir uma interpretação unívoca, mas ao menos tentar contribuir para estabelecer um norte para a análise desse princípio (segurança jurídica) e a sua participação na construção do ordenamento jurídico, por meio de uma das suas aparições no direito positivado brasileiro (direito adquirido) e seus efeitos em uma sociedade marcada pela constante modificação da jurisprudência aparentemente consolidada.

Repassaremos em nosso labor, **(i)** pelas premissas adotadas como pressupostos dogmáticos, como categorias secundárias extremamente relevantes, mas que apenas circundam o tema principal e servem como sustentação da nossa linha dissertativa, **(ii)** para assim adentrarmos na delimitação do objeto (segurança jurídica) e sua polemização, situando-o dentro de um contexto genérico e histórico-normativo. **(iii)** Posteriormente, percorreremos o os sentidos do termo “segurança jurídica” na doutrina brasileira e apresentaremos uma proposta nossa de classificação e organização do tema, **(iv)** para então surpreendê-lo

⁴ Recentemente observamos uma série de alterações jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, especialmente em matéria tributária, por isso a discussão extremamente intensa, atual e relevante na comunidade jurídica a respeito da “segurança jurídica” em relação a referidas mutações, dando fundamento de utilidade deontológica e pragmática para o tema da presente dissertação. Apesar de ambos os Tribunais Superiores experimentarem, potencialmente, a modificação de um posicionamento consolidado, focaremos em nossa dissertação somente no âmbito da mutação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

isoladamente em sua manifestação de “direito adquirido”, justificando a sua remodelação nos tempos atuais. Para auxiliar na conclusão pretendida, **(v)** exporemos de forma pragmática um caso concreto atual de alteração da jurisprudência brasileira, para finalmente **(vi)** realizarmos o fechamento da dissertação com o efeito do direito adquirido como garantidor da segurança jurídica em casos de modificação da jurisprudência consolidada, considerando as expectativas normativas da sociedade diante de determinado caso concreto.

Por derradeiro, não podemos nos olvidar que cada exegeta possui seu próprio entendimento a respeito da linguagem-objeto a ser analisada, e por isso, não se pretende propor uma interpretação a prova de críticas e posicionamentos contrários, mas o nosso esforço cinge-se no escopo de adequar a nossa conclusão à premissa preestabelecida, tentando promover uma linha de raciocínio sobre a “segurança jurídica” de forma objetiva para a sua concretização no processo de positivação do direito, promovendo uma reflexão sobre a relevância de remodelar a sua aplicação prática, notadamente na sua manifestação na forma de direito adquirido, a fim de se adaptar às expectativas normativas criadas em um mundo jurídico-social de constante evolução e alternâncias jurisprudenciais.

2. PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS

Com base na necessidade de frear os impulsos do cientista do Direito, se impõe um corte metodológico como forma de evitar a perdição em labirintos do campo das ideias, sem a objetividade pertinente para o desenvolvimento da tese a ser defendida.⁵

Esse corte metodológico, em que pese ser difícil de se praticar, constitui ferramenta extremamente eficiente para não nos aventurarmos demasiadamente em pontos circundantes do tema, sem investir o mesmo labor científico no cerne da discussão posta como centro das nossas atenções.

Como ponto de partida, diante da necessidade de conter a ansiedade do espírito acadêmico e a integração do tema de forma objetiva, passaremos brevemente sobre os itens que são relevantes para o deslinde da presente dissertação, mas não configuram o propósito final do trabalho desenvolvido.

Apesar de complexos, por mera necessidade científica de realizar um corte metodológico, partiremos de determinados paradigmas dogmáticos para percorrer essa jornada dissertativa, a fim de utilizar aludidas premissas para alcançar o nosso objeto temático.

As categorias secundárias – secundárias não pela ausência de relevância, mas porque servem como premissas de sustentação do tema, sem, contudo, confundirem-se com o próprio foco temático – serão cuidadas de forma concisa, como verdadeiros pressupostos dogmáticos para o presente trabalho, sem olvidar do rigor científico necessário que esses institutos demandam e da consonância das premissas adotadas com o discurso produzido.

Nesse fluxo, de suma importância posicionarmo-nos diante do modelo sistêmico do direito positivo para compreendermos o campo de nossa atuação e, por conseguinte, analisarmos os seus elementos constitutivos, ou seja, a norma jurídica como parte integrante do conjunto “sistema do direito”.⁶ Da mesma forma, o conceito de norma jurídica e a acepção adotada na presente dissertação como sentido adequado para fundamentar as nossas

⁵ Nesse ponto Tárek Moussallem adverte que “todo saber científico pressupõe um corte metodológico para que se torne possível o estudo do objeto; caso contrário, estudar-se-ia tudo em um regresso *ad infinitum*, o que seria incompatível com a pretensão científica” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 11).

⁶ Saliente-se que o direito positivo deve ser compreendido como o sistema jurídico-normativo brasileiro, pois não possuímos a pretensão de analisar o direito posto internacional ou realizar uma abordagem de “direito comparado”, apesar de fazermos alusão a doutrinas estrangeiras e eventuais casos da jurisprudência alienígena.

conclusões, assim como, notadamente o processo de construção da norma jurídica e uma das suas modalidades na condição de produto do processo judicial (norma jurídica como produto do processo judicial), são pontos essenciais do nosso discurso.

O sistema de referência a ser empregado em nossa dissertação será da “dogmática jurídica”,⁷ dentro da análise funcional⁸ do direito positivo, adotando-se principalmente a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann como paradigma, usando como parâmetros na doutrina brasileira as contribuições de Cristiano Carvalho. Aliada à aludida forte corrente funcional da “dogmática jurídica”, estaremos firmes na análise do direito positivo como uma linguagem prescritiva, por isso utilizaremos conceitos dessa ordem da semiótica para avaliar e explicar o fenômeno jurídico objeto da presente dissertação (análise do direito positivo com base nas premissas do “giro linguístico”⁹).

⁷ A despeito da discussão incessante sobre a natureza da corrente jurídica seguida por Niklas Luhmann, não adentraremos nessa seara filosófico-classificatória para confirmar essa posição juspositivista luhmanniana, mas a esse respeito Dimitri Dimoulis em sua obra sobre o “Positivismo Jurídico” alega acerca da Teoria Autopoiética que Niklas Luhmann “faz poucas referências ao positivismo jurídico e não compartilha a terminologia dos adeptos dessa corrente (Luhmann escreve que o positivismo jurídico teve a coragem – ‘Mut’ – de enxergar a realidade do direito, apesar de adotar uma teoria ingênua sobre o direito como decorrência da vontade dos legisladores – Luhmann, 1983, p. 142). Mesmo assim, sua análise sobre a autonomia do sistema jurídico permite classificá-lo na abordagem juspositivista *stricto sensu* (Gephart, 1993, p. 126, utiliza no caso de Luhmann a expressão ‘positivista entre aspas’. Rosenfeld, 1998, p. 94, se refere à teoria de Luhmann como ‘richer and more sophisticated positivistic autopoietic theory’. Na bibliografia nacional, o caráter juspositivista da teoria luhmanniana é afirmado por Pagliarini, 2000, e Piacentin, 2005, p. 122-124.). (...) Nos limites do presente estudo, basta afirmar que a peculiaridade da teoria luhmanniana não impede de classificá-la entre as abordagens do PJ *stricto sensu*, já que admite as principais teses dessa corrente e distancia-se de forma clara do moralismo jurídico e das abordagens que afirmam a união entre o direito e a política.” (Dimitri Dimoulis. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político – Coleção Professor Gilmar Mendes. Coord. André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2006, p. 154-157). Registre-se, outrossim, Misabel Derzi: “Assim, no que tange às relações entre o saber jurídico e o saber político-econômico e sociológico, ou seja, entre o sistema jurídico e sua dogmática e outros sistemas existentes no ambiente, podemos alinhar, de um lado, Hans Kelsen, Niklas Luhmann e Max Weber, que apresentam para o problema uma solução ‘separatista’ (...).” (Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 16).

⁸ Sobre o caráter funcional do direito positivo Misabel Derzi: “Niklas Luhmann define-se por motivos funcionais, priorizando-os e, assim o fazendo, viabiliza uma teoria adequada ao Estado de Direito, dentro de uma alta complexidade das sociedades contemporâneas.” (Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 16).

⁹ O direito como objeto cultural criado pela sociedade possui como fator fundamental a relação de comunicação por meio dos modais obrigatório, permitido ou proibido, ou como prefere Niklas Luhmann, por intermédio do seu código lícito/ilícito. A “linguagem”, portanto, constitui ponto de partida imprescindível para a análise do direito positivo e do discurso do jurista como cientista, e parafraseando Paulo de Barros Carvalho, “neste contexto, penso que nos dias atuais seja temerário tratar do jurídico sem atinar a seu meio exclusivo de manifestação: a linguagem.

Essas referências supra mencionadas serão marcos teóricos para a nossa investigação, como pressupostos metodológicos, dentro do livre arbítrio do cientista do direito ao realizar as suas eleições teóricas no momento do seu labor científico, por isso, não propomos uma discussão filosófica sobre as Teorias do Direito indicadas ou um debate teórico e aprofundado sobre os seus fundamentos e divergências conceituais, pois pretendemos com isso somente esclarecer que aceitamos como premissas o **(i)** modelo sistêmico do direito positivo; **(ii)** a linguagem como elemento estruturante do direito positivo por ser este constituído por símbolos linguísticos criados pela sociedade e **(iii)** o direito positivo como o conjunto de normas jurídicas, entendidas como as mensagens prescritivas (imperativas) que se inter-relacionam para a realização da comunicação intrassistêmica, direcionadas à regulação e preservação das legítimas expectativas normativas generalizadas e congruentes (direito positivo em seu aspecto funcional).¹⁰

2.1. Uma breve incursão na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos

A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos foi explorada anteriormente por alguns doutrinadores¹¹ antes de ser lapidada por Niklas Luhmann para a sua aplicação nas Ciências Sociais, em sua produção acadêmica de alto relevo científico. Por adotarmos como pressuposto dogmático a sua contribuição, não abordaremos a distinção, ao nosso sentir

Não toda e qualquer linguagem, mas a verbal-escrita, em que se estabilizam as condutas intersubjetivas, ganhando objetividade no universo do discurso. E o pressuposto do ‘cerco inapelável da linguagem’ nos conduzirá, certamente, a uma concepção semiótica dos textos jurídicos, em que as dimensões sintáticas ou lógicas, semânticas e pragmáticas, funcionam como instrumentos preciosos do aprofundamento cognoscitivo.” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 162).

¹⁰ Esses marcos teóricos como linha dogmática a ser seguida não possui contradições, muito pelo contrário, se complementam em pontos relevantes para o estudo do direito positivo. Nesse sentido, Cristiano Carvalho concorda que “como sistema comunicacional complexo que é, o direito naturalmente alberga essas categorias próprias da autopoiese social. A teoria autopoiética, a nosso sentir, é aplicável ao fenômeno jurídico e não contradita, antes complementa, todas as concepções da Teoria Geral dos Sistemas, bem como Pragmática da Comunicação e da Semiótica que expusemos até aqui.” (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 133).

¹¹ Vide: Cristiano Carvalho (*Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 133); Celso Campilongo (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 18) e Darío Rodríguez M. (Apresentação). *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft* – 2ª edición en español. México: Herder, p. 29).

evolutiva, da sua Teoria dos Sistemas com as suas precursoras, partindo desde logo do paradigma luhmanniano para expor as premissas presentes em nosso discurso.

Para Niklas Luhmann a sociedade deve ser analisada sob um prisma sistêmico, em que o Sistema Social seria composto não de seres humanos em uma análise focada no indivíduo, mas de subsistemas com funções distintas que realizam a comunicação social por meio dos seus próprios códigos e programas. Nesse ponto, exsurge uma das primeiras diferenças do discurso luhmanniano, ou seja, a sua atenção está direcionada não para o ser humano como ator principal da sua análise, mas sim para as relações comunicacionais existentes entre os indivíduos da sociedade.¹² E para haver comunicação, se faz necessária a presença de um indivíduo emissor, de uma mensagem formalizada em linguagem competente (compreensível) e um receptor que receba e compreenda essa mesma mensagem. Por isso afirmar-se que a sua preocupação não está no ser humano propriamente dito, pois apenas um indivíduo não realiza atos de comunicação, mas na comunicação existente na sociedade.

As sociedades modernas em suas comunicações exigem um alto grau de complexidade, e a Teoria do Sistema Social criado por Niklas Luhmann pretende exatamente realizar esse corte epistemológico de reduzir as complexidades do seu objeto (sociedade) para surpreendê-lo dentro de uma análise científica. Mesmo consciente de que o objeto cultural da realidade do “mundo do ser” jamais poderia ser explicado em sua plenitude por uma redução desse nível, se faz necessário esse corte para compreender de forma mais aprofundada o objeto que se pretende discorrer. E a função dos sistemas na Teoria Luhmanniana seria exatamente a de reduzir essas complexidades.

A sociedade, então, seria analisada sob uma ótica de uma rede sistêmica, em que o Sistema Social seria um conjunto representando um “todo unitário”, cujos elementos seriam uma série de Subsistemas ou Sistemas Parciais. Como o Sistema Social se afigura como uma rede de comunicações, os Subsistemas possuem essa mesma natureza, mas cada qual com funções distintas e um tipo de comunicação específica em seu interior. O interior de cada subsistema possui um “meio intrassistêmico” com suas próprias operações, e o seu entorno

¹² Cristiano Carvalho reforça: “A grande diferença da teoria de Luhmann em relação a Maturana e Varela é que o ponto de enfoque no sistema social não são os indivíduos. *Se a autopoiese biológica centra-se nos seres vivos, a autopoiese social centra-se na comunicação.* Para Maturana, o ‘social’ é formado por inúmeros sistemas autopoieticos (indivíduos), sendo que este social é o ambiente. Para Luhmann, o que importa são os atos comunicacionais (...)” (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, p. 125).

consiste no seu “ambiente”, i.e., o mundo exterior de cada subsistema seria o próprio Sistema Social completo. Como afirma Cristiano Carvalho:¹³

“Dessa forma, o grande sistema social é formado por complexas redes de comunicações, num processo dinâmico constante. À medida que o sistema vai aumentando a sua complexidade, formam-se subsistemas, com códigos próprios, autonomizando-se uns em relação aos outros. Apesar desses subsistemas serem fechados operacionalmente, são interdependentes. O sistema social como um todo é formado por essas inter-conexões entre os subsistemas: um estimula a auto-reprodução do outro.”

Dessa mesma forma, a Teoria dos Sistemas visa reduzir as complexidades do Sistema Social e dos seus Subsistemas Sociais, que são suas partes integrantes, sempre sob o prisma de uma análise dentro de uma estrutura sistêmica. E o mundo exterior de cada subsistema seria o seu ambiente, ensejando duas relações distintas: **(i)** as relações intrassistêmicas seriam realizadas exclusivamente dentro do seu meio sistêmico, por intermédio de operações específicas mediante um tipo de comunicação exclusiva, e **(ii)** as aludidas relações do seu meio sistêmico interagem com o ambiente (mundo exterior ao subsistema), rendendo ensejo a uma segunda relação (relação do meio interno com o seu ambiente), a fim de propiciar a manutenção da sua proximidade com a complexidade presente em uma sociedade em transformação.

Nas palavras de Darío Rodríguez M., da Pontificia Universidad Católica de Chile:

“Tomando el concepto de complejidad y de relación entre complejidades de la cibernética, se puede señalar que un sistema es siempre menos complejo que su entorno. Es posible entonces reconocer que la función de la construcción de un sistema es la reducción de la complejidad. Existe una gradiente de complejidad entre el sistema y su entorno. Un sistema surge en la reducción de la complejidad e, de este modo, la complejidad no es un peligro ni una dificultad para el sistema, sino su condición de posibilidad.”¹⁴

Como sistema complexo e em eterna mutação, o Sistema Social e os seus Subsistemas interagem com o seu ambiente, e para reduzir as aludidas complexidades, o ingresso de um elemento do ambiente para o interior do meio sistêmico deve-se passar por um filtro seletor,

¹³ Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, p. 126.

¹⁴ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 29.

i.e., um critério de seleção que define a forma de entrada dos elementos do ambiente para o meio interno do sistema e, da mesma forma, consiste no critério de relação interna entre os próprios elementos do sistema. Um exemplo disso seria a maneira de interação entre o Sistema Social e o Subsistema Econômico: o Subsistema Econômico possui em seu interior relações comunicacionais pelos códigos ter/não-ter e ao mesmo tempo os critérios de seleção do seu filtro para a entrada de novos elementos parte dessa avaliação da comunicação ter/não-ter.

Niklas Luhmann recorre a estudos sistêmicos de outras áreas, principalmente no âmbito da Cibernética e nos avanços das Ciências Biológicas capitaneados por Humberto Maturana para afirmar a autopoieses¹⁵ do sistema. Isso significa aceitar que os elementos do sistema se auto-reproduzem, i.e., o sistema se auto-regula em um mecanismo auto-referencial. O próprio sistema se utiliza da sua engrenagem interna para realizar as suas transformações. A implicação de um sistema autopoietico conduz ao seu fechamento operativo,¹⁶ visto que os seus elementos se auto-reproduzem por meio de operações internas, sem a necessidade de contato com o seu ambiente.

O fechamento operativo do sistema não pressupõe o seu isolamento, muito pelo contrário, o sistema apenas existe como conjunto de elementos porque se parte da premissa da aceitação de um ambiente externo que o justifica. Se não existe um ambiente externo, o sistema não se distinguiria do mundo exterior, e de nada adiantaria a construção de um conjunto de elementos sob um prisma sistêmico, se não houvesse um ambiente para dele se diferenciar.¹⁷

¹⁵ “Un sistema autopoietico es una red de producción de componentes que produce sus propios componentes. Para que esto pueda ocurrir, el sistema há de ser capaz de operar de manera autorreferente, distinguiendo lo propio de lo ajeno.” (Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 31).

¹⁶ “Otra condición de la autopoiesis es la clausura operacional: nada proveniente del exterior del sistema para a constituirse em elemento del mismo. Los sistemas autopoieticos generan sus elementos por médio de operaciones internas, sin importalos del entorno.” (Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 31).

¹⁷ Cristiano Carvalho resume bem esse contexto ao confirmar que “a clausura não significa que o sistema seja isolado do seu ambiente; apenas significa que o sistema é autônomo no sentido de processar, segundo os seus critérios, as mensagens enviadas pelo ambiente. Para que ele possa ser dinâmico, i.e., continuar o processo de auto-produção contínuo, é imprescindível que seja aberto cognitivamente ao ambiente, pois as mensagens deste que irão estimular o sistema

Mas como surgiria uma evolução do próprio sistema, diante das transformações efetivadas em seu ambiente? Para tanto, Niklas Luhmann, seguindo a mesma orientação de Humberto Maturana, prevê a figura do acoplamento estrutural.¹⁸ E este seria uma espécie de canal de comunicação entre o ambiente e o meio intrassistêmico, por onde os elementos do mundo exterior podem ingressar no sistema, desde que essa operação seja realizada por intermédio dos filtros seletores do sistema. Com isso o sistema permanece sempre acoplado ao seu ambiente, mantendo uma interação cognitiva de recepção das mutações sociais que naturalmente ocorrem em uma sociedade altamente complexa e em constante evolução.

Daí pontificarmos que o sistema se auto-reproduz em uma dinâmica auto-referencial, operando de forma fechada sem interferência do seu ambiente em suas operações internas, mas ao mesmo tempo, mantém um intercâmbio com o ambiente, por meio do acoplamento estrutural, que permite apreender as mutações sociais do seu entorno, confirmando-se a sua abertura cognitiva.

A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann possui uma densidade muito mais acurada do que essas breves incursões, e em nosso percurso dissertativo reportaremos-nos a essas premissas de forma a empregá-las no nosso objeto de estudo (sistema do direito positivo), sempre com o alerta de que nossa pretensão não visa dissecar aludida teoria e seu conteúdo profundo e efeitos, mas sim utilizar o seu referencial teórico como pressuposto dogmático.

2.2. A linguagem como pressuposto do modelo dogmático adotado

Como pincelado no subitem anterior, para Niklas Luhmann o Sistema Social, como um conjunto, possui como elementos inúmeros Subsistemas que, por sua vez, são compostos por “comunicações”, i.e., os elementos de cada Subsistema são comunicações realizadas por meio de um procedimento específico, uma forma própria de comunicação interna e em sua interação com o ambiente.

autopoietico a se auto-produzir. Um sistema que não torque mensagens com o ambiente é um sistema estático, que não renova a si mesmo. (...) A abertura cognitiva é condição necessária (não suficiente) para a *autopoiese*” (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 124).

¹⁸ “El acoplamiento estructural, en cambio, es una constante y, además, condición de la supervivencia de un sistema autopoietico. O el sistema está acoplado a su entorno y existe o no lo está y no existe. En la relación de acoplamiento estructural, el sistema y el entorno, intructuán estimulándose mutuamente, gatillándose câmbios, con mantenimiento del acoplamiento.” (*El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 32).

Para o sobredito cientista, a sociedade não existiria como sociedade se não fosse o ato da comunicação. Somente um ser humano não constitui uma sociedade, e se estivermos diante de mais de um ser humano, a presença da sociedade não está na simples existência de ambos, mas nas relações de interação entre esses indivíduos, e isso dar-se-á por meio da comunicação. Niklas Luhmann insiste tanto nessa linha de raciocínio, que pressupõe como elementos do Sistema Social, não os seres humanos propriamente ditos, mas os tipos de comunicações constatadas nessa relação social que se estabelecessem em uma sociedade.

E a comunicação, como elemento do Sistema Social, em suas múltiplas manifestações e funções, consegue estabelecer conexões para formar uma rede de produção auto-referencial, se auto-reproduzindo de maneira a permitir a autopoiese do sistema, ao mesmo passo que permite o intercâmbio de comunicações entre os inúmeros Subsistemas integrantes do Sistema Social, desde que essa interação seja realizada de acordo com os procedimentos e funções de cada tipo de comunicação existente em cada Subsistema individualmente considerado. A comunicação produz comunicação e assim se mantém o fechamento operativo nas relações internas de cada Subsistema. Da mesma forma, a comunicação do ambiente, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, sofre mutações externamente ao mundo intrassistêmico, e considerando a abertura cognitiva de cada Subsistema, a comunicação do seu ambiente adentra em seu meio intrassistêmico por intermédio do acoplamento estrutural, ao se adaptar à função das suas operações internas.

Novamente aproveitando o exemplo do Subsistema Econômico, podemos indicar a transformação da sociedade com o manuseio do cartão de débito para elucidar as nossas considerações. Como a comunicação desse Subsistema dar-se pelo código ter/não-ter, antes do advento dessa evolução tecnológica o dinheiro em papel moeda era uma das maneiras de adquirir algum produto no mercado – sem adentrar em modalidades como o escambo, títulos de crédito e afins – e com a criação do denominado “dinheiro eletrônico”, a sociedade passou a utilizá-lo como ferramenta de compra do mesmo produto anteriormente vendido em pecúnia. Essa transformação social ingressou no Subsistema Econômico, por meio dos seus filtros seletores e o seu meio intrassistêmico sofreu uma mutação a ponto de aceitar a comunicação ter/não-ter sob essa nova modalidade (cartão de débito).

Para Niklas Luhmann, a comunicação pressupõe dois ou mais indivíduos e uma mensagem formalizada em um tipo de linguagem: **(i)** o emissor do ato de fala opta por um tipo de mensagem e **(ii)** utiliza um procedimento específico para emití-la, **(iii)** ingressando no campo de compreensão do receptor. Para haver comunicação, não se espera que o receptor

compreenda exatamente o mesmo conteúdo pretendido com a mensagem do emissor, mas sim que a mensagem possua o mínimo de compreensão para dar a formação de um juízo e para a continuidade da comunicação. Os problemas de incompatibilidade do conteúdo da mensagem emitida com a compreensão do receptor geram efeitos de outra ordem, mas não desnaturam a realização da comunicação em si.¹⁹

Nesse sentido, as operações mentais realizadas no sistema psíquico intrassubjetivo de cada indivíduo não consistem em uma comunicação, por isso não alteram o mundo social e muito menos os subsistemas de seu meio (Subsistemas do Sistema Social).²⁰ A linguagem serve como forma de constituição da realidade, desde que formalizada pelo meio adequado para a finalidade pretendida.

Como prefere o jurisconsulto Professor Paulo de Barros Carvalho:²¹

“O direito como sistema comunicacional – cujas unidades são ações comunicativas e, como tais e enquanto tais, devem ser observadas e exploradas – impõem que qualquer iniciativa para intensificar o estudo desses fenômenos leve em conta o conjunto, percorrendo o estudo do emissor, da mensagem, do canal e do receptor, devidamente integrados no processo dialético do acontecimento comunicacional.

Tenho firme a convicção de que essa proposta epistemológica é sumamente enriquecedora, oferecendo perspectivas valiosas para quem se aproxima do direito em atitude cognoscente. E o testemunho vivo desse reconhecimento já está

¹⁹ “La comunicación no es una acción, tampoco una acción comunicativa, sino um evento diferente, que requiere de la participación de más de un actor para tener lugar. En el concepto elaborado por Luhmann, la comunicación es una síntesis de tres selecciones: a) La selección de una información, en que Alter decide cuál de las distintas alternativas de información de que dispone va a seleccionar: qué voy a informar, qué voy a decir. b) La selección de una expresión o acto de comunicar, en que Alter opta por una forma de expresar la información: cómo lo digo. c) La selección de una comprensión/incomprensión en que Ego elige una de las posibilidades de comprensión o incomprensión de lo que Alter Le ha transmitido. En este acto, Ego diferencia entre la información y la expresión: qué entendido.” (... *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 31).

²⁰ “Los pensamientos de un sistema psíquico no son comunicaciones, sino eventos propios de la reproducción autopoietica de la psiquis, que estimulan o irritan el sistema de comunicaciones. La comunicación, por su lado, tampoco ingresa al flujo de pensamientos del sistema psíquico de Ego o de Alter. (...) Esto nos permite entender que una misma comunicación estimule pensamientos diferentes en distintos interlocutores. La comunicación no consiste en el traspaso de un determinado contenido de un emisor a un receptor, sino en la creación intersubjetiva de sentido, que delimita un sistema social. (...) Ningún sistema psíquico puede determinar el sentido de una comunicación; este es intersubjetivo.” (... *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, p. 36).

²¹ Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 164/165.

consignado em numerosos escritos da dogmática brasileira, principalmente no campo do direito tributário. A investigação do fenômeno jurídico, com os recursos da teoria comunicacional, possibilitou atingir níveis mais profundos de observação e também desenvolver uma análise mais fina e penetrante do trabalho construtivo da Ciência. Tal perspectiva sacode a consciência e mexe com as concepções convencionais que estamos acostumados a encontrar.

O direito, no seu particularíssimo modo de existir, manifesta-se necessariamente na forma de linguagem.”

E Cristiano Carvalho²² esclarece bem o tom que pretendemos imprimir:

“Como a intenção do trabalho é tomar o direito como sistema comunicacional, cujos elementos são atos comunicativos, e como não há comunicação e informação sem linguagem, utilizaremos também as categorias da Semiótica e da Lingüística, cujo potente instrumental analítico será de grande utilidade para examinarmos o sistema específico do direito positivo, cuja porção empírica é constituída por linguagem, mais precisamente a do tipo imperativo ou prescritivo.”

A nossa dissertação possui como finalidade analisar um tema sob uma perspectiva da Ciência do Direito, mirando como foco um objeto cultural (direito positivo) criado pela sociedade em uma camada de linguagem. Sem linguagem, não existe conhecimento! Como emitir uma proposição científica sem uso da linguagem? Aliás, antes disso, como se comunicar em sociedade, mesmo sem foros científicos, sem o emprego dos símbolos idiomáticos? Na verdade, essa premissa por si só seria capaz de esclarecer a relevância da “linguagem” como pressuposto do nosso sistema de referência. Apesar disso, não apenas a necessidade humana de comunicar-se, ato esse realizado por meio da linguagem, obriga-nos afirmar a imprescindível atenção ao pressuposto título desse subitem, posto que o nosso referencial teórico utiliza como base exatamente as comunicações sociais e o uso da linguagem para tanto. O direito positivo reage pelo mesmo estímulo, como sistema de comunicações subordinadas ao uso da linguagem, *in casu*, em sua função prescritiva.

2.3. O modelo jurídico-sistêmico

Por “sistema”²³ podemos compreender um conjunto de elementos com a mesma identidade de propriedades, criado em função de um critério de seleção dentro do livre

²² Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 54.

²³ Nas palavras de Marcelo Neves “define-se o sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. Portanto, todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação

convencimento do cientista, formando um todo unitário, caracterizado pela implicação relacional entre os seus elementos.

Nesse sentido, o sistema pressupõe três premissas básicas para a sua formação: **(i)** elementos, **(ii)** implicação relacional entre os mesmos e **(iii)** unidade, sem os quais se apresenta difícil a tarefa de se reconhecer a existência de um conjunto sistêmico.

Atualmente, os operadores do direito em suas múltiplas facetas, desde a sua interpretação até a sua aplicação concreta, não divergem do fato de ser o direito positivo uma camada de linguagem formada dentro de um contexto sistêmico, apesar das discussões doutrinárias a respeito da sua condição e interação com os demais sistemas.

E para manter a coerência com as nossas premissas, seguiremos exatamente esse modelo sistêmico na análise do fenômeno do direito positivo, adotando-se a visão luhmanniana. A vida em sociedade pressupõe a existência de inúmeros subsistemas, constituindo um macro-sistema denominado por “Sistema Social”. Na composição do Sistema Social nos deparamos com o Subsistema Econômico, com o Subsistema Religioso, com o Subsistema Político, e afins, assim como o Subsistema do Direito,²⁴ cuja análise faz parte da presente dissertação. Note-se que doravante empregaremos o termo “sistema” sempre em consonância com essa racionalidade de consistir o sistema jurídico como um subsistema do “Sistema Social”.

unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico).” (Marcelo Neves. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2). E Cristiano Carvalho: “sistema traz sempre a ideia de organização, *de ordem*. Não obstante, o ordenamento jurídico é frequentemente tratado como sinônimo de sistema jurídico. Necessário é um princípio atrator que traga ordem aos elementos, estabelecendo estruturas para que os mesmos se inter-relacionem. (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

²⁴ “Para a sociologia do direito isso significa partir da questão do direito como estrutura de um sistema social. Seguindo considerações prévias acima esboçadas, a estrutura de um sistema social tem por função regular a complexidade do sistema. (...) Desta forma é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca” (Niklas Luhmann. *Sociologia do Direito I – Coordenação* Eduardo Portella, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 14-15). Celso Fernandes Campilongo resume da seguinte forma: “A sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. A sociedade não é composta por homens ou relações individuais, mas sim por comunicações. Os homens, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados entre diversos sistemas parciais. São exemplos de sistemas parciais os sistemas econômico, jurídico e político.” (Celso Fernandes Campilongo. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 66).

Da mesma maneira que os demais sistemas integrantes do Sistema Social, o sistema do direito positivo possui quatro características extremamente relevantes para a sua condição de sistema luhmanniano: **(i)** a sua auto-regulação denominada de autopoieses; **(ii)** o seu fechamento operativo; **(iii)** a sua abertura cognitiva e **(iv)** o seu acoplamento estrutural com os demais subsistemas do Sistema Social.²⁵

O sistema do direito positivo atua de forma fechada em suas operações internas, sem ser influenciado por comunicações dos demais meios do Sistema Social, possuindo uma relação de autonomia para com o seu ambiente externo. O seu fechamento operativo possibilita a sua própria regulação interna, promovendo a autopoiese do sistema jurídico. Apesar disso, para manter a sua evolução – como objeto cultural produzido pela sociedade e que, portanto, naturalmente, sofre os efeitos das transformações sociais – a sua abertura cognitiva permite apreender elementos externos para realizar essa mutação, por meio do seu acoplamento estrutural com os demais meios do Sistema Social.

No caso do sistema do direito positivo, a entrada dos seus novos elementos se realiza seguindo um procedimento previsto em suas próprias normas internas, por intermédio de um agente do sistema credenciado para tanto. Esse filtro relacional classificatório determina a fórmula de absorção desses elementos e serve como análise da sua (não)pertinencialidade ao seu meio interno.

²⁵ Sob o prisma de Marcelo Neves: “No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente.” (Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128/129). Em Dimitri Dimoulis: “O conceito-chave é o fechamento operacional (operative Geschlossenheit) do sistema jurídico (como de qualquer outro sistema). Autocria-se e se auto-observa com elementos por ele definidos. Em seguida, se auto-observa e se autodescreve, não sendo possível estabelecer relações causais entre o sistema jurídico e seu ‘ambiente’, isto é, com sistemas que funcionam de forma diferente. ‘O direito é limite, instrumento e meta dele mesmo’.” (Dimitri Dimoulis. *positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político* – Coleção Professor Gilmar Mendes – Coordenação André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2006, p. 154). Vide ainda Celso Fernandes Campilongo: “Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operacional. Esse fechamento, como insistentemente explica Luhmann, é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança do sistema. Enfim, os sistemas autopoieticos operam, contemporaneamente, de modo aberto e fechado. Reagem tanto às condições internas quanto externas (...).” (Celso Fernandes Campilongo. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75).

Ainda nesse ponto, cumpre esclarecer que o Subsistema do Direito poderia ser segregado em duas partes:²⁶ **(i)** a Ciência do Direito, como meta-linguagem que se debruça sobre o seu objeto (direito positivo) para extrair enunciados descritivos disciplinados pela lógica apofântica, e o **(ii)** direito positivo, vertido em linguagem prescritiva coordenada pela lógica dêontica.²⁷ O sistema do direito positivo caracteriza-se como o sistema formal-normativo com função prescritiva, atestando-se a relação de pertinencialidade pela bivalência validade / invalidade, diferentemente das proposições teoréticas elementos da Ciência do Direito, cuja comprovação se dá sob o manto da verdade / falsidade.

Importa-nos elucidar esse ponto para registrar que o nosso papel como operador externo do direito, consiste num discurso de meta-linguagem que se projeta sobre o nosso objeto, denominado “direito positivo”, para observar a sua fenomenologia. Surpreendemos as suas relações comunicacionais positivadas para emitir um juízo de valor com foros descritivos, sem alterar ou esbarrar em nossa linguagem-objeto (direito positivo). Nesse percurso gerador de sentido científico, partiremos da análise do nosso objeto com a premissa de um modelo sistêmico, e sob um prisma dogmático para separar o direito positivo da realidade do mundo social e psíquico isoladamente considerados.

2.4. Direito positivo

Além do seu aspecto lógico-formal a reconhecer a estruturação do direito positivo como um sistema jurídico-normativo, visualizamos em seu campo finalístico o seu conceito funcional, sob o prisma da avaliação dos seus elementos integrantes do seu meio interno. Nesse enfoque, o direito positivo deve ser compreendido como o conjunto de normas jurídicas

²⁶ Paulo de Barros Carvalho esclarece que “não só o direito positivo se apresenta como sistema, mas a ciência que dele se ocupa também assume foros sistemáticos. O direito positivo é um sistema nomoempírico prescritivo, onde a racionalidade do homem é empregada com objetivos diretivos e vazada em linguagem técnica. A ciência que o descreve, todavia, mostra-se um sistema também nomoempírico, mas teórico, ou declarativo, vertido em linguagem que se propõe ser eminentemente científica.” (*Curso de direito tributário*, cit. p. 137).

²⁷ “Se pensarmos no conjunto de todas as normas jurídicas válidas, num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador, teremos o direito positivo que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva, pertencente à região ôntica dos objetos culturais, visto que é produzido pelo homem para disciplinar a convivência social, dirigindo-se, finalisticamente, ao campo material das condutas intersubjetivas.” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45)

como mensagens comunicacionais com finalidade prescritiva, cuja função representa a preservação de expectativas normativas generalizadas e congruentes.²⁸

Esse conjunto de normas jurídicas projeta-se sobre o campo material da conduta humana, no intuito de regular a vida em sociedade e as relações intersubjetivas dos indivíduos. Como substrato dos objetos culturais que representa, ao mesmo tempo em que a Ciência do Direito afigura-se como metalinguagem em relação ao seu objeto “direito positivo”, o próprio “direito positivo” se dirige ao contexto social como uma linguagem de sobrenível para dela apreender os fatos considerados como relevantes e positivá-los de forma a ingressarem em seu conjunto (direito positivo).

Como camada do campo social, o direito positivo constrói a sua própria realidade dentro do seu sistema normativo próprio (mundo do dever-ser), absorvendo determinados fatos sociais de distintas linguagens para o seu interior, e ao passarem pelo filtro de seus critérios seletores, recebem a juridicidade intrínseca ao seu meio, atuando pelo veículo da linguagem prescritiva inerente ao sistema jurídico. Apesar de estar intimamente vinculado ao seu ambiente (Sistema Social ou mundo do ser), pela sua abertura cognitiva e acoplamento estrutural, a sua fenomenologia jurídica não se confunde com a realidade social a qual se sobrepõe, pois a metalinguagem do direito positivo nunca se intersecciona com a sua linguagem objeto.

O direito positivo não consegue operativamente atingir o mundo dos fatos, pois a sua frequência se manifesta paralelamente à realidade social, mas cognitivamente utiliza-se do Sistema Social para surpreender situações que ingressam no seu conjunto por meio das suas próprias regras. O máximo de concretude possível revela-se admissível por meio da atividade

²⁸ Niklas Luhmann defende que a ótica para a análise do direito não parte do seu conceito próprio, mas antes disso, da sua função como estabilizador de expectativas normativas: “*Y puesto que la dimensión objetiva hace valer esta función de equilibrio, no existe ninguna definición objetiva del derecho. En su lugar entra la referencia sistemática: ‘sistema del derecho’. (...) Desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costes sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social.*” (Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder, p. 188). Apesar de não abordar o aspecto funcional da estabilização das expectativas normativas, Cristiano Carvalho segue a definição sistêmica autopoietica e comunicacional do direito positivo: “O direito é um sistema de comunicação, o que significa: *uma tecnologia que consiste em produção de mensagens imperativas, com o fim de motivar condutas intersubjetivas, em direção à consecução de valores consagrados pelo próprio direito.*” (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 130)

do Poder Judiciário, cuja aplicação e criação de normas jurídicas se aproxima no limite da realidade social, mas nunca convergindo para nela (realidade social) encostar.²⁹

Nesse percurso de positivação do direito, da máxima “norma geral e abstrata” editada pelo Poder Legislativo à extremidade da “norma individual e concreta” produzida pelo Poder Judiciário, o direito positivo se recicla e realiza a sua autopoiese, recebendo a influência do Sistema Social para adaptar a realidade jurídica às tendências e diretrizes de uma sociedade.³⁰ A entrada dessa linguagem social no subsistema normativo do direito (mundo do dever-ser) dar-se-á por meio das próprias regras previstas pelo ordenamento jurídico e assim o ciclo de composição do direito positivo tenta seguir a maratona incessante da vida social.

Esse ingresso de fatos sociais advindos do mundo fenomênico no sistema do direito positivo, por meio dos seus próprios filtros seletores, rende ensejo a novos enunciados prescritivos que servirão para disciplinar a vida social em sua eterna transformação, na tentativa de sempre refletir – via o acoplamento estrutural existente entre o subsistema social do direito positivo e seu ambiente (Sistema Social) – a realidade fática do ambiente (mundo do ser) na frequência normativa do seu meio intrassistêmico (mundo do dever-ser).

Cristiano Carvalho³¹ explica que:

“O próprio sistema também se altera a partir de cada norma que lhe é introduzida. Como exemplo, temos as decisões emanadas pelo Judiciário. Um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal necessita do contexto do sistema para ser entendido como norma; todavia, tal norma irá modificar o sistema, que já não será mais o mesmo após a inserção desta regra.”

Essas evoluções sócio-culturais fomentam a vida em sociedade e por via direta, impulsionam a mutação jurídica para tentar aproximar as duas realidades distintas, considerando a necessidade do ser humano de ser regulado por uma ordem impositiva, *in casu*, a ordem jurídica do sistema direito positivo.

²⁹ Em proposição distinta mas com o mesmo conteúdo Tárek Moussallem: “Como adiante será mais bem explorado, a linguagem prescritiva (dever-ser) é irredutível à linguagem descritiva (ser). As funções da linguagem são inconfundíveis e, por isso, incomunicáveis entre si: são jogos linguísticos diferentes, cada qual com suas próprias regras.” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 11)

³⁰ Niklas Luhmann reconhece que “a elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico. Isso leva à concepção de que a sociedade industrial moderna tem que instaurar seu direito como direito positivo, e modificável por intermédio de decisões” (Niklas Luhmann. *Sociologia do Direito I* – Coordenação Eduardo Portella, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 16).

³¹ Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 49.

Mas essas alterações sociais não são automaticamente sentidas e absorvidas pela sociedade, e nem sequer são, necessariamente, desejadas como senso comum dos indivíduos. Com isso, muitas vezes, algumas colisões podem existir entre as transformações advindas da evolução social e a necessidade de estabilização intrínseca à natureza humana. Essa dicotomia “mudança x segurança” sempre permaneceu incômoda em qualquer sociedade considerada no tempo e no espaço, se acentuando diante da complexidade cada vez mais elevada das sociedades modernas.

Considerando a referida necessidade de disciplinar esse conflito (mudança x segurança), o direito positivo surge como subsistema próprio e com o intuito de servir como fiel da balança desse “cabo-de-guerra”. A relação intertemporal do passado x presente x futuro em cotejo com a preservação da estabilidade social faz do direito positivo um subsistema capaz de responder a essas complexidades da sociedade.

Portanto, o direito positivo deve ser entendido como o conjunto de normas jurídicas, na condição de mensagens comunicacionais prescritivas, cuja função de regular o comportamento do ser humano em suas relações intersubjetivas se consubstancia na necessidade de assegurar a congruência de expectativas normativas generalizadas, dando certa estabilidade para a vida social.

2.5. Norma jurídica

Se o direito positivo afigura-se como um sistema específico de relações comunicacionais, conforme exposto alhures, um sistema possui em sua composição, necessariamente, a presença de elementos que formem um conjunto ou uma unidade. No caso concreto, como estamos lidando com o sistema jurídico, os elementos de formação da unidade (ordenamento jurídico) são as normas jurídicas.

As normas jurídicas são elementos do direito positivo que se relacionam entre si para a formação dessa unidade, e para compreendermos as acepções do foco central do nosso tema, precisaremos dissecar, sem muitas delongas, a terminologia “norma jurídica”.

No mundo dos fenômenos existe uma série de condutas intersubjetivas que merecem observância, sejam essas de natureza moral, ética, religiosa, ou de outros subsistemas. A essa regulação de condutas entre indivíduos que vivem em sociedade damos o nome de “norma”. Um padrão de comportamento desejado e esperado diante de certos critérios empregados pela

autoridade competente que assim determina, seguido pelos indivíduos que integram esse círculo.

No caso das “normas jurídicas”, o qualificador “jurídica” distingue-a das demais regras de conduta existentes na nossa sociedade, na medida em que se reconhece a presença da coercitividade como fator fundamental do seu núcleo. A coercitividade impõe a força do Estado-Juiz como mediador e personagem imperativo da obrigação ou dever de alguém se subordinar às referidas regras de conduta, caso se omitam ou se neguem a agir conforme determina o padrão da norma (nesse caso jurídica). Essa base teórica cujo relevo recebeu fama na magnitude dos textos de Hans Kelsen³² possui realmente importância, mas não pode ser interpretada de forma isolada, pois a “norma”, como elemento de realização da função do sistema ao qual pertence (direito positivo), deve assegurar as expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Contudo, não somente nesse aspecto reside a necessidade de um processo de elucidação, pois o termo “norma jurídica” ainda sim possui uma extensão plurissignificativa que merece um posicionamento para prosseguirmos com a nossa linha de raciocínio.

Estamos com Cristiano Carvalho para quem “numa concepção generalizada, os elementos do ordenamento são sempre normas, entendidas como o sentido construído a partir

³² “Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento da coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.” (Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37). E ainda sobre o assunto Norberto Bobbio enfatiza: “Podemos, todavia, dizer que em alguns autores contemporâneos a doutrina da coação como objeto do direito é clara e conscientemente formulada. É enunciada, por exemplo, por Kelsen, que considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma”. (Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, compilação Nello Morra. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156). Para Niklas Luhmann as sanções são formas de moldar as mensagens comunicacionais prescritivas do sistema, corrigindo as falhas internas nesse sentido. Em suas palavras: “normas se aceptan y se cumplen a pesar de que pudieran ser posibles otra manera. Las sanciones surgen, como lo han mostrado investigaciones ‘etnometodológicas’, en la autocorrección de la comunicación. Las normas reducen la contingencia de la limitación de la contingencia.” (Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder, p. 185).

da interpretação dos textos jurídicos (...).³³ E prossegue afirmando que “num sentido mais amplo, o sentido de todos os enunciados prescritivos pode ser denominado como ‘norma’”.³⁴

A “norma jurídica” pode ser empregada em diversos sentidos, e se faz mister esclarecer ao menos dois significados relevantes: **(i)** a norma jurídica pode ser considerada como o juízo hipotético-condicional criado da interpretação do texto do direito positivo dentro de um processo gerador de sentido³⁵ e devidamente formalizado em linguagem competente, ou, **(ii)** a norma jurídica pode ser entendida como os enunciados prescritivos explícitos ou implícitos previstos no direito positivo, desde que vertidos em linguagem.³⁶

Diversos juristas estabeleceram uma classificação em que utilizam o termo “regras jurídicas” para aludir ao primeiro item sobredito (juízo hipotético-condicional) e simplesmente “norma” para se referirem aos enunciados prescritivos gerais consoante mencionado no segundo item do parágrafo anterior.

Para o desenvolvimento do nosso trabalho aplicaremos a primeira significação como “norma jurídica”, ficando com esse conceito em mente para delineamento das demais categorias que formos cuidar durante o processo dissertativo. Ao nos referirmos a “enunciados prescritivos”, pretenderemos aludir ao segundo sentido indicado de norma jurídica, suspendendo por motivos metodológicos uma atenção mais detida a esse último conceito para não ferir o referencial teórico desejado.

³³ Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 146.

³⁵ Paulo de Barros utiliza esse termo para expor a respeito do processo de interpretação, partindo-se do contato com texto para extrair uma significação e “feito isso, deve o jurista examinar os grandes princípios que emergem da totalidade do sistema, para, com eles, buscar a interpretação normativa. A significação advirá desse empenho em que os termos do juízo são compreendidos na conformidade dos princípios gerais que iluminam a ordem jurídica” (Paulo de Barros Carvalho. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11). Esse percurso partindo-se do texto e seus enunciados prescritivos, para estruturar uma mensagem prescritiva completa, por meio do dever ser/então, analisando-se os demais princípios do sistema para compô-la se conhece como “processo gerador de sentido”.

³⁶ Em alusão à doutrina de Paulo de Barros: “Um dos alicerces que suportam esta construção reside no discernir entre enunciados e normas jurídicas, como diferentes campos de irradiação semântica a que já aludimos. Se bem que ambas as entidades se revistam de caráter conotativo ou directivo. Pois, mais que as outras, a função da linguagem apropriada à regulação das condutas intersubjetivas é verdadeiramente a prescritiva, os primeiros (enunciados) se apresentam como frases, digamos assim, soltas, como estruturas atômicas, plenas de sentido, uma vez que a expressão sem sentido não pode aspirar à dignidade de enunciado. Entretanto, sem encerrar uma unidade completa de significação deôntica, na medida em que permanecem na expectativa de juntar-se a outras unidades da mesma índole. Com efeito, terão que conjugar-se a outros enunciados, consoante específica estrutura lógico-molecular, para formar normas jurídicas, estas sim, expressões completas de significação deôntico-jurídica.” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 181/182)

E se o direito positivo representa um conjunto de normas jurídicas, cumpre compreender a forma de produção da norma jurídica considerando o estudo da linguagem, pois muitas vezes a ausência de explanação a respeito do plano sintático dos signos e sua distinção dos campos do texto e da significação, podem prejudicar a linha de raciocínio do exegeta, mas antes, uma ligeira incursão na divisão entre norma jurídica e princípios se faz necessária.

2.5.1. Norma jurídica: enunciados prescritivos x princípios x normas

O sistema do direito positivo possui em seu meio interno uma série de operações comunicacionais por intermédio de mensagens imperativas que determinam prescrições jurídicas para a sociedade. Denominamos esses elementos “norma jurídica”. Mas da análise do seu conteúdo, podemos classificar,³⁷ ainda, as normas jurídicas como princípios.

Como comentado no subitem anterior, sob uma perspectiva abrangente, todos os elementos constitutivos do sistema do direito positivo podem ser reconhecidos como “normas jurídicas”, contudo, existem algumas diferenças entre esses elementos que precisam ser avaliados, e nesse contexto encontramos a possibilidade de dividir os “princípios” das demais normas jurídicas presentes no sistema jurídico.

Os “princípios”, como o próprio nome denuncia, consistem nas mensagens prescritivas que servem como base para o sistema do direito positivo, os fundamentos principais utilizados como verdadeiros alicerces do arcabouço jurídico. Geralmente são dotados de uma carga axiológica mais acentuada e direcionam as demais normas jurídicas do ordenamento.

As normas jurídicas em seu sentido estrito (sentido empregado na presente dissertação), reconhecidas, outrossim, como “regras jurídicas” para certa corrente doutrinária, são as mensagens completas em seu sentido lógico-implicacional, constituindo um dever-ser jurídico pela estrutura “se/então”.

Cristiano Carvalho sintetiza essa ideia ao enunciar:

“Princípios são enunciados que denotam valores consagrados pelo sistema jurídico, e têm a função de diretivos axiológicos de todo o ordenamento.

³⁷ Evidentemente a forma de classificação pode considerar inúmeros critérios, e essa eleição faz parte da decisão do exegeta em seu percurso científico. Para a presente dissertação, não abordaremos as formas de classificação das “normas jurídicas” em sua extensão máxima, pois apenas nos interessa uma célere colocação a respeito da definição de princípios e sua distinção das demais normas jurídicas do sistema, diante do fato da “segurança jurídica” estar relacionada exatamente com esse critério classificatório.

Regras jurídicas são o sentido articulado numa estrutura lógica, construída a partir da interação do receptor com as mensagens enviadas pelos órgãos emissores do sistema.

Como o termo indica, ‘princípio’ significa fundamento, ponto de partida. Isso não significa que já estejam prontos e acabados à espera do operador do direito. Os textos normativos não costumam enunciar ‘princípios’, estes são postulados fundamentais descobertos no seio do sistema jurídico, principalmente mediante uma análise axiológica pelo intérprete. Destarte, a função importantíssima dos princípios é de servir de integração para o sistema, permitindo soluções onde haja falhas ou lacunas normativas.”

Nesse passo, os princípios são extremamente relevantes para a compreensão do direito positivo e para a aplicação do direito em suas múltiplas operações de incidência ao longo do percurso de concretização da sua própria realidade, na medida em que impõem, aos agentes credenciados para emitirem a linguagem competente no âmbito do sistema jurídico, recorrerem a essa modalidade de norma jurídica (princípio) no momento de construção do sentido lógico-implicacional da norma.

2.5.2. Princípios: valores x limites objetivos

Os princípios, por serem enunciados prescritivos com magnitude mais expressiva e ampla do que as demais mensagens deônticas postas no sistema, possuem um grau de abstração mais elevado. Apesar disso, alguns enunciados prescritivos, extremamente relevantes para o arcabouço jurídico e que servem com fundamento para a construção das normas jurídicas do ordenamento, não são dotados do mesmo conteúdo abstrato, consistindo em verdadeiras mensagens objetivas para os sujeitos de direito.

Não por outra razão, alguns doutrinadores classificaram os princípios em duas classes: **(i)** princípios que representam valores jurídicos e **(ii)** princípios que encerram limites objetivos. Essa distinção formulada pelo Professor Paulo de Barros Carvalho³⁸ visou explicar exatamente essa dicotomia existente entre o conteúdo de determinados princípios presentes em nossa Constituição Federal, dependendo do grau de “objetividade” ou “subjetividade” conferido ao conceito e aplicação de cada um deles.

Evidentemente que esse reducionismo ao ponto de segregar a “objetividade” da “subjetividade” se faz meramente para fins didático-científicos, pois o rigor da análise da linguagem nos afirma que em toda a mensagem persiste um caráter “subjetivo” na medida em

³⁸ Paulo de Barros Carvalho. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144/147.

que necessita de dois agentes para se aperfeiçoar. Isso significa que sem a presença do “sujeito”, nada se pode emitir, em termos comunicacionais, e nada se pode “recepcionar”. Contudo, com a atividade de comunicação de ambos, apesar de se efetivar um processo de comunicação, desde que realizada dentro dos critérios pertinentes (subitem 2.2), tanto o sujeito emissor quanto o agente receptor impõem à mensagem uma conotação subjetiva.

Estamos com Cristiano Carvalho³⁹ que precisamente explanou a maneira de aplicar essa classificação:

“Quanto à objetividade, relativa ao sentido das palavras, entendemos não ser esta possível, ao menos enquanto sinônimo de univocidade, que só é alcançada na linguagem formal. Todavia, a objetividade é possível no que tange a uma posição de redução drástica de discricionariedade por parte do intérprete e aplicador do direito, como veremos no item seguinte. Nesse sentido, a objetividade, enquanto limite, restringe o âmbito de interpretação possível no percurso gerativo de sentido. A subjetividade, por seu turno, amplia essa margem. Quando mais indeterminado o conceito, maior o nível de subjetividade do intérprete.”

Paulo de Barros Carvalho,⁴⁰ em sua distinta obra denominada “Direito Tributário, Linguagem e Método” abordou esse contexto antes pouco explorado em seu Curso de Direito Tributário e pontuou:

“Apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm e nem podem ter. A natureza eminentemente subjetiva desses núcleos significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora mero fato cosmológico insularmente levado à análise. Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos ser impossível fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores. O que distrai a nossa atenção entre as duas classes de princípios é que o legislador atribuiu valores (sempre subjetivos) a situações diferentes: incertas, indecisas, indeterminadas, as primeiras; limitadas e rigidamente delineadas, as últimas.”

De qualquer forma, essa classificação possui uma serventia ímpar para compreender que determinados princípios, mesmo que contando com a carga axiológica e subjetiva intrínsecas aos “valores”, são enunciados prescritivos que configuram limites objetivos para os sujeitos de direito. Um exemplo disso seria o princípio da legalidade, pois sua aplicação depende muito menos de uma discussão valorativa e mais de uma análise pragmática de certo contexto específico. A discussão a respeito da sua incidência em determinado caso concreto

³⁹ Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 331/332.

⁴⁰ Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 260.

nos parece muito mais direta e mensurável, deixando uma margem menor de divergências entre os operadores do direito. Para tanto, resta suficiente avaliar se o veículo introdutor⁴¹ da norma jurídica se subsume ao conceito de “lei” em sentido estrito ou não.⁴²

Por seu turno, alguns princípios insculpidos, explicitamente ou implicitamente, em nosso ordenamento jurídico, não possuem essa mesma “objetividade”, representando enunciados prescritivos de alto grau de carga axiomática. Como exemplo, podemos citar o princípio da isonomia. Se perguntarmos para um operador do direito se determinado caso concreto deveria respeitar o aludido primado, exceto nos casos extremos e de consenso social, provavelmente as respostas variaram em um grau bastante elevado, pois o seu conteúdo jurídico apresenta um valor em si, ou seja, o que representa a “igualdade” para você? Esse núcleo axiológico confere ao princípio da isonomia uma abstração e vaguidade maior do que o princípio da legalidade, por isso a dependência ao “subjetivismo” e o distanciamento da “objetividade”, se mostra mais acentuada.

⁴¹ O termo veículo introdutor está sendo empregado no sentido de uma norma geral e concreta que serve como meio para a introdução de normas jurídicas no momento da produção normativa em sentido amplo (processo de criação de normas por todos os agentes credenciados do sistema) e retomaremos esse ponto posteriormente (item sobre Normas Gerais x Individuais e Normas Abstratas x Concretas).

⁴² Apesar dos princípios que encerram limites objetivos serem de mensuração mais direta e visível, isso não retira a discussão em alguns sobre a sua aplicação. Um exemplo dessa divergência ocorreu em relação ao princípio da legalidade e sua extensão tributária na modalidade do princípio da tipicidade tributária na tese da ilegalidade da Contribuição Social ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT). O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do aludido tributo por entender que o Decreto 3.048/99, ao dispor sobre a forma de aplicação das alíquotas de 1%, 2% ou 3% e dos respectivos graus de risco a serem considerados para a incidência do aspecto quantitativo da contribuição, enquanto muitos juristas brasileiros interpretavam nessa delegação uma infringência ao princípio da legalidade. EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 343446, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.2003, DJ 04.04.2003, p. 40 *Ement.* vol. 2105-07, p. 1388).

Dito isso, pertinente registrar que o nosso objeto de estudo repousa em descanso profundo ao lado dos demais princípios que representam uma carga axiológica intensa, sendo um dos primados com maior índice de dissenso na comunidade jurídica, não apenas em relação ao seu conteúdo como em sua aplicação, dado a sua extensão polissêmica, abstrata e vaga, e retomaremos esse ponto ao longo do nosso labor científico, ao nos depararmos frontalmente com sua classificação, com a definição do seu conteúdo jurídico e respectivo alcance, assim como ao analisarmos o seu âmbito pragmático ao aplicarmos as nossas premissas e definições em um caso concreto de julgado do Supremo Tribunal Federal.

2.5.3. Processo de construção da norma jurídica

O direito positivo consiste em um sistema normativo em seu prisma lógico-formal com base no que analisamos nesse capítulo, mas da mesma maneira, configura um sistema normativo composto por enunciados prescritivos que gozam de sentido lógico na condição de estruturas idiomáticas.

Como linguagem de sobrenível que se dirige ao mundo do ser, a mutação do direito positivo dá-se de forma constante e infinita no tempo e no espaço, pois a sua abertura cognitiva permite a apreensão de dados do “Sistema Social” para ingresso em seu meio por intermédio das suas próprias regras.

Nesse processo de formação do direito positivo, o uso da linguagem deve sempre ser atendido, pois se a realidade social se constrói pelos signos linguísticos de um determinado idioma, e o direito positivo se projeta sobre esses fatos sociais e juridiciza esses fenômenos para sua aplicação e regulação de condutas intersubjetivas, por óbvio que por ser um objeto cultural manuseado pela própria sociedade, sua criação e alteração não poderia se dar de maneira diferente senão pelo uso da linguagem.

Mas essa afirmação não para nesse ponto! O direito positivo, além de observar a correta utilização dos signos linguísticos deve se precaver para que esses símbolos da expressão de um idioma sejam dotados de significado, e significado esse a ser compreensível não somente na seara social, mas com mais precisão do que isso, na metodologia do próprio direito positivo.

O processo de construção da norma jurídica parte do contato do intérprete com o texto do direito positivo, ou seja, com os enunciados prescritivos que integram o sistema jurídico-normativo. Essa primeira experiência não permite ao operador do direito emitir um juízo normativo claro, por meio da simples leitura literal de símbolos linguísticos. E para tanto,

aplica os métodos hermenêuticos para obter do texto normativo, em seu plexo de enunciados prescritivos esparsos no ordenamento jurídico, um sentido completo para a realização de um mandamento.

Como a estrutura almejada pelo direito positivo sempre exprime uma comunicação prescritiva através do modal “dever-ser”, a norma jurídica deve necessariamente atingir um grau de satisfação dessa premissa. Para a construção da norma jurídica, não se mostra suficiente a análise dos signos linguísticos da forma como surpreendidos no texto legal, mais do que isso, seria imperiosa a formação de um sentido lógico-deôntico, por meio da caracterização de um mandamento obrigatório, permissivo ou proibitivo. Caso contrário, poder-se-ia identificar um enunciado prescritivo, mas não uma norma jurídica.

Daí a afirmação de Paulo de Barros Carvalho⁴³ de consistir a norma jurídica um juízo hipotético-condicional como expressão do mínimo irreduzível de manifestação do deôntico. A norma jurídica deve permitir ao operador do direito uma mensagem prescritiva de conteúdo implicacional, em que o fato X corresponda a um dever-ser Y.

Pertinente reiterar que em qualquer hipótese em que se esteja diante de um mandamento passível de formação do juízo hipotético condicional pela análise do texto do direito positivo, podemos concluir que estamos a observar uma norma jurídica. E nesse labor, o operador do direito deverá percorrer quantos textos do direito positivo forem necessários para a construção da norma jurídica com essa estrutura.

Não estamos com isso advogando a tese de que o simples juízo hipotético-condicional preso à mente do exegeta por si só represente uma norma jurídica, pois como aceitamos a premissa de que o direito positivo, como camada do Sistema Social que imprescinde da linguagem para existir, somente a sua formalização em linguagem competente pelo seu ingresso no sistema jurídico-normativo reveste o juízo hipotético-condicional de status de norma jurídica.

⁴³ Conforme Paulo de Barros Carvalho: “(...) os enunciados prescritivos ingressam na estrutura sintática das normas, na condição de proposição-hipótese (antecedente) e de proposição-tese (consequente). *E tudo isso se dá porque firmamos a norma jurídica como unidade mínima e irreduzível de significação do deôntico.* Quero transmitir que, dessa maneira, que reconheço força prescritiva às frases isoladas dos textos positivados. Nada obstante, esse teor prescritivo não basta, ficando na dependência de integrações em unidades normativas, como mínimos deônticos completos. *Somente a norma jurídica, tomada em sua integralidade constitutiva, terá o condão de expressar o sentido cabal dos mandamentos da autoridade que legisla*” (Paulo de Barros Carvalho. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21).

Se o juiz de direito, no momento de realização do seu papel de aplicação do direito, simplesmente reter um juízo hipotético-condicional em seu âmbito intrassubjetivo, por mais que seja autoridade competente para injetar uma norma jurídica no sistema, como norma jurídica não se qualificará. No entanto, caso esse mesmo juiz formalize em linguagem competente o seu juízo hipotético-condicional, atendendo aos requisitos do próprio ordenamento jurídico para a sua produção normativa, esse mandamento prescritivo passará a integrar o sistema do direito positivo.

E com esse processo constante de positivação do direito e de produção de normas (das gerais e abstratas até as individuais e concretas) o direito positivo segue sua trajetória dinâmica. Muitas vezes essas operações de movimentação ocorrem não como um círculo vicioso em que nada se altera na medida em que todo o processo chega ao mesmo ponto de partida, mas sim num processo de ciclo virtuoso, em que o fato a encadear o processo de mutação atinge um produto completamente distinto do seu início, adaptando-se ao contexto social da época. Assim, as normas jurídicas podem sofrer alterações mesmo provenientes de um mesmo conjunto de enunciados prescritivos anteriormente interpretados de forma diferente. E essas modificações nos interessam com demasia para a persecução de nossa finalidade na presente dissertação.⁴⁴

2.5.4. Normas gerais x individuais e normas abstratas x concretas

As normas jurídicas podem ser classificadas considerando não apenas o seu caráter normativo-conteudístico, como sob prisma diverso, diante do seu cunho lógico-implicacional. Como consignamos, a norma jurídica possui uma estrutura lógica de dever-ser construída a partir da relação implicacional “se/então”. E ao dissecarmos essa estrutura, podemos segregar

⁴⁴ Nas inúmeras situações em que a mutação do direito positivo dá-se sem a alteração dos enunciados prescritivos previstos no sistema, podemos mencionar o caso da aplicação do prazo decenal anteriormente suscitado e aceito para os tributos sujeitos à homologação. De longa data o artigo 150, § 4º, em cotejo com o artigo 173, ambos do Código Tributário Nacional, possuem a mesma dicção escrita, mas isso não foi suficiente para impedir a existência de correntes distintas em relação ao *dies a quo* para o cômputo do prazo prescricional. Isso culminou na consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de incidência conjunta de ambos os artigos do CTN, sendo reconhecido o vulgarmente denominado “prazo prescricional decenal”, e recentemente rendeu ensejo à promulgação da Lei Complementar 118/05, com o intuito de contornar o posicionamento sedimentado no STJ. Sobre o assunto vide alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça: RESP 58.918-5/RJ; AgRg no Agravo de Instrumento 410.358/SP; AgRg no Agravo de Instrumento 923.805/SC; AgRg no Recurso Especial 965.489/SP.

o seu antecedente “se” do seu consequente “então”, somente para fins didático-científicos, pois a norma jurídica consiste em uma estrutura indivisível.

Se a norma jurídica constitui uma forma hipotético-condicional, visualizamos, com o perdão da redundância, no seu antecedente, uma previsão hipotética (futura) ou um acontecimento concreto (passado) e no seu consequente, um efeito implicacional hipotético (futuro) ou uma relação jurídica específica (passado).

Ao realizarmos essa operação cirúrgica na norma jurídica, podemos identificar no núcleo do seu antecedente a ocorrência de uma situação abstrata ou concreta e no campo do seu consequente uma relação geral ou individual.

Dito de maneira distinta, no âmbito do seu antecedente, ao nos depararmos com uma previsão hipotética de uma norma, estaremos diante de uma situação abstrata (se alguém for proprietário de um imóvel urbano), ao passo que se essa mesma situação for alçada a um patamar de um acontecimento materializado (eu era proprietário de um imóvel urbano no dia 1º de janeiro de 2010), encararemos um contexto concreto. E no pertinente ao seu consequente, os efeitos da norma jurídica podem ser direcionados a destinatários indeterminados, ou para uma relação jurídica específica e determinada.⁴⁵

Resumindo: o antecedente da norma jurídica determina se a mesma seria abstrata ou concreta e o seu consequente indica se seria individual ou geral, dependendo dos elementos encontrados na norma jurídica no momento da sua produção ou aplicação.

A produção das normas jurídicas pelos agentes credenciados pelo sistema concede a oportunidade de confirmarmos a sua natureza com base nessa classificação. De uma forma genérica, o legislador em sentido estrito edita normas gerais e abstratas e/ou normas gerais e concretas por excelência e os aplicadores do direito emitem normas individuais e concretas e/ou normas individuais e abstratas como regra. Evidentemente, o sistema jurídico possui uma

⁴⁵ Vide Tárek Moussallem: “A norma será abstrata, quando analisada sob o prisma do antecedente. (...) Como o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor lingüístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito. Fala-se em norma concreta quando a situação fáctica descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade lingüística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil. No tocante aos atributos geral e individual, aponta-se para a análise do conseqüente normativo, mais precisamente para o sujeito passivo, pois o sujeito ativo (no caso do subsistema do direito tributário) quase sempre é determinado na norma hipoteticamente posta. A norma é geral quando o sujeito passivo é indeterminado, e individual quando os sujeitos da relação jurídica são perfeitamente determinados.” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 88 e 89). No mesmo sentido, vide Cristiano Carvalho (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005 p. 156)

complexidade e um campo de possibilidades muito mais rico do que essa redução proposital, subsistindo no direito positivo a constatação das quatro variáveis lógicas possíveis: **(i)** normas gerais e abstratas; **(ii)** normas gerais e concretas; **(iii)** normas individuais e abstratas e **(iv)** normas individuais e concretas.

Ao se promulgar uma lei, por exemplo, a Lei 9.718/1998, os enunciados prescritivos para sua introdução no sistema servem como norma introdutora. E o seu conteúdo disposto nesse suporte físico consiste na(s) norma(s) jurídica(s) introduzida(s). Esse veículo introdutor⁴⁶ denominado “Lei 9.718/1998” configura uma norma geral e concreta, pois estabelece uma ordem de observância geral para todos os indivíduos sujeitos aos efeitos da(s) norma(s) introduzida(s), enquanto concreta por sua promulgação dar-se em momento específico determinado no tempo e no espaço (27 de novembro de 1998 pelo Congresso Nacional em Brasília com publicação no dia 28 de novembro de 1998).

Nesse mesmo caso exemplificativo, a norma jurídica de incidência tributária da Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social – COFINS, com alterações em suas respectivas base de cálculo e alíquota perpetradas pela Lei 9.718/1998, representa uma norma introduzida, pois formulada a partir dos enunciados prescritivos postos no sistema pelo veículo introdutor “Lei 9.718/1998”.

Mas com o simples ingresso da norma de incidência tributária do PIS e da COFINS no direito positivo, como possui uma previsão hipotética e uma consequência modulada por dever-ser no mesmo sentido hipotético, consiste em uma norma geral e abstrata, pois permanece no sistema somente como símbolos linguísticos prescritivos contendo dados conotativos de uma classe de sujeitos indeterminados e uma consequência meramente abstrata (se algum contribuinte apurar uma receita bruta, então deverá pagar o PIS e a COFINS).

Aplicada essa norma jurídica diretamente pelo sujeito passivo X (sujeito determinado) ou por intermédio de um lançamento de ofício por parte da Receita Federal do Brasil, a aludida norma geral e abstrata passará a um caso determinado e concreto, dando ensejo a uma norma individual e concreta, i.e., o contribuinte X (sujeito determinado) apurou (fato

⁴⁶ Somente para fins de elucidação, estamos utilizando a definição bastante aprofundada e certa de Tárek Moussallem para o termo “veículo introdutor” no seguinte sentido: “Pela leitura das orações que compõem a enunciação-enunciada construímos uma norma jurídica já denominada veículo introdutor, que é resultado da aplicação da norma sobre a produção jurídica. Rememoremos que a norma sobre a produção jurídica descreve, em seu antecedente, um agente competente e o procedimento prescrito pelo ordenamento para a produção normativa e, em seu conseqüente, prescreve a *obrigação* de todos respeitarem as disposições inseridas, pelo próprio veículo introdutor, no sistema do direito positivo. Assim, a norma denominada veículo introdutor é da espécie de concreta e geral.” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 127)

consumado) uma receita bruta, então deve pagar o PIS e a COFINS. E nesse caso, em relação a um suposto Auto de Infração formalizando o lançamento do crédito tributário de ofício, mais uma vez estaremos diante de duas normas jurídicas diversas: **(i)** a norma geral e concreta do Auto de Infração, veículo introdutor da incidência tributária do PIS e da COFINS e **(ii)** a norma individual e concreta da própria exigência do crédito tributário do PIS e da COFINS, norma introduzida por meio da subsunção do caso concreto à norma geral e abstrata prevista na Lei 9.718/1998.

E ainda, se o sujeito passivo X impetrar um Mandado de Segurança ou ajuizar uma Ação Anulatória de Débito Fiscal (no caso de insurgência contra um lançamento de ofício) discutindo a indevida incidência do PIS e da COFINS com base nos ditames da Lei 9.718/1998 e obter um provimento jurisdicional declarando a sua inconstitucionalidade por ausência de fundamento de validade, afastando a tributação do PIS e da COFINS sobre o fato jurídico formalizado pelo ato do sujeito passivo ou pelo lançamento de ofício do Fisco Federal, novamente verificaremos a norma geral e concreta do veículo introdutor denominado “sentença” e a norma individual e concreta da norma introduzida pelo Poder Judiciário em virtude do conteúdo normativo disposto nos enunciados prescritivos do suporte físico “sentença”.

Preferimos aproveitar apenas o exemplo das normas individuais e concretas, das normas gerais e concretas e das normas gerais e abstratas, na medida em que são esses os tipos de normas jurídicas relevantes, dentro dessa classificação, para o nosso labor científico, cumprindo registrar que, apesar das distinções explicitadas, a forma lógica dessas modalidades de normas jurídicas (gerais ou individuais e abstratas ou concretas) são sempre idênticas, e como essa digressão poderia se estender ao infinito, dado o caráter permanente e incessante da dinâmica do ordenamento jurídico, consideramos suficientes esses esclarecimentos para a nossa pretensão objeto da presente dissertação.

2.5.5. Norma jurídica como produto do processo judicial

O processo de produção da “norma jurídica” – em seu duplo sentido⁴⁷ – possui uma série de contornos e peculiaridades muito relevantes e interessantes sob o prisma dogmático para a correta compreensão do direito positivo, mas por força da imposição metodológica, não

⁴⁷ A “norma jurídica” entendida não somente como o juízo-hipotético condicional construído por meio da interpretação do texto normativo e devidamente formalizado em linguagem competente como em sua manifestação de simples enunciados prescritivos.

poderemos cuidar de forma ampla acerca das facetas envolvendo esse precioso tema, reservando-nos a pontificar somente algumas considerações nesse subitem.

A respeito desse debate científico, encontramos uma vasta doutrina ocupando-se detidamente do processo de formação da realidade jurídica no âmbito das normas jurídicas gerais e abstratas, com uma precisão e clareza bastante elevadas e uma evolução jurídico-histórica ao longo dos anos. De uma forma genérica, a sua produção – normas jurídicas gerais e abstratas – está relacionada, ao menos em nosso sistema constitucional do direito positivo atual, ao processo legislativo de elaboração de leis (empregada em seu sentido *lato sensu*), cuja atenção sempre recebeu intenso relevo dos operadores do direito.

Contudo, principalmente a Teoria Geral do Direito com sua intensa profundidade e aperfeiçoamento, contribuiu para compreendermos a possibilidade e existência de muitos textos normativos produzidos pelos demais órgãos credenciados do sistema positivo, e em que pese essa constatação, ainda não visualizamos uma mesma densidade e consolidação do pensamento científico sobre a produção normativa de enunciados prescritivos gerais e abstratos produzidos pelo Poder Judiciário e as normas jurídicas gerais e abstratas ou gerais e concretas criadas pelo mesmo Poder Judiciante, sem adentrar no mérito das normas individuais e concretas, ainda pouco exploradas de maneira séria e contundente, ao menos sob uma análise proporcional dentro do contexto jurídico-científico.

Esse cenário se deve ao fato, principalmente, por ser o nosso sistema jurídico alicerçado no direito posto, i.e, o ordenamento jurídico brasileiro foi construído com base no direito romano, em que as normas jurídicas são escritas e inseridas no sistema precipuamente pelo Poder Legislativo. Apesar disso, com a crescente onda de mutações jurisprudenciais, e com a necessidade de observar essa dinâmica presente na realidade jurídica, existe uma produção acadêmica constante dirigida ao estudo dessa movimentação jurisdicional.

O ilustre jurista mineiro Sacha Calmon Navarro Coêlho ao comentar sobre os sistemas do direito positivo romano-germânico, fundado nas normas postas pelo Poder Legislativo, assim como do direito anglo-saxão, baseado nas normas consuetudinárias e nos precedentes judiciais *common law* sintetizou bem o assunto ao disparar o seguinte:

“Ambos os sistemas, no entanto, não iludiram o fato de que as normas escritas e costumeiras são aplicadas, em última instância, por juízes que lhes fixam o *sentido normativo*, a ser observado por toda a sociedade. Estamos querendo dizer que existe – e como existe – um tipo de lei à qual podemos chamar de Lei Judicial, a que verdadeiramente importa, que no *common law*, quer nos Direitos codificados.

A lei escrita ou a lei feita pelo juiz (*judice made law*) em primeira instância é sempre revista, em definitivo, por um tribunal *ad quem*. Em se tratando de Jurisdição

Constitucional, a interpretação definitiva da Suprema Corte, seja de lei escrita pelo legislador, seja da lei judicial, estabelecida pelos juízes, a ‘todos’ sobreleva. A validade e o sentido da norma é obtida no fim e não no começo.”⁴⁸

Como a nossa jornada dissertativa deve se ater precipuamente à mutação jurisprudencial, focaremos nossos esforços no papel do Poder Judiciário dentro da sua margem de contribuição para o delineamento e criação do direito positivo e os respectivos efeitos da norma introduzida pela atividade jurisdicional.

Dito isso, retomando o cerne desse subitem, se a norma jurídica consiste no juízo hipotético-condicional formalizado em linguagem competente suficiente para emanar um mandamento obrigatório, permitido ou proibido, sem sombra de dúvida o texto produzido pelo Poder Judiciário possui o condão de criar normas jurídicas dentro do sistema do direito positivo,⁴⁹ podendo sê-las normas gerais, comumente inseridas pelos Tribunais Superiores, ou normas individuais, editadas pelos demais agentes competentes do Poder Judiciário.⁵⁰ Tárek Moussallem⁵¹ verbaliza com mais vigor que “como toda aplicação do direito é criação do direito e vice-versa, não resta outra saída senão afirmarmos que os juízes criam direito”.

No caso da produção normativa emanada pelo Poder Judiciário, a origem será sempre a provocação da sociedade, visto o princípio da inércia que afeta a atividade jurisdicional. Nesse sentido, somente por meio de um conflito de interesses se permite a atuação do Estado-

⁴⁸ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *A modulação dos efeitos temporais das decisões constitucionais em matéria tributária – grandes questões atuais do direito tributário*. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, vol. 12, p. 466.

⁴⁹ Ao expor sobre o tormentoso tema de fontes do direito, Tárek Moussallem cita o seguinte: “Hans Kelsen chama a atenção para o caráter figurativo e altamente ambíguo da expressão ‘fontes do direito’, pois é empregada para designar os métodos de criação do direito, como o costume e a legislação (no seu sentido mais amplo, abrangendo também a criação do direito por meio de atos judiciais e administrativos, e de transações jurídicas), ‘mas também para caracterizar o fundamento de validade do Direito e, sobretudo, o fundamento final’.” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 109 e 110).

⁵⁰ Como sempre com sua precisão ímpar Tárek Moussallem assevera: “As normas jurídicas inseridas pelos juízes, através dos veículos competentes estabelecidos pelo ordenamento, não de ser sempre normas concretas, pouco importando se gerais ou individuais. O Poder Judiciário jamais cria norma abstrata, pois é condição para a sua atuação, além da provocação (princípio da inércia), a ocorrência do descumprimento do disposto no conseqüente da norma primária.” (Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 152). Discordamos do autor apenas no ponto relacionado à suposta impossibilidade de criação de normas abstratas pelo Poder Judiciário, pois entendemos que não somente as “sentenças normativas” da Justiça do Trabalho seriam exceções, conforme mencionado em seu livro (nota de rodapé 240), como atualmente as denominadas súmulas vinculantes, diante da promulgação da Emenda Constitucional 45/04 e do seu caráter de norma jurídica geral e abstrata determinante da interpretação a ser conferida para os regramentos constitucionais.

⁵¹ Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 151.

Juiz para se posicionar sobre o fato jurídico colocado a sua apreciação em cotejo com as normas do direito positivo vigentes para conceder o seu provimento jurisdicional, por meio da introdução de uma nova norma no sistema.

Apesar da relevância das normas individuais editadas pelos magistrados, em nosso labor científico focaremos apenas nas normas gerais (abstratas ou concretas) criadas pelo Supremo Tribunal Federal, posto serem essas que alteram o sistema do direito positivo de forma ampla e com efeitos para a sociedade como um todo,⁵² fazendo emergir uma norma jurídica nova, por meio de uma interpretação específica das normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico ou a modificação de uma interpretação anteriormente dada a esse mesmo caso.

Nesse ponto alcançamos uma assertiva importante: o direito positivo pode sofrer a sua regular, necessária e ininterruptível mutação por meio de duas formas essenciais, sendo essas a **(i)** introdução de uma nova norma jurídica por meio de um novel texto normativo, ou, **(ii)** introdução de uma nova norma jurídica por meio de uma novel interpretação dos enunciados prescritivos preexistentes. Em ambos os casos, interessa-nos somente se o veículo introdutor formalizando a sua linguagem competente for decorrente da atividade jurisdicional.

Portanto, o reconhecimento da criação do direito por meio de atos judiciais consiste em condição *sine qua non* para a sustentabilidade da nossa linha de raciocínio, caso contrário, estar-se-ia desestruturando as vigas mestras das premissas empregadas, fazendo ruir as conclusões pretendidas ao final da dissertação. As explanações ora realizadas nesse subitem são suficientes para o momento, mas serão retomadas no último capítulo de forma pragmática.

⁵² Analisaremos de forma específica a natureza e efeitos das decisões declaratórias produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas nesse momento estamos nos referindo aos provimentos jurisdicionais que representam verdadeira introdução de um novo mandamento normativo, caracterizando-se como a introdução de uma norma jurídica distinta, alterando o sistema do direito posto.

3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO: SEGURANÇA JURÍDICA

A evolução da sociedade e sua constante transformação carrega consigo uma imensa mutação sócio-cultural. Esse fenômeno acarreta uma significativa mudança nos objetos culturais dos sistemas sociais, e não poderia ser diferente para o caso do direito positivo. Como objeto cultural, criado e modificado pelo ser humano, o sistema jurídico não pode se colocar inerte e indiferente aos anseios de novos rumos da sociedade. Muito pelo contrário, precisa seguir a mesma jornada em direção ao aperfeiçoamento, sem se preocupar com os receios que isso pode causar, sob pena de desmoronar frente às expectativas não cumpridas que a sociedade deseja, mas sempre em atenção aos seus princípios essenciais.

Isso não significa que os caprichos sociais devam ser atendidos em sua integralidade pelo direito positivo e seus operadores, pois o “Direito não exprime a arte do justo”, principalmente pelo fato de o valor Justiça ser algo que desperta em cada um de nós uma sensação completamente distinta e muitas vezes antagônica, contudo, deve observar a realidade e sobre ela se debruçar para atingir o máximo de efetividade na regulação das condutas intersubjetivas existentes, papel precípua do direito.

As normas jurídicas, como instrumentos concretizadores do sistema do direito positivo, dentro do seu processo de geração de sentido⁵³ não podem ser sempre as mesmas, ou seja, não devem alcançar um mesmo produto dentro das variáveis de tempo e espaço, pois precisam ser adaptadas às condições históricas e necessidades da época. Mas essas alterações não podem ser implementadas sem uma coordenação lógica e fundamentada, por isso se faz pertinente o estabelecimento de condições e limites para tanto.

O direito positivo existe exatamente para proporcionar estabilidade nas relações jurídicas, uma certa dose de paz social e harmonia entre os indivíduos. O ser humano, para

⁵³ Paulo de Barros Carvalho denomina “processo gerativo de sentido” o percurso exegético de construção da norma jurídica por quatro planos distintos, (i) o sistema da literalidade textual, suporte físico das significações jurídicas; (ii) o conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (iii) o conjunto articulado das significações normativas – sistema de normas em sentido estrito e (iv) organização das normas construídas e os vínculos de coordenação e de subordinação com as demais normas do sistema, e por fim realça: “Tais cruzamentos entre os quatro planos de elaboração, deles saindo em qualquer dos momentos do percurso gerativo de sentido, exibem, entre outras coisas, a unidade do sistema jurídico, visto como um todo, tecido pelo intérprete numa concepção que salvaguarda, acima de tudo, o dado de sua integridade existencial, uniforme e consistente, adaptando-se o predicado ‘consistência’ que convém à função pragmática com que o direito positivo utiliza sua linguagem prescritiva” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 84).

sobreviver e se inter-relacionar necessita de uma sensação de segurança e aparente convicção de que as suas expectativas serão atendidas pelo direito positivo. Por certo que a segurança e estabilidade não são ideais absolutos e atingíveis por completo, mas se não houvesse a necessidade da sua preservação mínima, ou de sua busca implacável, mesmo ciente da utopia de se alcançar por inteiro, estaríamos diante de uma anarquia, pois prescindível seria o direito positivo.

E como conciliar essas duas diretrizes? Se de um lado a vida marcha em constante mutação, por meio da evolução sócio-cultural, ao mesmo passo que permanece intacta a necessidade humana de proteger a segurança e estabilidade das suas relações intersubjetivas, estar-se-ia diante de uma missão inatingível? Parafraseando a Professora Cármen Lúcia “o que se busca é a segurança no movimento”.⁵⁴ Almeja-se avançar com o movimento desenfreado da sociedade, sem deixar à mercê as expectativas legítimas dos próprios partícipes e protagonistas dessa mudança, os próprios indivíduos dessa mesma sociedade. O direito positivo deve, portanto, prosseguir em sua perseguição ao movimento contínuo da sociedade, mas o mínimo de segurança deve ser paralelamente observado. A segurança jurídica deve ser mantida!

As perguntas centrais a serem desenvolvidas consistem em como a segurança jurídica se apresenta na doutrina brasileira e suas acepções? Como essa mesma segurança jurídica se manifesta no texto do direito positivo? Como aliar uma das suas formas de manifestação (direito adquirido) com um caso prático da jurisprudência brasileira? Mas não considerando todos os aspectos da segurança jurídica, mas notadamente a sua utilização sob a batuta do ramo didaticamente autônomo do Direito Tributário.

Apesar dessas nuances, mesmo que paradoxalmente, vivenciamos um momento de plena alteração legislativa e jurisprudencial em progressão geométrica, e muitas vezes sem imprimir o mesmo ritmo à segurança jurídica. Seria bem verdade afirmar que a segurança jurídica de fato possui uma série de contornos ainda indefinidos pela doutrina e jurisprudência,⁵⁵ consistindo em vocábulo dotado de imensa abstração e vagueza, mas essa

⁵⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha. Princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168.

⁵⁵ Apesar da recente preocupação com o tema da “segurança jurídica” e a crescente produção acadêmica sobre o assunto, a teor de obras como a tese do Professor Heleno Taveira Tôres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial. E aproveitando a citação do Douto Jurista, são suas as palavras que reforçam o coro da dificuldade

escusa da dificuldade em emitir juízo sobre esse instituto primordial não pode servir de fundamento para relegá-la a um plano superficial.

Desde logo advertimos, como o fez o mestre constitucionalista Paulo Bonavides ao tratar do princípio da proporcionalidade, reverenciando o publicista francês Xavier Phillippe, que algumas celeumas no ordenamento jurídico são mais fáceis de compreender do que definir, e a segurança jurídica repousa adormecida justamente nesse celeiro das indefinições.⁵⁶

3.1. A polissemia do signo “Segurança Jurídica”

O “Direito/direito”,⁵⁷ tanto em sua acepção de conteúdo gnosiológico (Ciência do Direito) como na sua conotação prescritiva (direito positivo), consiste numa camada de linguagem que utiliza os símbolos linguísticos idiomáticos para estabelecer a sua própria comunicação. E assim, como faz uso de inúmeros vocábulos da linguagem existente, emprega em seu discurso termos dotados de variadas significações, sempre dependendo do contexto e da intenção do emissor da mensagem.

A expressão objeto da presente dissertação não se afasta dessa realidade intrínseca ao uso da linguagem, sendo possível estabelecer acepções completamente distintas para o vocábulo “segurança jurídica”, devendo o exegeta pautar-se pelo processo de elucidação ao se pronunciar sobre esse termo em seu discurso. Heleno Tôrres ao propor uma definição do que denominou de “princípio-garantia de segurança jurídica” reafirmou: “repete-se com frequência que *segurança jurídica* é uma expressão polissêmica”.⁵⁸ Mas isso não pode frear o impulso do cientista em seu norte de compreender esse signo, por isso devemos nos afastar da nossa “zona de conforto” para atingirmos referido desiderato.

De forma ordinária, no âmago da linguagem “vulgar” da comunicação social, o termo “segurança” exprime a noção de garantia, a ação ou o efeito de assegurar alguma coisa, dando

em lidar com o assunto: “como todo princípio que se renova no tempo, o conteúdo do princípio da segurança jurídica exige ampla meditação com relação aos âmbitos normativos e aplicativo que o caracterizam” (p. 311).

⁵⁶ Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 392.

⁵⁷ O termo “Direito/direito” pode ser empregado como Ciência do Direito ou como direito positivo. Ao ser indicado como Ciência do Direito, deve ser usada a sua forma de substantivo próprio com a primeira letra em maiúsculo, e ao referirmos a sua acepção de direito positivo, o substantivo simples determina o uso da primeira letra na regra geral em minúsculo. Como na frase objeto dessa nota de rodapé o termo faz alusão a duas realidades distintas, aproveitamos a expressão “Direito/direito” para esclarecer a sua função dúplice nesse caso.

⁵⁸ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 319).

uma conotação de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade, uma forma de alcançar um estado de coisas livre de incertezas, enquanto o vocábulo “jurídica” repassa a ideia de algo que se encontra devidamente legitimado, em compasso com um ordenamento jurídico, ou seja, que se apresenta apoiado num sistema operativamente fechado construído com base em normas dotadas de coercitividade revestidas de prescrições obrigatórias, proibidas ou permitidas.⁵⁹

Sopesando o significado dos vocábulos “segurança” e “jurídica”, na linguagem atécnica do dicionário do idioma português, podemos visualizar a “segurança jurídica” como a garantia da estabilização de um estado de coisas descrito em dado sistema de normas com característica de coercitividade.

Contudo, evidentemente no uso da linguagem científica o termo “segurança jurídica” recebe contornos muito mais apurados e amplos, e inúmeros doutrinadores empregam-no de maneira diversa, inclusive dentro do mesmo discurso, diante da dificuldade de encontrar um sentido mais específico, e nesse processo, partem de planos distintos para conceituar um mesmo “fenômeno”. Essa problemática não nos parece uma tarefa simples, muito pelo contrário, refletir sobre um assunto de imensa abstração e vagueza consiste em trabalho incessante e de complexidade ímpar.

Nesse percurso, visualizamos uma gama extensa de variáveis nas acepções do signo “segurança jurídica”, citando-o como **(i)** valor extrajurídico formado no ideal do indivíduo por meio das suas aspirações e valores morais, éticos, sociais e culturais, como direto natural pressuposto e anterior à própria ordem jurídica; **(ii)** condição preexistente do Estado de Direito e expressão de sua existência e finalidade, caracterizando verdadeira fonte do direito; **(iii)** valor jurídico, configurando um elemento axiológico completamente abstrato e vago, como vetor de sobreprincípio a orientar a análise do sistema do direito em sua magnitude; **(iv)** princípio do direito constitucional visto como garantias asseguradas aos cidadãos; **(v)** enunciado prescritivo a ser empregado na composição da norma jurídica propriamente dita,

⁵⁹ No dicionário De Plácido e Silva o termo “segurança” possui a seguinte conotação: “Derivado de *segurar*, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança tem sentido equivalente a *estabilidade*, pois o que é estável é seguro: a *garantia*, a *firmeza*, a *fiança*. Garantia, firmeza, fiança, sem dúvida, dão sempre idéia do que *está no seguro*, ou *é seguro*, para que se evitem prejuízos em caso de danos ou riscos. *Segurança*, qualquer que seja a sua aplicação, insere o sentido de tornar a coisa *livre de perigos*, *livre de incertezas*, *assegurada de danos* ou *prejuízos*, *afastada de todo mal*. Neste particular, portanto, traduz a mesma idéia de *seguridade*, que é o estado, a qualidade, ou a condição, de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado dos danos ou prejuízos eventuais.” De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 466 e 739.

integrando prescritivamente a estrutura do mandamento normativo como uma ordem a ser atendida pelo Estado de Direito dentro de suas múltiplas funções, considerando os vestígios explícitos deixados pelo legislador no processo de produção normativa do sistema e; como **(vi)** norma jurídica em sentido amplo.

Heleno Tôrres⁶⁰ endossa essa característica abrangente e perigosa do estudo da “segurança jurídica” e, novamente atestando a sua polissemia, relembra sobre essa expressão:

“Pode ser concebida como ‘fim’ do direito ou ‘função’ do Estado. Pode vir considerada como um valor suprapositivo, prévio à própria ordem jurídica, ou fundamento de legitimidade (ao gosto dos jusnaturalistas); pode coincidir com o conteúdo da certeza do direito, entendida como expressão da legalidade (positivismo); ser compreendida como um conceito vazio, em uma niilista de conceber a segurança jurídica; apresentar-se como decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de construção dos seus conteúdos ou integrar-se ao conteúdo do sistema jurídico. Todas essas hipóteses de designação são conhecidas. Em vista dessa polissemia, já se vê o quanto difícil construir uma definição para a segurança jurídica em matéria tributária (...).”

A polêmica das suas acepções inicia-se com um primeiro corte no seio da dicotomia do mundo do ser x mundo do dever-ser (visão intrassistêmica ou extrassistêmica), sendo indicada em algumas passagens doutrinárias como um bem intangível a ser alcançado pela sociedade, praticamente vinculando-a a um valor extrajurídico,⁶¹ ao mesmo passo que por muitas vezes constatamos a sua utilização como um valor jurídico⁶² extremamente importante para o direito positivo, na condição de um sobreprincípio norteador das demais normas do sistema.

E na sua análise dentro do próprio sistema do direito, prosseguem os desafios da sua definição pela ambiguidade existente no seu uso para retratar realidades opostas do processo “fonte-produto”, pois em muitos casos, compreendem-na como um pressuposto do próprio direito positivo, a sua finalidade primordial, ou elemento intrínseco de formação do Estado de

⁶⁰ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 319).

⁶¹ Em ligeira passagem em seus comentários na interpretação da Constituição Tributária, Andrei Pitten Velloso reconhece que “ademais de ser um valor em si, a segurança jurídico-tributária é uma condição de liberdade. (...)” (Andrei Pitten Velloso. *Constituição tributária interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 124).

⁶² O Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São, Paulo de Barros Carvalho, em seu mencionado Curso de Direito Tributário conduziu a apreciação da segurança jurídica como um sobreprincípio que encerra valor (Paulo de Barros Carvalho. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150).

Direito,⁶³ enquanto ao mesmo tempo visualizamos alusões ao seu conteúdo como produto do próprio direito positivo, sendo mencionada como manifestação implicitamente presente em princípios e garantias previstas na Constituição Federal.

Ainda mais acalorado parecem-nos as divergências no pertinente ao seu núcleo conceitual, sendo possível apreender dos textos acadêmicos a sua definição como certeza do direito, estabilidade nas relações jurídicas, proteção aos direitos e garantias fundamentais, previsibilidade das condutas previstas normativamente, acesso à atividade jurisdicional e aos mecanismos de defesa processual, e assim a lista segue em um movimento praticamente infinito e circular.

No âmbito da sua problemática polissemia, a dificuldade de superar esses percalços da linguagem não se encerra nesse ponto, pois dependendo das influências do jurista apreendidas pelo estudo de ramos didaticamente autônomos da Ciência do Direito ou pela finalidade do seu discurso, a amplitude de suas acepções recebe ainda mais força.⁶⁴ Leandro Paulsen⁶⁵ reforça o coro ao afirmar que “em cada ramo do Direito, a segurança jurídica se apresenta colocada com algumas peculiaridades”.

⁶³ Conforme leciona J. J. Gomes Canotilho “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elemento constitutivos do Estado de direito” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257). E ainda Cármen Lúcia Antunes Filho nessa mesma frequência pontifica que “a segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida” (Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168).

⁶⁴ A “segurança jurídica” pode, por exemplo, assumir um viés de garantia fundamental, e o Professor de Teoria da Constituição André Ramos Tavares ainda enumera o alcance de dez relações da segurança jurídica com preceitos constitucionais presentes na Carta Republicana de 1988, ressaltando a extrema abrangência desse denominado princípio (André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 672). Em coro com essa vertente, mas reforçando ainda mais o caráter da “segurança jurídica” como garantias e prerrogativas fundamentais do indivíduo e seu vínculo ao ideal de direitos humanos, a Professora de Direitos Humanos e Direito Constitucional da PUC/SP Flávia Piovesan, conjuntamente com a Professora Daniela Ikawa, preceituam que “a segurança é vista aqui a partir do indivíduo e não do Estado, isto é, a partir de um discurso de direitos e não de restrição de direitos.” (Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. *Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48).

⁶⁵ Leandro Paulsen. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 64.

Dentro do espectro de que Heleno Tôrres⁶⁶ chamou de “decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de construção dos seus conteúdos”, Daniela de Andrade Braghetta,⁶⁷ cuidando do tema, mesmo sob a rubrica de um princípio que encerra valor, colocou-o sob a lupa analítica do “processo interpretativo”, pela necessidade do ser cognoscente se debruçar sobre o sistema para retirar dos planos da significação o conteúdo adequado para cada vocábulo utilizado, dando um sentido seguro e jurídico para os enunciados prescritivos analisados.

De qualquer forma, no contexto geral, a maioria dos doutrinadores prefere atuar com a “segurança jurídica” no campo dos “princípios”, vinculando-a ao significado de determinação de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade jurídicas,⁶⁸ fazendo referências objetivas a inúmeros princípios existentes no direito posto, sob o argumento de serem corolários do sobreprincípio magno da segurança jurídica, a teor dos primados explícitos da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, dentre outros. E essa ideia de segurança jurídica no sentido de garantia do ordenamento em atender de forma juridicizada aos seus súditos, assegurando os efeitos jurídicos firmados no passado e o planejamento das relações jurídicas em sua projeção para o futuro encontra forte amparo não somente na doutrina brasileira, como na corrente majoritária das escolas estrangeiras.⁶⁹

⁶⁶ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 319).

⁶⁷ “A segurança jurídica, até por ser um enunciado principiológico que estabelece um valor, há que ser o fim atingido pelo intérprete quando já não mais restarem possibilidades para análise e a escolha fundamentada deste atingiu seu propósito” (Daniela de Andrade Braghetta. *Segurança e aplicação do direito – entre regras e princípios*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 116).

⁶⁸ Humberto Ávila comenta que “na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a segurança jurídica tem dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de *princípio*, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público” (Humberto Ávila. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308).

⁶⁹ Renovando a alusão à doutrina portuguesa de J. J. Gomes Canotilho visualizamos que “em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – (...)” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257). Na produção acadêmica brasileira Christine Mendonça em seu artigo intitulado de “Segurança na ordem tributária nacional e internacional”, ao contribuir para o II Congresso Nacional de Estudos Tributários, manipula duas premissas para a conclusão do seu trabalho (segurança jurídica como previsibilidade juridicizada e conjunto de garantias constitucionais), afastando a segurança jurídica como valor-extrajurídico por entender ser polêmica presente fora do sistema do direito (Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito – II Congresso Nacional de Estudos Tributários – Artigo de Christine Mendonça. *Segurança na ordem tributária nacional e internacional*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 46).

Geraldo Ataliba,⁷⁰ em mais uma de suas obras de expressão, deleitou-se com o tema ao associá-lo ao núcleo do conceito de “República” e o detectou em inúmeros princípios:

“Em primeiro lugar surge, como expressão da segurança jurídica, o princípio da legalidade, inscrito no inciso II, com todo o rico e amplo conteúdo que o peculiariza no contexto de nossas instituições. Mas também, o princípio assegurador da estabilidade das relações jurídica – consagrado no inciso XXXVI –, que garante até mesmo contra a obra do legislador, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Aí o fulcro essencial da segurança dos direitos, que encontra também expressão maiúscula no preceito da universalidade da jurisdição – inscrito no inciso XXXV –, de acordo com o qual em mesmo o legislador pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual praticada pelo Estado, mediante seus agentes, seja a que título for. Por último, é ainda expressão imediata desse princípio a norma segundo o qual a lei assegurará aos acusados ampla defesa, ao lado da exclusão de foros privilegiados e tribunais de exceção, salvo as hipóteses de foro especial (...). Este conjunto harmônico de princípios é a fiel tradução do significado da segurança jurídica (...).”

O sobredito saudoso mestre procurou dirigir as suas assertivas no campo dos principais primados vinculados à “segurança jurídica”, indicados pela maioria da doutrina como itens marcantes do referido sobreprincípio no ordenamento jurídico pátrio.

De uma forma mais abrangente ainda, Octavio Campos Fischer⁷¹ sustenta que “não podemos imaginar uma tributação justa que não se baseie na segurança jurídica, de forma que esta é sentida, igualmente, na moralidade, na boa-fé, no princípio da capacidade contributiva, na isonomia, na proibição de confisco e em outros princípios concretizadores da justiça fiscal”. E no mesmo sentido, com amplitude máxima, o Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial e Consultor da União Federal Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho:⁷²

“Segurança Jurídica tributária significa a garantia dos contribuintes de serem tributados com a observação, por parte dos entes tributantes, de todos os princípios constitucionais tributários, especialmente os princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei, da capacidade contributiva e da vedação de utilização do tributo com efeito de confisco, das normas constitucionais que distribuem competência tributária e das demais regras que compõem o estatuto dos contribuintes na Constituição da República, inclusive as normas que negam o poder de tributar, bem como o respeito, por parte dos Fiscos, da competência e hierarquia de normas do Sistema Tributário Brasileiro. Representa, sobretudo, o direito de os contribuintes serem, previamente, informados por lei de todos aspectos subjetivos e

⁷⁰ Geraldo Ataliba. *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 4. tir. São Paulo: Malheiros, p. 181/182.

⁷¹ Octavio Campos Fischer. *Súmula vinculante, insegurança jurisdicional e a tributação no Brasil – Direito tributário e segurança jurídica*. Coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 200.

⁷² Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica – Pesquisas Tributárias, Nova Série, n. 11, Limitações ao Poder Impositivo e Segurança Jurídica*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Co-edição Editora Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, p. 542.

objetivos ou quantitativos dos tributos, de modo a que todos tenham condições de se preparar economicamente para arcá-los.”

A “segurança jurídica” realmente possui uma magnitude imensa, em decorrência do seu importante papel no sistema do direito positivo, mas o seu grau de abstração e extensão semântica não podem servir de amparo para um repouso do intelecto. Devemos nos conter para não inserimos em seu alcance linguístico-jurídico uma gama de signos da linguagem deôntica, sob pena de mantermos o seu núcleo conceitual no ponto cego do discurso científico. Apesar da sua relevância no mundo jurídico, a “segurança jurídica” não pode ser “tudo” ao mesmo tempo, pois se assim fosse não seria “nada”, e nem se pode defini-la pelos seus próprios termos, caso contrário, estar-se-ia em um movimento circular com efeito semelhante a da forma lógica da tautologia,⁷³ em que partimos de um processo de definição do símbolo linguístico ou expressão idiomática para chegar ao mesmo ponto de partida, sem nada acrescentar, permanecendo na seara estéril denominada por Alfredo Augusto Becker como o “sistema dos fundamentos óbvios”.⁷⁴

Por certo não devemos nos ater à forma superficial que a “segurança jurídica” foi – e continua sendo – tratada em determinadas discussões acadêmicas e textos jurídicos, servindo na maioria das situações como pressuposto a fundamentar inúmeras conclusões sem uma finalidade consistente e clara, ou apenas relegada ao papel de último argumento persuasivo como recurso apelativo pelo suposto “amor ao direito” nos embates processuais, mas mesmo os discursos científicos mais densos e analíticos produzidos pela doutrina mais renomada, por anos deixaram a “segurança jurídica” à margem do patamar que o tema realmente merece.

⁷³ Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha, antes de assumir o posto de Ministra do Supremo Tribunal Federal, já anunciava que “segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos”, demonstrando com mais razão ainda a necessidade de extrema cautela na sua definição (Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 168).

⁷⁴ Para Alfredo Augusto Becker, “O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve buscar-se não na superestrutura – mas precisamente naqueles seus fundamentos que costuma ser aceitos como demasiado ‘óbvios’ para merecerem a análise crítica. Esclarecer é explicitar as premissas. O conflito entre as teorias jurídicas do Direito Tributário tem sua principal origem naquilo que se presume conhecido porque se supõe óbvio. De modo que de premissas iguais em sua aparência (a obviedade confere uma identidade falsa às premissas) deduzem-se conclusões diferentes porque cada contendedor atribuiu um diferente conceito às premissas ‘óbvias’. Esta dualidade de conclusões deixa ambos os contendedores surpresos e perplexos (pois partiram das ‘mesmas’ premissas ‘óbvias’) sem que um possa convencer o outro da veracidade de sua respectiva conclusão” (Alfredo Augusto Becker. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 11/12).

Essa instabilidade semântica e pragmática desafia o seu próprio signo “segurança jurídica”, e ao longo do tempo, apesar da evolução da sua análise, ainda resta um campo aberto para a reflexão sobre o seu conteúdo normativo e sua aplicação prática e como comentaria Heleno Tôrres⁷⁵ “como todo princípio que se renova no tempo, o conteúdo do princípio de segurança jurídica exige ainda ampla meditação com relação aos âmbitos normativo e aplicativo que o caracterizam”.

A essa altura, antecipamos que não pretendemos rechaçar o fato da “segurança jurídica” ser um elemento constitutivo do próprio direito positivo, ou, um sobreprincípio na condição de valor jurídico a nortear as demais normas do sistema jurídico, assim como, ainda, a sua manifestação revestida de enunciados prescritivos no texto normativo do direito positivo de formas distintas dentro da sua abstração e vagueza, dependendo das premissas a orientar o processo de produção intelectual do exegeta, mas sim, estabelecer um conteúdo delimitado com coordenadas teóricas um pouco mais seguras para o seu processo de positivação diante do caso prático concreto, aliando-se a semântica com a pragmática, em sua aplicação como direito adquirido nas mutações jurisprudenciais tributárias.

Pelo momento, a fim de não saturar o assunto e não antecipar a nossa posição, registrando a observação de Heleno Tôrres⁷⁶ a respeito da necessidade de priorização de uma abordagem muito mais funcional do que conceitual para a descrição da “segurança jurídica”, cumpre mencionar a noção extraída das contribuições de Niklas Luhmann nesse sentido, compreendendo a segurança como congruência das expectativas normativas, mas não do ponto de vista apressado de constituir a segurança um foco principal de expectativa normativa sobre o comportamento desejado ou esperado pelo indivíduo ou mera previsibilidade intrassubjetiva, e sim a generalização das expectativas sobre expectativas normativas, como expectativas próprias do ordenamento jurídico.⁷⁷

⁷⁵ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 311).

⁷⁶ Idem, ibidem, p. 319.

⁷⁷ “A necessidade de segurança que molda o direito refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado.” (Niklas Luhmann. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115).

3.2. Segurança Jurídica na Constituição Federal de 1988

Colocando de lado a análise da Teoria Geral do Direito e a “segurança jurídica” surpreendida dentro desse contexto, nos dirigimos nesse momento ao plano do direito positivo brasileiro para avaliar as suas diretrizes e o campo dos seus enunciados prescritivos para completar o espectro da finalidade desse capítulo e afunilar a pretensão da presente dissertação rumo às conclusões desejadas.

A Constituição Federal de 1988, texto normativo constitucional atualmente em vigor em nosso sistema jurídico, possui uma repleta gama de enunciados prescritivos introduzidos em sua criação pela Assembleia Constituinte, assim como pelas reiteradas alterações perpetradas pelas Emendas Constitucionais supervenientes. Essa característica da nossa Carta Magna de detalhar previsões normativas gerais e abstratas, assim como do nosso cenário legislativo constitucional de intensas modificações, apesar de sua “fundamentável” razão de ser jurídico-histórica, não se assemelha a nenhum texto de mesma envergadura e contexto político-social dentre os países desenvolvidos com uma estrutura jurídica similar.⁷⁸

Nesse sentido, como operadores do direito com o intuito claro de dissecar o direito positivo como linguagem-objeto, percorremos o texto constitucional para, primeiramente, localizar as alusões do legislador constituinte ao signo “segurança”, a fim de identificar o seu emprego etimológico, para posteriormente tentar confirmar a (in)existência do termos “segurança jurídica” no conjunto prescritivo da aludida Carta Política.

Logo de início, podemos nos deparar com o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil com o seguinte conteúdo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, **a segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Grifos nossos.)

⁷⁸ O nosso foco não reside na análise histórica da Constituição Federal de 1988 ou na sua estrutura normativa, e tampouco no cenário político-social do nosso país, por isso não abordaremos esse ponto em nossa dissertação, apenas mencionaremos essa sua característica sem foros de preocupação científica em sua confirmação pelos parâmetros da lógica apofântica da bivalência verdade/falsidade.

E em seguida, no ressaltado *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, como direito e garantia fundamental, asseguram-se aos súditos do Estado a inviolabilidade do direito a determinados valores e situações de fato, retomando o termo “segurança” em seu enunciado, *in verbis*:

“Dos Direitos e Garantias Fundamentais

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5.º 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: (...).” (Grifos nossos.)

Da dimensão normativa do artigo 5º, dentre os seus extensos incisos, podemos ainda coletar algumas remissões interessantes que possuem relação com a “segurança jurídica”, a teor dos incisos II (princípio da legalidade geral), XXXV (princípio da inafastabilidade da atividade judicante), XXXVI (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada), XXXIX (princípio da legalidade penal), XL (princípio da irretroatividade penal), LIII (princípio do juiz natural), LIV (devido processo legal), LV (direito ao contraditório e à ampla defesa), LVI (vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos), LVII (princípio do *in dubio pro reo*), LXI (proteção à prisão por meio de decisão fundamentada ou em flagrante delito), LXXVIII (princípio da celeridade processual).

Percebemos, ainda, o símbolo linguístico “segurança” indicado no: **(i)** artigo 5.º, inciso XXXIII, artigo 85, inciso IV, artigo 91, inciso III e artigo 173, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988 e artigo 35, § 1.º, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (segurança nacional – proteção aos interesses de preservação do Estado e da sociedade), **(ii)** artigo 6.º, *caput*, com redação dada pela EC 26/2000, artigo 7º, inciso XXII, artigo 23, inciso XII, artigo 144, *caput* e seu § 7.º, e artigo 49, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (segurança pública em geral – preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio), **(iii)** artigo 93, inciso II, “c” (alteração dada pela EC 45/2004 com exclusão do termo “segurança” no exercício da jurisdição).

E na condição de remédio constitucional processual para a proteção contra ato arbitrário ou abuso de poder, encontramos a “segurança” da ação mandamental prevista no

artigo 5.º, inciso LXIX,⁷⁹ e novamente citada no inciso seguinte LXX do mesmo artigo (mandado de segurança coletivo), assim como nos artigos 102, inciso I, “d” (competência originária do STF) e inciso II, “a” (competência recursal ordinária do STF), 105, inciso I, “b”, com redação dada pela EC 23/1999 (competência originária do STJ) e no seu inciso II, “b” (competência recursal ordinária do STF).

De uma forma geral, essas são as remissões do texto constitucional ao termo “segurança”. E alguns doutrinadores⁸⁰ se atêm ao preâmbulo conjuntamente com o *caput* do artigo 5.º, na tentativa de admitir neles a previsão magna do sobreprincípio da segurança jurídica, mas a produção científica majoritária⁸¹ confessa a inexistência de um primado explícito a conferir a sua aparição perpetrada no corpo de linguagem da Constituição Federal do Brasil. E o § 2º do artigo 5º ainda possui uma observação prestigiosa de uma interpretação sistemática a fundamentar uma construção dos princípios mesmo sem uma previsão expressa, ao confirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.

Com o advento da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, pela primeira vez houve uma alusão expressa ao termo “segurança jurídica”, mas de uma forma negativa, por meio da sua expressão “insegurança Jurídica”, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal,

⁷⁹ “Art. 5.º 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:

(...)

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (...).”

⁸⁰ De uma forma geral, essa seria a interpretação de Cristiano Carvalho (*Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 340).

⁸¹ Nesse sentido são as posições de Humberto Ávila (*Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309), Leandro Paulsen (*Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28), Ingo Wolfgang Scarlet (*A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91).

bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. *(incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).*

§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave ***insegurança jurídica*** e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso." (Grifos nossos.)

Com essa inserção, o Supremo Tribunal Federal passou a receber o poder de editar súmulas vinculantes para orientar a interpretação e eficácia das normas, a fim de evitar uma grave “insegurança jurídica” e a multiplicação de processos repetitivos, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, e a Administração Pública direta e indireta em todas as esferas, podendo realizar a sua revisão e cancelamento posteriormente.

Apesar de não caracterizar explicitamente a máxima do sobreprincípio da segurança jurídica, essa previsão expressa possui uma relevância bastante impactante em nosso sistema do direito positivo e para algumas conclusões da presente dissertação, e por isso devemos retomar o assunto da função do Supremo Tribunal Federal e dos efeitos de suas decisões em momento próprio, ao cuidarmos do tema nos capítulos 6 e 7 e ao estudarmos o caso prático, pois conforme depreendido da doutrina produzida a respeito da “segurança jurídica”, esse preceito dotado de extrema abstração e vagueza, apesar de ser um dos pilares do próprio sistema do direito positivo e do Estado de Direito, atuante como vetor influente na condição de valor jurídico a direcionar as demais normas do sistema, não possui em nosso ordenamento jurídico constitucional uma incorporação conceitual específica, existindo apenas uma menção expressa em forma literal de sua expressão idiomática em sua estrutura negativa (insegurança jurídica), mesmo sem possuir a mesma conotação do primado magno da segurança jurídica.

Desse plexo normativo, podemos subtrair a magnitude do sobreprincípio da “segurança jurídica”, mesmo que sem uma definição explícita no âmbito constitucional, e para nossa incursão acadêmica, interessa-nos, precipuamente, o mandamento inserido pela Emenda Constitucional 45/04 ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência de modulação de efeitos e o “direito adquirido” como norma protetora dos direitos dos cidadãos.

3.3. “Segurança Jurídica” na legislação infraconstitucional

Prosseguindo no exame do direito positivo pátrio, cumpre sobrevoarmos o campo material das normas jurídicas infraconstitucionais. Evidentemente, essa incursão pelas normas do sistema seria uma tentativa inócua, por seu caráter infinito de perpetuação do movimento dinâmico sistêmico, em qualquer sistema positivo mundial, e com muito mais propriedade indicamos a impossibilidade prática de manusear a legislação infraconstitucional na realidade jurídica brasileira, visto a intensa e incessante produção normativa no país.

De qualquer forma, não podemos deixar de mencionar alguns enunciados prescritivos previstos na legislação infraconstitucional, particularmente presentes nas leis ordinárias atreladas de alguma forma ao papel do Supremo Tribunal Federal de intérprete e uniformizador das normas do sistema constitucional e os efeitos das suas decisões e das suas súmulas.

As Leis 9.868/1999 – com alterações perpetradas pela Lei 12.063/2009 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) – e 11.417/2006 (disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências) estão exatamente dentro desse espectro normativo sobredito.

A Lei 9.868/1999 invoca a “segurança jurídica” em seus artigos 12 e 27 para dar proteção aos jurisdicionados e certeza nas relações jurídicas (artigo 12), assim como para estabilizar os aspectos temporais nas alterações das expectativas normativas preexistentes (artigo 27), ao conceder ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de analisar os impactos de seus atos na resolução de conflitos e na manutenção da paz jurídica e social, sendo esses os seus comandos prescritivos respectivamente:

“Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a **segurança jurídica**, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

(...)

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (Grifos nossos.)

Por sua vez, a Lei 11.417/2006, que regulamenta o artigo 103-A, da Constituição Federal, mencionado no subitem anterior desse mesmo capítulo (subitem 3.2), somente reflete o texto constitucional na linguagem da legislação ordinária e prevê o quórum para a edição, revisão e cancelamento da súmula (artigo 2.º), assim como carrega o mesmo conteúdo de adequação temporal dos efeitos do seu ato jurisdicional em prol da “segurança jurídica” (artigo 4.º), como podemos observar na respectiva colação de ambos os artigos:

“Art. 2.º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1.º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave **insegurança jurídica** e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2.º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3.º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4.º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*, o enunciado respectivo.

(...)

Art. 4.º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de excepcional interesse público.” (Grifos nossos.)

Por fim, pertinente registrar o *caput* do artigo 2.º da Lei 9.784/1999,⁸² cujo mandamento expresso prevê a necessidade de observância da “segurança jurídica” por parte da Administração Pública, norma cogente que desde logo adverte a imperiosa proibição ao Estado de negar vigência ao caráter prescritivo de sua aplicação e do papel submisso dos agentes públicos a esse sobreprincípio, *in casu*, inserto no bojo do processo administrativo federal.

⁸² “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

4. “SEGURANÇA JURÍDICA”: CLASSIFICAÇÕES, CONTEÚDO E ALCANCE

Classificar significa impor critérios de distinção e similaridades entre os elementos objeto da análise do exegeta, i.e, dividir os elementos em classes a depender do filtro determinado para tanto, sendo possível atingir infinitos números de classes tão quanto forem os critérios adotados. E ainda sim, se poderia subclassificar as classes visualizadas, de maneira a formar um movimento incessante de criação de “gêneros” e “espécies”. Os “gêneros” são os grupos extensos dos quais as “espécies” integram. Se formos realizar uma classificação entre os indivíduos capixabas e os indivíduos paulistas, os “capixabas” e os “paulistas” são gêneros dos quais as pessoas com essas características são espécies.

Por força da natureza subjetiva da classificação, uma vez que o ser utente possui a liberdade de estabelecer os critérios entendidos como pertinente em seu percurso exegético, muitos cientistas comentam não existir uma classificação “verdadeira” ou “falsa”,⁸³ desde que se atentem para o fato de que as “espécies” sejam realmente “espécies” e se subsumam ao critério eleito ao “gênero” criado. O emérito Professor Paulo de Barros Carvalho⁸⁴ explica com as seguintes assertivas:

“Ao sujeito do conhecimento é reservado o direito de fundar a classe que lhe aprouver e segundo a particularidade que se mostra mais conveniente aos seus propósitos. Ressalvemos, porém, que se a conveniência prática é motivo suficiente para autorizar as principais demarcações de nossos objetos, *a fortiori* devemos estar atentos para a correção do processo de circunscrição, garantindo que os gêneros e espécies.”

Apesar dessa abertura cognitiva concedida ao ser cognoscente no processo de classificação, dando margem a inúmeros critérios e classes de elementos, essa prática possui uma relevância impactante no momento da “definição” de um objeto de estudo, pois para “classificar”, se faz necessário “definir” e ao “definir”, estamos apresentando critérios possíveis para uma classificação. A diferenciação entre os elementos para que sejam formadas

⁸³ Roque Antonio Carrazza lembra muito bem ao categorizar as lições de Augustín Gordillo que “não há classificações certas ou erradas, mas classificações *mais úteis e menos úteis*. (...) Em suma, as classificações (tanto quanto as definições) importam não por seu *valor lógico*, mas por seu *valor operativo*. Noutras palavras, não conta sejam ‘verdadeiras’ ou ‘exatas’, mas ‘úteis’ e ‘oportunas’ para entender os temas em estudo” (Roque Antonio Carrazza. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed., rev., ampl. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 506).

⁸⁴ Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 119.

as classes por meio das suas distinções e semelhanças se concretiza à medida que definimos o nosso objeto e vice-versa.

Passando ao crivo da avaliação do assunto com base na doutrina pátria, de uma forma geral, o primeiro corte deve considerar se a “segurança jurídica” foi classificada como “gênero” ou como “espécie”. Explicamos: no caso de surpreender a “segurança jurídica” como um sobreprincípio, estamos elegendo os “princípios” como gênero do qual a “segurança jurídica” seria sua espécie. Ao passo que se realizarmos um incursão no texto constitucional e perguntarmos quais princípios se manifestam como corolários da “segurança jurídica”, estamos alçando-a ao patamar de gênero dos quais os primados da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, por exemplo, são espécies.

Conforme comentado outrora (subitem 3.1), muitas são as definições para “segurança jurídica” e as formas de classificação desse termo, e nesse percalço encontramos uma divisão para as acepções da “segurança jurídica” sob o critério “intrassistêmico/extrassistêmico” (ser/dever-ser), i.e, a “segurança jurídica” está situada no “meio” do subsistema do direito positivo, ou em seu “ambiente” (Sistema Social)? Sob esse prisma, a “segurança jurídica” como **(i)** valor extrajurídico formado no ideal de cada indivíduo por meio das suas aspirações e valores morais, éticos, sociais e culturais; ou como **(ii)** condição preexistente do Estado de Direito e expressão de sua existência e finalidade, caracterizando verdadeira fonte do direito estariam insertos numa definição pautada sob a ótica “extrassistêmica”, alocada no mundo do ser. E algumas acepções como **(iii)** valor jurídico, configurando um elemento axiológico completamente abstrato e vago, como vetor de sobreprincípio a orientar a análise do sistema do direito em sua magnitude; **(iv)** princípio do direito constitucional visto como garantias asseguradas aos cidadãos; **(v)** enunciado prescritivo a ser empregado na composição da norma jurídica propriamente dita, integrando prescritivamente a estrutura do mandamento normativo como uma ordem a ser atendida pelo Estado de Direito dentro de suas múltiplas funções, considerando os vestígios explícitos deixados pelo legislador no processo de produção normativa do sistema e; **(vi)** norma jurídica em sentido amplo, como juízos extraídos de uma análise intrassistêmica (mundo do dever-ser).

E em cada passo do processo de positivação normativa poderíamos confirmar a suposta presença da “segurança jurídica”. Iniciando pelo **(i)** valor extrajurídico formado no ideal do indivíduo por meio das suas aspirações e valores morais, éticos, sociais e culturais, como direito natural pressuposto e anterior à própria ordem jurídica, em momento completamente anterior à formação do sistema do direito, passando pela fase de transição

entre o ambiente do Sistema Social e o meio intrassistêmico do direito positivo como **(ii)** condição preexistente do Estado de Direito e expressão de sua existência e finalidade, caracterizando verdadeira fonte do direito, ingressando no campo do acoplamento estrutural do direito positivo com o seu ambiente consubstanciado na membrana da Constituição Federal como **(iii)** valor jurídico, configurando um elemento axiológico completamente abstrato e vago, como vetor de sobreprincípio a orientar a análise do sistema do direito em sua magnitude, para se aperfeiçoar como descrição normativa pronta e acabada dos **(iv)** princípios do direito constitucional vistos como garantias asseguradas aos cidadãos e **(v)** enunciados prescritivos da legalidade, irretroatividade, anterioridades, dentre outros, finalizando como produto do processo interpretativo no âmbito da **(vi)** norma jurídica em sentido amplo.

José Afonso da Silva em seu artigo “Constituição e Segurança Jurídica”, por exemplo, reconhece em sua classificação “quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito”. Afirma que “a segurança é um dos valores que informam o direito positivo. Em verdade, a positividade do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas. (...)”. E ainda prossegue, citando Recanséns Siches no sentido de que “(...) o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social”. Adiante, assevera ainda que “a segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade”. E por fim absorve a “segurança jurídica” como “garantias”, dando uma conotação de direitos fundamentais, como proteção dos direitos subjetivos (direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), bem como dos direitos sociais.⁸⁵

Somente nesse artigo do prefalado constitucionalista podemos notar que a “segurança jurídica” foi utilizada em seus inúmeros significados, dando uma noção de como o assunto ainda não foi completamente dissecado diante da sua máxima abstração e elasticidade.⁸⁶

⁸⁵ José Afonso da Silva. Constituição e segurança jurídica. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15/17.

⁸⁶ Nesse mesmo diapasão, o Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha, Professor Ingo Wolfgang Scarlet, manipula a “segurança jurídica” em sentidos diferentes, ao pontificar que: “Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em

Observamos o mesmo na incursão de Leandro Paulsen,⁸⁷ que extraiu “cinco conteúdos do princípio da segurança jurídica: 1) *certeza* do direito; 2) *intangibilidade* das posições jurídicas; 3) *estabilidade* das situações jurídicas; 4) *confiança* no tráfego jurídico; 5) tutela jurisdicional”.

E sob o manto da “normatividade”, a “segurança jurídica” seria uma norma jurídica ou um enunciado prescritivo (implícito ou explícito) disposto na Constituição Federal? Em ambos os casos, qual seria o seu conteúdo jurídico-semântico? Ainda: a “segurança jurídica” seria um princípio com feição material ou formal, ou, outrossim, ambos ao mesmo tempo? E a sua aplicação, se dirige ao sistema do direito positivo, ao Estado como entidade política, ou à sociedade? As maneiras de classificar o vocábulo da “segurança jurídica” em sua projeção jurídica representa uma incumbência árdua e repleta de labirintos.

Em sua dimensão normativa, Humberto Ávila⁸⁸ entende preponderar a sua condição de “princípio”, a fim de atingir o ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade. E classifica a “segurança jurídica” na “perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar” em três categorias: **(i)** “quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se como uma *limitação de primeiro grau*, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação”, sem prejuízo da sua manifestação na condição de sobreprincípio, e **(ii)** “quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade normativa”; e por fim **(iii)** “quanto à forma, revela-se como uma *limitação implícita e material*”, pois determina ao Estado a observância da preservação dos mesmos ideais de estabilidade e previsibilidade normativas.

princípio em num certo sentido – um Estado de segurança jurídica (...). Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.” (Ingo Wolfgang Scarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90)

⁸⁷ Leandro Paulsen. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

⁸⁸ Humberto Ávila. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308/309.

Rafael Valim⁸⁹ prefere atuar com sua frequência nuclear, focando em seu conteúdo normativo, advertindo que a classificação “*que expõe com maior clareza e abrangência este princípio leva em conta os dois núcleos conceituais por ele agasalhados, quais sejam: a certeza e a estabilidade*”.

Recentemente, no intuito de dissecar o tema da “segurança jurídica” e consolidar um entendimento jurídico firme e claro a respeito do assunto, Heleno Tôrres⁹⁰ apresentou uma concepção nova para a “segurança jurídica”, sinalizando por uma preferência em lapidar as acepções da “segurança jurídica” anteriormente delineadas ao longo do tempo no âmbito da evolução da Teoria do Estado:

“Assim, na formação dos primeiros Estados constitucionais, a simples existência de um mínimo de legalidade e a previsão de processos ou procedimentos administrativos e judiciais de proteção de direitos já serviam para dizer da noção de segurança jurídica (i). Mais adiante, foram os efeitos da estabilidade e preservação de direitos subjetivos, posições jurídicas ou relações jurídicas, geralmente confundidas com direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (ii). Em uma fase mais adiantada, segurança viria a ser não apenas a certeza do direito, mas também a garantia de isonomia na ação de órgãos e autoridades segundo procedimentos legais previamente estabelecidos e vedação à retroatividade das leis ou atos judiciais ou administrativos (iii). Em seguida, a certeza do direito passa a exigir não apenas a acessibilidade formal, mas também a clareza dos textos normativos (acessibilidade cognitiva) (iv). Daí prosseguirem os esforços para ver na segurança jurídica a proteção do próprio ordenamento e das expectativas de confiança legítima, ainda que muito dos sentidos anteriores permaneça incorporado a este novo modelo de tratamento (v). E, assim, preservadas todas essas conquistas, propõe-se com este estudo, aprimoradas nas suas mais distintas facetas, reexaminar a segurança jurídica do constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, para adicionar, ainda, a segurança jurídica dos princípios, como feição material da segurança jurídica.”

E arrebatada que “essa concepção da segurança jurídica como princípio constitucional formal e material, autônomo em relação ao princípio do Estado de Direito, com funções de garantia do sistema e dos direitos e liberdades, na forma como se vê aqui apresentada, não encontra equivalência com outras doutrinas (...)”.⁹¹

Em certa medida nos aproximaremos da visão científica do Professor Heleno Tôrres, apesar de algumas diferenças conteudísticas na definição de “segurança jurídica” e no âmbito da eleição semântica da nossa classificação, consoante permitido pelo discurso acadêmico na

⁸⁹ Rafael Valim. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro* – Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

⁹⁰ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 310/311).

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 311.

tomada de decisão por critérios de seleção e formação de classes. Então, em nossa classificação, construiremos a noção de “segurança jurídica” sob a sua dimensão funcional em seus aspectos formal e material, para compor o conteúdo semântico e alcance pragmático do aludido signo jurídico. Sob o prisma formal, a sua conotação como princípio fundante da essência do sistema jurídico, por meio da sua positividade e proteção a sua funcionalidade. E em seu aspecto material, adentraremos no tema da “segurança jurídica” como sobreprincípio informador do ordenamento jurídico com força normativa para atingir uma das principais finalidades do subsistema do direito positivo na proteção das expectativas normativas generalizadas e congruentes. Em ambos os casos, sob a batuta do sistema constitucional pátrio.

Para tanto, passaremos primeiramente por três aspectos que poderiam ser, potencialmente, delineados como acepções/manifestações da “segurança jurídica”, não pelo fato de seguirmos essa opção científica em nosso sistema acadêmico de referência, mas por ser relevante para compreendermos os demais significados que pretendemos imprimir, mesmo que pelo caráter da negação: **(i)** a segurança jurídica como valor extrajurídico; **(ii)** a “segurança jurídica” como fonte do direito positivo e **(iii)** a “segurança jurídica” como princípio informador de outros primados dispostos na Constituição Federal do Brasil enraizados em enunciados prescritivos específicos.

4.1. Segurança Jurídica como “valor extrajurídico”

Acentuamos no subitem 3.1 do capítulo anterior a respeito da polissemia do termo “segurança jurídica”, diante do fato de constituir uma expressão idiomática dotada de alto grau de abstração e vagueza. Mas não apenas desse duplo efeito linguístico sofreremos nós os intérpretes da linguagem prescritiva do direito positivo ao dissecarmos o significado de “segurança jurídica”.

Ao nos depararmos com esse símbolo (segurança jurídica) logo visualizamos um impacto adicional em nossos sentidos, o seu cunho valorativo ante a carga emocional envolta em sua análise. “Segurança Jurídica” desperta sentimentos em cada um dos exegetas, desde uma linguagem ordinária da rotina social até a avaliação técnica de operadores do direito positivo e ainda mesmo na linguagem científica dos estudiosos da Ciência do Direito. Esse mesmo fenômeno foi captado com outras definições pelos juristas que seguem a semiótica para surpreender os planos semântico e pragmático do direito positivo. O Professor Tárek Moussallem ao expor suas ressalvas sobre a definição de “direito”, assim elucida:

“Determinadas palavras, além de servirem para transmitir informações, são também portadoras de alto grau de significado emotivo, ou seja, são utilizadas para exprimirem sentimentos (v.g. a palavra ‘liberdade’) e isso diminui sensivelmente a sua carga informativa.”⁹²

A expressão “segurança jurídica” não foge a essa regra. Muito pelo contrário, consiste em um dos termos mais emotivos presentes no direito positivo e isso pode comprometer o discurso científico caso não seja segregada a sua carga emotiva, dos significados que realmente interessam ao estudo do direito positivo como um subsistema próprio.

Observamos não raramente as pessoas clamarem por “segurança jurídica” ao defenderem o seu ponto de vista, como o cidadão que se manifestando favoravelmente a uma alteração do regime de governo sustenta o retorno de uma monarquia ditatorial em nome da “segurança jurídica”! Ou ao *contrario sensu*, o indivíduo ao lado que lutando pela posição oposta, alega a permanência do presidencialismo em um regime democrático de direito em prol da mesma “segurança jurídica”.

E nesse prisma, a segurança jurídica como “valor extrajurídico” consiste na avaliação subjetiva que cada ser humano possui a respeito da definição, alcance e aplicação desse termo, como se a segurança jurídica fosse um estado de conforto criado na análise intrassubjetiva de cada um, consubstanciando um valor vago e abstrato presente na própria condição de vida do ser humano e como categoria do mundo social e da própria natureza do indivíduo. Apesar da sua relevância para os ramos do sistema social completo, essa carga emotiva não possui influência sobre o subsistema do direito positivo, razão pela qual apenas comentamos sobre a sua existência sem realizar uma incursão em seus aspectos, pois não nos interessa esse tipo de abordagem na presente dissertação.

Da mesma forma, a visão da “segurança jurídica” como um valor transcendental que emana da natureza do ser humano, em uma perspectiva do jusnaturalismo, sem necessidade de explicação ou cotejo com o direito positivo, reside numa dimensão extrassistêmica. Essa postura perdurou durante a Idade Média e nos Estados Absolutistas, onde a sociedade devia obediência a normas pressupostas sob a égide de um princípio praticamente metafísico. A corrente do jusnaturalistas estudava a “segurança” com essa conotação, e visualizam em sua acepção um valor suprapositivo.

O valor “segurança”, portanto, era aclamado como valor absoluto, decorrente da ordem natura das coisas. Essa premissa fundada na Ontologia negava a necessidade de

⁹² Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 36.

positivação desse primado, pois sua presença como dogma, o colocava acima de tudo e de todos, independentemente de um direito positivado.

Definitivamente o escopo da nossa dissertação não consiste em adentrar em aspectos emotivos para satisfazer as convicções pessoais psíquicas de cada um no percurso exegético da “segurança jurídica”, tampouco admitir um valor metafísico prevalecente sobre qualquer ordenamento, pelo simples fato de consubstanciar um direito natural, não por preconceito contra essas alternativas metodológicas, mas pela decisão assumida como referência para o nosso labor científico.⁹³

Por fim, somente como reforço e para antecipar uma reflexão que realizaremos posteriormente, não estamos com isso defendendo a irrelevância do “valor” para o sistema jurídico, apesar dos mesmos problemas de abstração e vagueza – problemas esses intrínsecos aos objetos culturais como o direito positivo, pois produzidos pelo ser humano mediante uma linguagem – mas sim afastando o “valor extrajurídico” do nosso discurso, entendido como a carga emotiva do indivíduo, diante de suas convicções pessoais e preferências, ou como um valor transcendental inerente ao direito natural em uma ótica metafísica, em sobreposição ao conteúdo científico da definição da palavra.

4.2. “Segurança Jurídica” como fonte do direito positivo

Com essa expressão pretendemos imprimir uma visão da potência formal da “segurança jurídica” para o nosso direito positivo, mas para tanto devemos transcorrer uma exposição ontológica sob o prisma das “fontes” para uma compreensão mais cristalina do ponto em que estimamos atingir. Desde logo advertirmos que não estamos nos socorrendo a pressupostos da Ontologia para definir o nosso objeto de linguagem científica (“segurança jurídica”), pois cuida-se apenas de um rito de passagem para prosseguirmos com a nossa linha de raciocínio.

Como premissa predeterminada nesse item, ousamos assumir um empréstimo das preciosas contribuições do douto jurista “praticamente” conterrâneo Tárek Moussalem em relação a sua definição de “fontes do direito”. A despeito do fato de o ilustre doutrinador

⁹³ Como bem rememorado por Heleno Tôrres, “a depender das premissas ou do modelo metodológico admitido, a exemplo de Ronald Dworkin ou John Finnis, isso pode ser perfeitamente coerente.” (Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 305).

discorrer sobre as “fontes do direito” em uma análise da produção normativa em um sistema preexistente, ou seja, no movimento dinâmico de introdução de novas normas no subsistema do direito positivo, acreditamos que as suas definições possam ser utilizadas em nosso discurso, sem comprometer as suas origens, adaptando-se apenas ao objeto da sua aplicação.

Assim, compreenderemos o fenômeno das “fontes” como o processo de enunciação para a criação do direito positivo (enunciados prescritivos) e da sua definição/função – direito positivo – pela Ciência do Direito (enunciados discursivos/proposicionais), cuja visualização não se confere ou se atesta, mas se pressupõe ao analisar o seu produto, *in casu*, os vestígios de linguagem deixados pelo direito posto ou pela acepção dada pelo cientista ao significado/função de “direito positivo” (enunciação-enunciada) e os seus próprios enunciados prescritivos – direito positivo – ou enunciados discursivos/proposicionais – Ciência do Direito (enunciados-enunciados).

A fim de clarificar essa tomada de posição, rememoramos que o termo “enunciado” está sendo empregado como o suporte físico dos signos de linguagem adotados pelo ser humano em sua forma de comunicação.⁹⁴ Por sua vez, a “enunciação” consiste na atividade de produção de enunciados.

E ainda como afirma o prefalado Tárek Moussallem “distinguiremos duas espécies de enunciados: os enunciados-enunciados compostos dos dispositivos legais, tais como artigos, parágrafos, incisos e alíneas, e a enunciação-enunciada, composta pelos fatos enunciativos, que nos remetem à instância da enunciação normativa (produção normativa)”.⁹⁵ E paralelamente, no tocante à Ciência do Direito, os enunciados-enunciados consistem nas definições dadas pela doutrina e a enunciação-enunciada os fatos enunciativos impregnados nas referências científico-acadêmicas no discurso dos juristas.

Apesar de não pretendermos realizar uma regressão histórica do direito positivo, o fato social de sua criação está intimamente vinculado à necessidade humana de estabilidade/proteção e estabilidade/previsibilidade em suas relações. O ser humano ao estabelecer-se como sociedade sentiu em sua essência a necessidade de propor regras que pudessem regular a forma de convivência social, por meio de uma ordem de normas determinando as condutas expectadas pelo conjunto da sociedade a serem seguidas por cada um dos indivíduos. Essa necessidade impôs a criação de enunciados linguísticos dotados de

⁹⁴ A definição de “enunciado” ora mencionada corresponde ao mesmo sentido indicado na nota de rodapé 47, ao expormos sobre o nosso conceito de “norma jurídica”.

⁹⁵ Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 62.

prescrições de como deveria ser o procedimento/condução de cada cidadão, sob a modalidade de permissões, proibições e obrigações.

A busca incessante pela proteção da estabilidade das relações intersubjetivas existentes de forma generalizada e congruente fez emergir no campo do Sistema Social um subsistema próprio para preservar essas expectativas do comportamento humano. Esse subsistema denominado de “direito positivo” segrega, em primeiro plano, as normas ditas “jurídicas” das demais normas presentes no Sistema Social (Direito/Não-Direito) e internamente em sua dinâmica de clausura operativa, os elementos de seu conjunto (direito positivo) se movimentam por meio dos códigos lícito/ilícito.

Em meio às elucubrações sobre o tema, de uma forma geral, a segurança jurídica pode ser compreendida como um pressuposto finalístico para a própria criação e existência do sistema jurídico, pois não hesitaríamos em atestar que um dos objetivos principais da ordem normativa, ao lado da busca incessante pelo alcance dos valores Justiça e Liberdade, – independentemente das discussões teóricas a respeito dos seus conteúdos – com certeza representa a concessão de uma segurança às múltiplas relações interpessoais, regulando os direitos e deveres dos indivíduos de uma certa sociedade.

Ao nos depararmos com a doutrina pátria e estrangeira,⁹⁶ percebemos esse forte cunho de aceitação da “segurança jurídica” como um pressuposto do próprio subsistema do direito positivo, como Hugo de Brito Machado que, fazendo também alusão à doutrina de Gustav Radbruch, adverte:

“(...) Ao lado do valor justiça, tem sido referida como os únicos elementos que, no Direito, escapam à relatividade no tempo e no espaço (...). Daí se pode concluir que o prestar-se como instrumento de preservar a justiça, e a segurança, é algo essencial

⁹⁶ Odete Medauar cita em seu artigo “Segurança jurídica e confiança legítima” essa aceitação por vários autores de que “a segurança jurídica é justamente a motivação do Direito; o Direito é elaborado para proporcionar segurança e certeza na vida social” (Odete Medauar. *Segurança jurídica e confiança legítima*. In: Org. Humberto Ávila (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115). Na doutrina estrangeira, Luis Recaséns Siches prega: “Pero no hay Derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues este debe ser, además, justo. Por tanto, podríamos decir que cabe que hay un Derecho – orden de certeza con seguridad impuesta inexorablemente – que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad” (Luis Recaséns Siches. *Tratado general de filosofía del derecho*. 18. ed. México: Porrúa, 2006, p. 118). Em Gustav Radbruch: “A idéia de justiça é, certamente, absoluta e *formal*, mas porisso mesmo duma universal validade. Como a idéia de segurança e de paz, ela acha-se acima dos partidos. (...) Podemos resumir o nosso pensamento, dizendo que os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a *justiça* e a *segurança*.” (Gustav Radbruch. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 3. ed. Portugal, 1933, p. 104).

para o Direito. Em outras palavras, sistema normativo que não tende a preservar a justiça, nem a segurança, efetivamente não é Direito.”⁹⁷

Por certo que os enunciados proposicionais (enunciados-enunciados) da Ciência do Direito não ingressam no mundo do dever-ser, ou, como prefere Niklas Luhmann, não adentram no subsistema social do direito positivo, diante da ausência de identidade entre aludido campo prescritivo e o mundo social onde residem as proposições científicas, mas essas manifestações acadêmicas possuem densidade e aceitação para se confirmar a premissa de que a “segurança jurídica” possui presença firme nos fatos enunciativos de produção científica (enunciação) da acepção/função do direito positivo.

Para a corrente seguidora da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann – teoria utilizada como pressuposto dogmático em nossa dissertação – em que o estudo do subsistema do direito positivo parte da aceitação da sua função de assegurar a generalização de expectativas normativas congruentes da sociedade, essas afirmações recebem ainda mais poder argumentativo, pois se o subsistema do direito positivo possui essa função, a sua criação seria uma decorrência inerente à necessidade social de garantir o mínimo de estabilidade e proteção (segurança) dentro de uma sociedade em crescente complexidade e contingência, ou, ao menos, para assegurar formas de lidar com o caos natural advindo dessas relações inter-humanas (complexas e contingentes).

No campo do direito positivo brasileiro, apesar de não constarem remissões expressas a um princípio magno da “segurança jurídica”, os inúmeros preceitos explícitos e implícitos distribuídos em nossa Constituição Federal (vide subitem 3.2 do capítulo 3) e pela legislação infraconstitucional (vide subitem 3.2 do capítulo 3), assim como as manifestações do Poder Judiciário em sua produção normativa, não geram margem à dúvida ao se constatar a presença da “segurança jurídica” como fonte do direito positivo.

Com isso, sem realizar ainda um juízo de valor a respeito da nossa definição de “segurança jurídica”, a criação do direito positivo como sistema parte exatamente do princípio da necessidade de preservação do ser humano e do próprio sistema normativo. Cumpre registrar que essa acepção não está dentro do direito positivo, pois reside exatamente em momento logicamente e cronologicamente anterior ao próprio subsistema do direito positivo, e no caso da Ciência do Direito, sem sequer fazer parte do mesmo campo de linguagem. Mas então qual seria a sua serventia? Estamos com o professor Tárek Moussallem que responde:

⁹⁷ Hugo de Brito Machado. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 123.

“O fato produtor de norma (enunciação) interessa à Ciência do Direito não enquanto fato jurídico, até mesmo porque não o é, mas somente porque dele depende o nascimento de normas jurídicas”.⁹⁸ No nosso caso, no pertinente à análise das fontes, não focamos no surgimento de “normas jurídicas” no processo dinâmico do sistema jurídico, mas no momento estático da criação do nosso ordenamento normativo pela Assembleia Constituinte de 1986 com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

E isso nos interessa como cientista do direito positivo e principalmente para a presente empreitada dissertativa, na medida em que a relação da “segurança jurídica” como fonte do direito do sistema constitucional brasileiro nos permite entender a sua força normativa como sobreprincípio – assunto a ser desenvolvido no próximo item – e na “segurança jurídica” em seu aspecto formal como a positividade intrínseca ao sistema normativo e sua garantia de proteção às expectativas normativas congruentes e generalizadas, cujos pontos serão explorados adiante. Somente para fincarmos a nossa bandeira: não estamos a sustentar a correção da acepção da “segurança jurídica” como fonte do direito sob a ótica da dogmática jurídica, senão, apenas explanando essa visão como uma etapa de rito de passagem para a nossa definição no último subitem desse capítulo.

Cabe relembrar uma advertência: o tema das “fontes do direito” no sentido empregado na presente dissertação não se projeta à dinâmica do sistema na criação e alteração das normas jurídicas, mas sim como aspecto ontológico do momento de formação do direito positivo, em sua constituição como ordenamento jurídico, i.e, ao ser instituído o sistema normativo brasileiro, *in casu*, por meio da Assembleia Constituinte de 1986, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a sua aparição como subsistema próprio e específico integrante do Sistema Social, se deu com uma forte participação da “segurança jurídica” como fator inerente e precípua de um sistema do direito positivo, revelando-se como condição da sua própria função.

4.3. Segurança Jurídica como expressão de enunciados prescritivos constitucionais

Se de um lado, não concordamos com a concepção de “segurança jurídica” como “valor extrajurídico” e como “fonte”, por essas noções estarem situadas em posição externa ao “meio” do sistema do direito positivo, da mesma forma não partilhamos do extremo

⁹⁸ Tárek Moysés Moussallem. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 141.

oposto, i.e, da definição da “segurança jurídica” como acepção idêntica aos enunciados prescritivos constitucionais que servem como manifestações decorrentes do referido primado. Explicamos: a doutrina brasileira se remete em muitas passagens a princípios como a legalidade, a anterioridade e a irretroatividade, e ainda os princípios da isonomia, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, os institutos da prescrição e decadência, assim como, inclusive, os direitos e garantias individuais insculpidas no rol do artigo 5.º, e seus respectivos incisos, da Constituição Federal de 1988, ao discorrerem sobre o conteúdo semântico do símbolo linguístico “segurança jurídica”.

A tentativa possui sentido na medida em que alguns dos sobreditos enunciados prescritivos servem como mensagens prescritivas para a realização do cânone da “segurança jurídica”, mas se faz pertinente impor uma limitação: a “segurança jurídica” não se confunde com esses enunciados prescritivos. As manifestações expressas dos efeitos da “segurança jurídica” no seio do sistema do direito positivo demonstram a força matriz desse primado, contudo, a “segurança jurídica” possui definição própria – abstrata, polissêmica e vaga, com toda a certeza – cujo conteúdo semântico se distingue dos demais, por ser muito mais amplo e genérico.

Evidentemente, essa perspectiva de análise dos enunciados prescritivos concretizadores da “segurança jurídica”, serve para compreendê-la e aplicá-la de forma pragmática e eficiente em muitas circunstâncias, entretanto, não esgota o seu conteúdo normativo e nem a define em seu significado autêntico. Daí afirmar-se que a relevância dessa metodologia não está na definição de “segurança jurídica”, pois aludidos princípios informadores são entidades distintas que apenas servem de veículo para sua materialização em casos específicos, sem com ela se confundirem.

“Definir”⁹⁹ consiste em atribuir um significado a uma palavra. *In casu*, definir a “segurança jurídica” como expressão idiomática significa dar um sentido ao signo linguístico “segurança jurídica”. O ato de “definir”, como mencionado outrora, indica critérios possíveis para uma classificação e uma consequente divisão entre “gênero” e “espécie”. E por mais que as “espécies” reúnam elementos do “gênero”, a definição do vocábulo representante do

⁹⁹ Cristiano Carvalho, em seu tom, comenta que “definir uma palavra é indicar o seu significado. Uma palavra, que é suporte físico, tem como correlato o seu significado; pode ocorrer que uma palavra tenha diversos significados diferentes, assim como diversas palavras possuam um só significado. A definição é sempre da palavra (linguagem) e não do objeto em si, apesar da palavra referir-se a um determinado objeto real ou imaginário” (Cristiano Carvalho. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 33).

“gênero” não é idêntica à definição das suas “espécies”. A “segurança jurídica”, sob determinado prisma, pode ser considerada como um princípio- gênero, dos quais os primados da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade, por exemplo, são princípios-espécie, não obstante, a definição de “segurança jurídica” não se iguala às definições dos referidos postulados.

Atualmente, estamos convictos de que a doutrina, com isso, não pretende definir a “segurança jurídica” como sinônimo, por exemplo, dos princípios da legalidade, da anterioridade e da legalidade, mas o “parênteses” do presente subitem possui como finalidade situar a nossa posição frente ao critério metodológico utilizado e confirmar a forma da nossa atuação em nosso processo de construção da semântica da “segurança jurídico”, diante do sistema de referência elegido.

4.4. Proposta de classificação e de construção do conteúdo normativo da “Segurança Jurídica” e seu respectivo alcance pragmático

Realizadas algumas considerações a respeito da delimitação do objeto “segurança jurídica” (capítulo 3) e o seu caráter polissêmico (subitem 3.1), assim como passando pelo cenário normativo constitucional (subitem 3.2) e infraconstitucional (subitem 3.3), superamos uma fase introdutória para adentrar em algumas classificações empregadas pela doutrina (capítulo 4), para afastar a noção de “segurança jurídica” como valor extrajurídico (subitem 4.1) e como fonte (subitem 4.2), alertando-se sobre os receios de manter o foco tão-somente nos princípios informadores da “segurança jurídica” sem percorrer o seu próprio conteúdo jurídico semântico (subitem 4.3), e para tanto, teceremos uma breve introdução apenas para ratificar o nosso interesse em adentrar no mérito das acepções do termo “segurança jurídica” na parte que representa uma categoria jurídica, presente dentro do sistema do direito positivo, causando efeitos na ordem jurídica e/ou dela retirando o seu próprio fundamento.

Conforme antecipado, sob o prisma formal, abordaremos a sua potência como princípio formador da essência do sistema jurídico, assegurando a sua funcionalidade. E no contexto material, adentraremos no tema da “segurança jurídica” como sobreprincípio que irradia efeitos pelo ordenamento jurídico com força normativa para atingir uma das principais finalidades do subsistema do direito positivo na proteção das expectativas normativas generalizadas e congruentes da própria sociedade. Esses são os pontos de reflexão

desenvolvidos adiante, sempre com a mira dirigida para o ambiente dos enunciados prescritivos constitucionais integrantes do sistema da Carta Magna do Brasil.

Retomando alguns pressupostos dogmáticos, no nosso sistema referência partimos das premissas **(i)** do modelo sistêmico do direito positivo; **(ii)** da linguagem como elemento estruturante do direito positivo por ser este constituído por símbolos linguísticos criados pela sociedade e **(iii)** do direito positivo como o conjunto de normas jurídicas, entendidas como as mensagens prescritivas (imperativas) que se inter-relacionam para a realização da comunicação intrassistêmica, direcionadas à preservação das expectativas normativas generalizadas e congruentes (direito positivo em seu aspecto funcional), para regulação das condutas intersubjetivas da sociedade.

Ao se construir um sistema, o ponto de partida intrínseco é com certeza formar um conjunto de elementos que possam irradiar efeitos com base em um método seguro, por mais problemas e complexidades que possam surgir no interior desse sistema, e seja qual forem os seus elementos e as regras existentes em seu bojo. Nesse passo, o sistema jurídico passaria a possuir segurança jurídica a partir do momento em que a sua formação se efetivar. Ao se formar um sistema jurídico, a “segurança jurídica” está na construção do sistema, como pressuposto lógico das operações estabelecidas pelo sistema de referência. O próprio processo de formação do direito positivo seria uma espécie de segurança jurídica como fonte – nesse caso externa ao próprio sistema – e no produto positivado permanecem registros advindos dessa força da “segurança jurídica” como categoria extrajurídica.

Pois bem, se o direito positivo possui a função de assegurar o cumprimento das expectativas normativas, ao menos dentro do nosso referencial teórico, a criação do sistema registra marcas desse papel no fito de manter o rumo dessa função em pleno desempenho constante. Em sua marcha autorreferencial, diante do seu fechamento operativo, demanda que o próprio sistema jurídico encontre em seu “meio” sistêmico uma maneira de preservar essa sua aludida função, sem recorrer a elementos externos presentes em seu “ambiente” para realizar essa finalidade. Exatamente por esse fator estudamos a “segurança jurídica” como fonte do direito positivo, diante da sua influência primordial para a criação do sistema do direito em sua necessidade existencial.

Por certo que se a “segurança jurídica” como fonte do direito positivo não está inserida no “meio” intrassistêmico, não nos interessa a sua dimensão exterior, mas esse contexto nos oferece uma visão dos vestígios deixados pelo processo de formação do sistema no corpo normativo do ordenamento jurídico. Isso significa que a “segurança jurídica”, ao comprimir o

seu peso sobre o direito positivo no momento da sua criação, transmitiu, em nosso sistema jurídico brasileiro, as suas dimensões material e formal, conectando mensagens do “ambiente” do Sistema Social, *in casu*, representado pelo subsistema político, para o “meio” intrassistêmico do ordenamento jurídico. Diante da condição de sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, os sistemas parciais produzem um intercâmbio de mensagens comunicacionais para uma das formas de sua mutação, desde que respeitados os procedimentos e regras específicos de cada subsistema. E essa membrana de canal de comunicação entre os subsistemas (acoplamento estrutural) se deu por intermédio da Constituição Federal, cuja base para a nossa dissertação consiste na fotografia da Carta Magna promulgada em 1988.

Evidentemente essa visão sistêmica de auto-regulação ou autopoiese possui um preço, uma razão de ser em si mesma, i.e, a premissa de estabelecer-se o direito positivo como um sistema fechado – ou operativamente fechado – que não aceita qualquer elemento em sua composição interna sem enquadrar-se nas condições mínimas exigidas pelo próprio sistema, demonstra um pressuposto lógico-formal para a própria existência e funcionalidade do ordenamento jurídico. Para o direito positivo, a segurança mostra-se condição *sine qua non* para a sua própria existência, sob pena de ruir ou inexistir a própria estrutura sistêmica.

A segurança jurídica passa a ser entendida como a própria existência do ordenamento jurídico como sistema, no sentido de processo de sua formação e manutenção da sua operacionalidade interna e funcionalidade. Numa analogia singela recitamos a mensagem de Aires F. Barreto ao parafrasear Souto Maior Borges, para quem “a segurança jurídica não está na Constituição, a segurança jurídica é a Constituição”.¹⁰⁰ E na mesma linha o magistério de Dimitri Dimoulis:

“O argumento da segurança jurídica só convence se lhe for atribuído o sentido de preservação de competências constitucionalmente distribuídas, independentemente de seu grau de concretude e estabilidade e negando-se a conferir ao aplicador poderes de criação de normas que possam contrariar as superiores (...). Essa é uma visão minimalista, formalista e, principalmente, não-apologética do argumento da segurança jurídica.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito – II Congresso Nacional de Estudos Tributários – Artigo de Aires F. Barreto – *Tributação e conjuntura nacional*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 5.

¹⁰¹ Dimitri Dimoulis. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 199.

Nesse aspecto formal da “segurança jurídica”, se retira a discussão sobre o seu caráter meramente valorativo e o seu alcance axiológico, para uma conotação mais objetiva, migrando-a para o momento de formação do sistema e sua preocupação normativa na manutenção da sua operacionalidade interna e funcionalidade.

Eis, então, o primeiro critério de classificação da “segurança jurídica”, que em sua dimensão formal exsurge como sobreprincípio para preservar a “segurança” do sistema, i.e, para proteger o direito positivo contra ameaças dos demais subsistemas existentes no Macro-Sistema Social e para assegurar a funcionalidade das suas operações internas, mediante a sua estrutura da positividade jurídica e do protetorado das expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Da mesma forma em que os traços desse processo de construção do nosso ordenamento jurídico pressupõem, em termos da Teoria dos Sistemas, sua lógica de segurança formal do sistema, encontramos sinais de sua manifestação material pelo corpo normativo da Constituição Federal. Exatamente a “segurança jurídica” como valor jurídico. Um sobreprincípio dotado de extrema vaguidade e abstração que irradia efeitos por todo o sistema e serve como fundamento de validade de muitas normas e princípios presentes no próprio direito positivo.

A “segurança jurídica” nesse aspecto material também não se confunde com a sua fonte, pois possui foros de juridicidade e presença marcante dentro do próprio sistema como um princípio magno e uniformizador, e da mesma forma não possui identidade com os enunciados prescritivos que servem de corolário para sua concretização, consoante exposto no subitem 4.3.

Se o direito positivo possui uma estrutura lógico-formal em suas operações internas de clausura, se autorregulando em sua autopoiese, ao mesmo tempo se projeta materialmente para o campo da regulação das condutas intersubjetivas, em sua função de assegurar as expectativas normativas congruentes e generalizadas com destinação à sociedade. Nesse diapasão, as normas jurídicas como elementos constitutivos do sistema jurídico visam exatamente estabelecer um processo comunicacional de mensagens deônticas com referido desiderato, e o princípio da segurança jurídica possui papel preponderante nesse conjunto prescritivo, pois a sua essência refere-se exatamente a esse núcleo de proteção da estabilidade a sustentar a preservação das expectativas normativas.

Percorrendo o altiplano do texto constitucional, podemos perceber a expressão desses vestígios da “segurança jurídica” como fonte, em princípios como, exemplificativamente, da

legalidade, da anteriormente, da irretroatividade, assim como do direito adquirido, somente para aludir a alguns dos mais recorrentes. Esses princípios e os enunciados prescritivos indicados no subitem 3.2 não definem a “segurança jurídica” como sobreprincípio, mas demonstram a sua existência implícita e o seu grau de influência sobre o direito positivo em seu papel de valor jurídico.

Daí aludirmos ao segundo critério de classificação da “segurança jurídica” como sua dimensão material, subsistindo no sistema jurídico como sobreprincípio para preservar as expectativas normativas congruentes e generalizadas da sociedade nas variáveis de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade.

Os doutrinadores pátrios, de uma forma geral, inserem a “segurança jurídica” exatamente nesse contexto de um “sobreprincípio”. Paulo de Barros Carvalho,¹⁰² assevera que “ao lado da certeza, em qualquer das duas dimensões de significado, outros valores constitucionais, explícitos e implícitos, operam para concretizar o sobrevalor da segurança jurídica”. Roque Antonio Carrazza¹⁰³ afirma que os princípios fundamentais dispostos na Carta Magna do Brasil “deitam raízes, em última análise, no próprio princípio da segurança jurídica”. Hugo de Brito Machado¹⁰⁴ expõe, ao pincelar sobre os princípios relacionados à segurança jurídica que a “segurança é um dos valores da humanidade, que ao Direito cabe preservar”. Rafael Valim reconhece que sob determinado prisma “a segurança jurídica é geralmente colocada, ao lado da justiça, com um dos valores altaneiros do Direito, tendo se tornado clássica a confrontação entre estes dois valores”¹⁰⁵ e posteriormente atesta ser “supérfluo dizer que o princípio da segurança jurídica apresenta-se na classe de sobredireito, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas”.¹⁰⁶

Esses institutos jurídicos revestidos de imensa vagueza e abstração dificultam sobremaneira a tarefa do utente em dispor juridicamente sobre os mesmos, exigindo do exegeta um enorme esforço de concentração e de determinação do conteúdo semântico a ser empregado em seu discurso científico. A “segurança jurídica” não apenas não foge dessa premissa intrínseca a um objeto como o Direito – camada de linguagem artificialmente criada

¹⁰² Paulo de Barros Carvalho *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, p. 264.

¹⁰³ Roque Antonio Carrazza. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 476.

¹⁰⁴ Hugo de Brito Machado. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 123.

¹⁰⁵ Rafael Valim. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 46.

– como consiste em um dos vocábulos mais complexos e intangíveis de um sistema normativo.

Não por acaso o mestre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁷ advertiu, ao estudar um princípio com idêntica dificuldade semântico-pragmática, que “cumpre, todavia, buscar precisões maiores, porque a matéria, inobstante a limpidez das assertivas feitas, ressen-te-se da excessiva generalidade destes enunciados”.

O nosso objetivo reside justamente na tentativa de elucidar um pouco mais o tema, não apresentando uma proposta conclusiva sobre o problema de conteúdo jurídico-semântico que assola esse termo (segurança jurídica), mas ao menos indicar uma direção pretensamente mais clara e pragmática para o conteúdo da “segurança jurídica”.

Aproveitando as acepções mencionadas anteriormente, podemos asseverar que a segurança jurídica a que fazemos referência não se aproxima do sentido de valor extrajurídico mencionado por alguns juristas, pois é irrelevante para o Direito concluir que certa pretensão dos seus sujeitos-súditos esteja realmente garantida pelo sistema ou procurar identificar os anseios de cada um em relação às suas respectivas definições de segurança jurídica e muito menos devemos avaliá-la como um bem metafórico e natural a ser tutelado.

Esse significado da segurança jurídica como valor extrajurídico, ou seja, como processo intrapessoal formado no intelecto do indivíduo considerando as suas mais variadas influências psicológicas não exprime qualquer ingerência no sistema jurídico, reiterando-se sempre a premissa fulcral desenvolvida nessa dissertação. As meras expectativas dos cidadãos como esperanças sobre o ordenamento jurídico e a respeito da concretude das normas dentro do processo de positivação ao seu próprio sabor são meros desejos internos de cada um e isso por si só não demonstra, ao nosso sentir, o alcance jurídico pertinente ao termo da “segurança jurídica”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 10.

¹⁰⁸ Nesse sentido Christine Mendonça doutrina que “percebemos, que, por vezes, encontraremos a doutrina e a jurisprudência se referindo à segurança na acepção de ‘certeza, confiança, infalibilidade’, sem a sua qualificação ‘jurídica’. Fala-se de segurança como uma expectativa das pessoas pela existência do Sistema do Direito Positivo. Espera-se que se criem normas que digam como devem se dar as conseqüências caso ocorram certos acontecimentos, em outras palavras, espera-se que se criem hipóteses e conseqüentes normativos.” (Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito – II Congresso Nacional de Estudos Tributários – Artigo de Cristine Mendonça – *Segurança na ordem tributária nacional e internacional*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 47).

Diferentemente disso, seria asseverar que a segurança jurídica exprime um princípio ou sobreprincípio que encerra valor, pois nesse sentido, retira-se a conotação meramente axiológica da uma regra extrajurídica para alçá-la ao patamar de um enunciado prescritivo de abstração máxima e grau de hierarquia superior.

Contudo, surpreender a “segurança jurídica” como um princípio ou sobreprincípio máximo do sistema do direito positivo, sem uma menção objetiva e determinável, antes de provocar uma definição para o problema de seu conteúdo jurídico-semântico, causa ainda mais um grau de insatisfação ao utente, na medida em que amplia de forma extremamente subjetiva o seu plano da significação. Mesmo cientes de que muitas vezes a ponderação de constituir a “segurança jurídica” uma norma principiológica com conteúdo valorativo, por si só, possui o condão de inseri-lo no campo objetual do direito positivo, não concordamos em estacionar nesse local incerto e ainda nebuloso dessa acepção, preferindo percorrer ainda mais o seu significado para dissecar esse instituto de forma mais cirúrgica.

A “segurança jurídica” não se confundiria com os próprios princípios constitucionais, mas antes disso seria o valor jurídico impregnado no texto constitucional ao se encerrar o processo de formação do sistema jurídico brasileiro. Este processo de construção da ordem jurídica, ao se exaurir no tempo e no espaço, não se esvai como poeira ao vento sem ao menos registrar rastros da sua força, e o valor jurídico do sobreprincípio da segurança jurídica como enunciado prescritivo implícito com significação própria, assim como os demais princípios constitucionais informadores desse sobreprincípio, por vezes ovacionados pela doutrina, seriam justamente marcas da relevância da construção do sistema na teoria luhmanniana.

No modelo oferecido pelo ilustre Professor da Universidade de São Paulo Heleno Tôrres, a “segurança jurídica” estaria vinculada às noções de **(iii)** valor jurídico, configurando um elemento axiológico completamente abstrato e vago, como vetor de sobreprincípio a orientar a análise do sistema do direito em sua magnitude e **(iv)** princípio do direito constitucional visto como garantias asseguradas aos cidadãos. E para não sofrer do mesmo equívoco de muitos doutrinadores que permaneceram no nível superficial de análise desse pomposo tema, cravou a sua definição sob um ângulo exclusivamente funcional:

“Para os fins desse estudo, define-se o princípio da segurança jurídica tributária, em uma proposta funcional, como *garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima nos atos de criação ou de aplicação de normas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento e confiabilidade na aplicação do Sistema Constitucional Tributário e*

na efetividade de direitos e liberdades fundamentais, assegurada como direito público fundamental.”¹⁰⁹

Apesar de algumas considerações distintas na definição de “segurança jurídica”, concordamos com a observação de Heleno Tôrres a respeito da força da classificação funcional da “segurança jurídica”, em seu aspecto formal e em sua dimensão material, e entendemos ser a forma mais adequada para a compreensão dessa “categoria jurídica”, principalmente em um discursivo baseado no paradigma de direito positivo funcional da Teoria dos Sistemas.

Então qual seria a nossa acepção de segurança jurídica a ser pressuposta nesse trabalho? Segurança jurídica há de ser entendida não como se o seu principal papel fosse estar positivada em princípios e regras constantes na Constituição Federal ou legislações infraconstitucionais de certo país, e tampouco de forma completamente abstrata, com uma carga estritamente axiológica que não agrega em nada à fiel e exata compreensão do seu alcance, mas sim, como um sobreprincípio implícito a assegurar a função material do direito positivo em sua projeção de regulação das condutas intersubjetivas, de forma a proteger os cidadãos nas dimensões de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Defini-se segurança jurídica como o princípio fundante do direito positivo, em seu pressuposto lógico-formal, com função de preservar a positividade do sistema jurídico e sua funcionalidade operacional em sua dinâmica intrassistêmica e interssistêmica (entre o seu “meio” interno e seu “ambiente” externo), assegurando as expectativas normativas congruentes e generalizadas em prol do próprio sistema jurídico e da sociedade como um sobreprincípio que encerra um valor jurídico baseado nas variáveis de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade.

Prosseguindo um pouco mais, uma das colocações impostas ao intérprete no estudo da “segurança jurídica” sempre resvala na seguinte inquietação: mas qual o alcance do princípio da “segurança jurídica”? Qual(is) seria(m) o(s) destinatário(s) do seu conteúdo jurídico-semântica no momento da sua aplicação? A “segurança jurídica” está direcionada e almeja preservar o sistema jurídico, a sociedade ou o Estado como ente político?

Geraldo Ataliba,¹¹⁰ no auge da sua produção científica, relembrou Pontes de Miranda disparou que “se, como ensina Pontes de Miranda, é ‘o povo que se tributa a si mesmo’, não

¹⁰⁹ Tese do Professor Heleno Taveira Tôrres para o provimento do cargo de Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentada em 2009 e ainda sem publicação oficial (p. 321).

há como aceitar-se qualquer ato implicante de deslealdade, que é despropositado o conceber-se que alguém seja desleal consigo mesmo. Daí a justificada ênfase que a doutrina dos melhores autores alemães põe no princípio da proteção da confiança”.

Como de praxe para as rigorosas e cristalinas assertivas do sobredito mestre paulista, aludida ponderação, apesar de direta e objetiva, detém um poder de clareza e persuasão ímpares. Se a “segurança jurídica” exprime uma definição de proteção à estabilidade do sistema positivado e das expectativas normativas congruentes e generalizadas do próprio sistema (aspecto formal) e para a preservação da estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade a serviço da sociedade, o Estado, na condição de ente político, não pode se valer da “segurança jurídica” como forma de auto-proteção.

A segurança jurídica deve prestigiar o sistema jurídico ou a sociedade, pois mesmo quando voltada ao Estado, a sua alusão refere-se ao Estado de Direito enquanto sistema, e não Estado com personalidade jurídica própria. Sacha Calmon,¹¹¹ ao dispor sumariamente sobre o assunto, assevera que “os destinatários da segurança jurídica, em tema de Direito Tributário, são necessariamente os contribuintes os sujeitos passivos das obrigações tributárias *ex lege* e não os sujeitos ativos das mesmas (União, Estados e Municípios)”. E com propriedade ainda conclui que “a segurança jurídica volta-se aos justicáveis, não se prestando à preservação do Estado-Fiscal, pois o Estado é soberano, fautor e aplicador da lei tributária, além de obrigado a fazer legislação conforme a Constituição”.

Essa visão não passou despercebida por Misabel Derzi¹¹² que, ao dissecar algumas manifestações jurídicas da “segurança jurídica”, assim pontuou:

“O princípio da proteção da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam o fato gerador da confiança.”

O Estado, como ente político, possui os mecanismos para a produção normativa sob o seu domínio em todos os seus aspectos e goza de uma posição de primazia em relação à sociedade. O patamar de sua superioridade e o poder exercido pelo Estado-Político colocam-

¹¹⁰ Geraldo Ataliba. *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 174.

¹¹¹ Sacha Calmon Navarro Coêlho. *A modulação dos efeitos temporais das decisões constitucionais em matéria tributária – Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, vol. 12, p. 464.

¹¹² Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 604.

lhe, não como sujeito de direitos frente à “segurança jurídica”, mas como ator protagonista das mutações e instabilidades que servem como foco irradiador dos suplícios pela realização da “segurança jurídica”. Nas palavras de Misabel Derzi:¹¹³ “é notável a relação de dependência do cidadão em face do Estado em seus atos de intervenção e de regulação, de modo que o Ente estatal tem mais recursos, e muito mais abrangentes, para se prevenir de uma decepção”.

Assim, o Estado-Juiz não pode, em nome do Ente Estatal, suscitar a aplicação da “segurança jurídica”, exceto se o fizer em prol do Estado de Direito como ordenamento jurídico, a proteger não a pessoa jurídica do Estado-Político, mas o direito positivo como sistema.

Portanto, essa avaliação deve ser colocada em prática no momento de aplicação do sobreprincípio da “segurança jurídica”, e da mesma maneira que os princípios constitucionais gerais coexistem e devem ser sopesados conjuntamente diante de um caso concreto, a “segurança jurídica” merece a mesma atenção, mas nunca sob um prisma de um direito do Estado como ente político, e sim como proteção às expectativas normativas do sistema, como Estado de Direito, e na condição de valor jurídico em prol da sociedade nas expectativas normativas criadas no sistema como expectativas legítimas. O papel dos Tribunais Superiores, e notadamente do Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, seria fundamental para analisar esse contexto e fazer prevalecer a sua extensão em prol da sociedade – contribuintes no âmbito tributário – caso isso não represente uma ruptura com os próprios mecanismos de operacionalidade do sistema e nunca a favor do Estado como pessoa jurídica interessada em preservar a si mesma.

¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 605.

5. TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADQUIRIDO

As discussões sobre os efeitos do direito intertemporal revelam uma jornada incessante ao passado, subsistindo desde os confins do Direito Romano até os mais calorosos embates dos dias atuais. Com o passar dos séculos, e com a evolução do pensamento jurídico sobre a aplicação das normas jurídicas em suas projeções passado, presente e futuro, surgiu a noção de “direito adquirido” e seu realce científico de forma sistematizada atinge um grau máximo, no contexto da denominada escola clássica, na Teoria do Direito Adquirido¹¹⁴ do século XIX, na doutrina de Gabba.¹¹⁵

Mesmo com essa ressalva, para compreender a linha doutrinária seguida pelos juristas mesmo nesse momento da denominada pós-modernidade, precisamos retornar ao século XIX para extrairmos de Gabba¹¹⁶ a noção de direito adquirido usual. A sua teoria considera principalmente três elementos da constituição de um “direito adquirido”: (i) o fato idôneo aquisitivo do direito; (ii) direito intertemporal diante de uma alteração normativa e (iii) direito subjetivo integrado ao patrimônio do indivíduo. Dito sob um ângulo distinto: O “direito adquirido” consiste no direito decorrente de um fato idôneo, i.e, não pode originar de um fato reconhecido pelo ordenamento como um ilícito, devidamente ocorrido no momento da norma jurídica anterior e incorporado a sua esfera individual, cuja produção dos efeitos não se efetivou concretamente sob o regime da norma jurídica modificada.

A Teoria do Direito Adquirido com aludida concepção foi alvo de severas críticas, por focar no “direito subjetivo” como elemento principal do seu núcleo, sobretudo pelo civilista francês Paul Roubier, que defendeu a sua substituição pela Teoria das Situações Jurídicas,

¹¹⁴ Como o tema do direito adquirido remonta a épocas de um passado distante, sendo secular o debate a respeito da proteção dos indivíduos contra as alternâncias das normas no tempo e o nosso foco central não reside na apresentação de uma nova teoria sobre o direito adquirido, pois pretendemos apenas provocar o nosso intelecto para uma reflexão a respeito do assunto sob um prisma distinto do atualmente disseminado, não realizaremos uma digressão jurídico-histórica acerca da evolução da Teoria do Direito Adquirido, por isso, iniciaremos com a definição clássica que ainda persiste com força desproporcional na Ciência do Direito recente.

¹¹⁵ Cláudia Toledo ao se referir a Gabba, entre os doutrinadores do século XIX, comenta que “é considerado como aquele que, em fins do referido século, foi capaz de conferir a necessária *sistematicidade* a todo o material produzido naquele período, especialmente na França, Alemanha e Itália” (Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 147).

¹¹⁶ Ao mencionar a definição de Gabba para direito adquirido, Cláudia Toledo afirma que “direito adquirido é: a) a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova; b) e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio do seu titular” (Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 147).

deslocando as atenções do mero “direito subjetivo” para a “situação jurídica” em sua integralidade, mantendo o “direito subjetivo” como elemento, mas incorporando o “objeto” na composição da sua teoria. Além disso, como repisa Cláudia Toledo,¹¹⁷ o vocábulo “direito adquirido” não foi rechaçado apenas pelo seu conflito com a expressão “situações jurídicas”, mas, outrossim, pelo fato de o seu significado ser uma medida da irretroatividade por ser aplicada exclusivamente a norma jurídica antiga, sem a incidência da lei nova.

A crise semântica e pragmática da Teoria do Direito Adquirido se inicia com a sua contraposição pela Teoria da Situação Jurídica, instalando-se o sentimento de que o conceito de “direito adquirido”, da forma como codificada por Gabba, não atendia aos problemas intrínsecos ao direito intertemporal, além de representar uma tautologia e se preocupar com uma simples reafirmação do princípio da irretroatividade, atestando que a lei nova não poderia retroagir para alcançar o direito adquirido.

A relevante contribuição da Teoria da Situação Jurídica foi a imposição da produção de efeitos imediatos (princípio do efeito imediato¹¹⁸) para a lei nova, separando o passado do futuro, dando aplicação imediata à norma jurídica superveniente em relação aos eventos jurídicos futuros e aos efeitos futuros dos fatos jurídicos concretizados antes da entrada em vigor da nova lei, i.e, os eventos futuros e os efeitos futuros de fatos jurídicos realizados sob o império de ambas as normas jurídicas (anterior e posterior) são regidos pela nova norma. A lei posterior respeita a integralidade dos fatos jurídicos e seus efeitos no pertinente ao período anterior a sua vigência, mas incide na parcela dos efeitos experimentados em seu domínio temporal. Nas colocações de Carlos Young Tolomei:¹¹⁹

“Toda a sua teoria gira, basicamente, em torno da distinção entre efeito retroativo e efeito imediato (no lugar de ponderar gradações de retroatividade, conforme a concepção continuísta, colocou tais efeitos em oposição direta). O primeiro seria a aplicação da lei ao passado, enquanto o segundo seria a aplicação da lei ao presente.

¹¹⁷ Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 147.

¹¹⁸ Cláudia Toledo explica: “O princípio do efeito imediato das leis determina que a lei nova não atinge os fatos anteriores nem os efeitos anteriores desses fatos, mas atinge não apenas os fatos futuros, como também os efeitos posteriores dos fatos passados, isto é, a lei nova atua no presente, abrangendo as partes posteriores dos facta pendentia. Significa esse princípio então que a lei nova respeita todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, mas governa o futuro, a contar do dia de sua entrada em vigor, aplicando-se a todos os efeitos futuros das situações jurídicas já criadas, em curso ou a serem criadas. É na data de entrada em vigor da lei nova que se estabelece a separação dos domínios das duas leis, lei antiga e lei nova” (Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 155).

¹¹⁹ Carlos Young Tolomei. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 81.

Se a lei pretendesse aplicar-se às situações realizadas (*facta praeterita*), ela seria retroativa; se ela pretendesse aplicar-se às situações em curso (*facta pendentia*), seria necessário traçar uma linha divisória entre o que é anterior à mudança da legislação, hipótese intangível sob pena de retroatividade, e o que lhe é posterior, sobre o que a lei nova poderia incidir. Quanto às situações futuras (*facta futura*), obviamente que não teria cabimento falar em retroatividade.”

A análise da situação jurídica em curso, diante do momento visualizado em seu processo de formação, passa a ser o divisor de águas para essa teoria, dependendo do fato da situação jurídica experimentar, no período da vigência da nova lei a sua (i) constituição ou (ii) extinção (fase dinâmica), ou, ainda, sua (iii) produção de efeitos (fase estática).

Independentemente disso, a doutrina nada acrescentou de impactante no painel científico a respeito da Teoria do Direito Adquirido em sua manifestação datada do século XIX, adaptando de uma forma geral a aludida teoria com a Teoria das Situações Jurídicas, assimilando o legado do princípio do efeito imediato à definição de direito adquirido nos termos da irretroatividade para os direitos subjetivos integrados ao patrimônio do sujeito. Como pondera Cláudia Toledo,¹²⁰ “passaram, assim, a reafirmar a teoria do direito adquirido, mas modificadas pelas correções, esclarecimentos e avanços da teoria das situações jurídicas, especialmente no tocante ao princípio do efeito imediato das leis”.

A coexistência de ambas as teorias representou um ajuste na conjugação¹²¹ de dois fatores relevantes: **(i)** a consolidação da irretroatividade da norma e **(ii)** a afirmação da incidência da norma a partir do seu ingresso no sistema (princípio do efeito imediato). A convivência pacífica e sincrética das suas teorias, não resolveu a celeuma da verificação do “direito adquirido”. Com a Teoria das Situações Jurídicas, conforme elucida Cláudia Toledo¹²² “todo o problema é retomado”, e ainda apresentou certa complexidade e sua aplicação, como rememora, inclusive em referência a Paul Roubier:

“(…) inobstante o notório trabalho de Roubier e seus inestimáveis esclarecimentos, o que ocorreu a partir e sua obra foi a disseminação da adoção do *princípio do efeito imediato* das leis em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, ao mesmo tempo em que, como o próprio mestre francês reconhece, continuou-se recorrendo à noção

¹²⁰ Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 189.

¹²¹ “Se a moderna teoria do direito adquirido admite como regra o *princípio do efeito imediato das leis*, respeitando, entretanto o limite do *direito adquirido*, ela conjuga ambos os critérios: o da pesquisa legislativa do *ângulo de incidência* da lei nova sobre as situações jurídicas já constituídas (critério da teoria das situações jurídicas) e o do *conteúdo* da lei nova para a solução dos conflitos de leis no tempo” (Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 177).

¹²² Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 180.

de *direito adquirido* tanto na doutrina quanto nas decisões judiciais, francesas e italianas.

Quando se faz menção à necessidade de a nova lei respeitar as situações jurídicas passadas, os efeitos passados das situações jurídicas em curso e as condições de constituição e extinção da situação jurídica, a jurisprudência não só afirma o princípio do efeito imediato das leis, negando-lhes efeito retroativo, mas assevera que os *direitos adquiridos* devem ser respeitados.”¹²³

A vertente consolidada de ambas as teorias ainda não iluminou uma das partes mais obscuras envolta do tema, como estabelecer uma definição e alcance seguros como critério de análise das situações jurídicas em curso em relação à aplicação das novas normas? A principal dúvida a respeito da proteção ao direito adquirido ainda persistia: qual o critério a ser utilizado para identificar se um direito ou uma situação jurídica deve realmente receber o tratamento da ultra-atividade? Ou dito sob um prisma diferente: como identificar se determinada norma jurídica nova deve ou não ser aplicada para determinadas situações jurídicas ou *facta pendentia*?

Nesse ponto, a produção científica apostou na definição de “adquirido”, como qualificação do “direito subjetivo” a sustentar a manutenção dos efeitos da lei antiga, mesmo sob a força normativa da lei superveniente, e o “direito adquirido” continuou sendo aclamado para dirimir os conflitos de um contexto de mutação normativa. A sua definição como um direito subjetivo integrado ao patrimônio do indivíduo mediante a consumação de um fato aquisitivo desse direito, mesmo que a sua fruição não tenha sido iniciada, para se tentar clarear a sua dimensão pragmática, recebe reforço da análise do momento da aquisição desse direito.

A distinção de “adquirido” ou “não-adquirido” gira em torno “da identificação da existência de direito gozado, mas anda não exercido, em determinada situação jurídica, se esse direito se havia aperfeiçoado ou se ainda lhe faltava requisito jurídico essencial quando da entrada em vigor da nova lei” consoante Cláudia Toledo.¹²⁴ Se o indivíduo possui um direito subjetivo, pelo fato de ter cumprido os requisitos legais para tanto à época da lei antiga, mesmo que não exercidos plenamente, o fato da sua aquisição ser anterior ao advento da lei nova, deve ser reconhecida a aplicação da lei anterior.

Relativamente à “situação jurídica”, sendo eleito o seu termo pelo fato de representar uma expressão geral e complexa, por poder inserir em seu campo de abrangência vários atos contínuos, a incidência da lei (antiga ou nova) depende da constatação do momento de

¹²³ Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 181/182.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, p. 180.

constituição ou extinção da própria situação jurídica e, nesse aspecto, se aproxima do mesmo problema pragmático do direito adquirido, e a aplicação dessa teoria ainda estaria sujeita à análise concreta do caso, com a constatação do tipo de situação jurídica averiguada.

Uma maneira de responder essa pergunta se deu pela diferenciação, com o surgimento da dicotomia “direito adquirido” x “expectativa de direito”.¹²⁵ O direito adquirido seria o direito subjetivo incorporado ao patrimônio do indivíduo, i.e, um direito cujos requisitos para sua fruição foram cumpridos mas o seu pleno gozo não foi exercido ao tempo da lei anterior. Então para a demonstração do significado de “expectativa de direito”, sobrevieram as noções de faculdade jurídica e liberdade jurídica. A primeira consiste na opção prévia do sujeito de realizar determinada ação/omissão, dentro de sua esfera pessoal e unilateral de decisão, e a segunda numa mera prerrogativa incondicionada do sujeito que pode ser usufruída a qualquer tempo ou independentemente de requisito ou condição, apenas limitada nos ditames de alguma lei proibitiva. Assim, na esteira de Cláudia Toledo:¹²⁶

“(...) não só a *liberdade* e a *faculdade* não são prerrogativas inferiores aos direitos subjetivos, como possuem mesmo características mais *extensas* do que eles, vez que escapam à *teoria do abuso do direito* – a liberdade por seu caráter *indeterminado* que impede que lhe seja designada uma finalidade e a faculdade pelo caráter decisivo da *opção*, reservado unicamente ao seu titular, não se permitindo controle jurisdicional.”

E adiante reforça:

“Somente há *direitos adquiridos* no momento em que as situações jurídicas já estão produzindo seus *efeitos*, o que significa afirmar sua inexistência na fase de criação da situação, ainda que se trate de criação contínua ou sucessiva. Nesse momento, como o sujeito *já iniciou a formação* da situação jurídica, tendo-se valido do amplo direito de agir que a liberdade jurídica incondicionada lhe fornece ou de uma das faculdades jurídicas que a ordem jurídica, que há é expectativa de direito.”

¹²⁵ “Para que se possa existir uma expectativa de direito, o fato ou ato jurídico ensejador da situação subjetiva deve estar em desenvolvimento, não obstante ainda não se tenha completado, já que, se assim fosse, estaria caracterizado o direito adquirido.” (Elival da Silva Ramos. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185).

¹²⁶ Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 203.

Dependendo da fonte de pesquisa alguns termos da definição de “expectativa de direito”¹²⁷ podem sofrer alteração, mas nada que comprometa a sua essência no sentido de que o fato aquisitivo do denominado direito subjetivo ainda não se operou integralmente.

O ordenamento jurídico brasileiro, influenciado por essa corrente, inseriu na Lei de Introdução do Código Civil uma definição seguindo os critérios de Gabba para a compreensão do direito adquirido, possuindo o seu artigo 6.º, *caput* e seu § 2.º, os seguintes enunciados prescritivos:

“Art. 6.º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei n. 3.238, de 1º.8.1957)

§ 1.º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei n. 3.238, de 1º.8.1957)

§ 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo préfixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei n. 3.238, de 1º.8.1957)

§ 3.º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

Art. 7.º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos.” (Grifos nossos.)

Posteriormente, a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso XXXVI, previu expressamente que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, sem prever nenhum conteúdo semântico para o significado de “direito adquirido”, abrindo a discussão a respeito da recepção da disposição do artigo 6.º da LICC como norma de referência para impor essa definição.

Passou-se um século e adentramos no início do segundo sem uma alteração substancial nesse panorama, no entanto, não por seu caráter pronto e insusceptível a críticas, muito pelo contrário, pois ainda muito se discute sobre a devida observância das situações jurídicas em curso concernente a suas peculiaridades intertemporais, notadamente a definição de “direito

¹²⁷ Cláudia Toledo assinala que “Roubier dá nenhum destaque à figura da *expectativa de direito* porque não centra sua teoria nos *direitos subjetivos*, mas nas *situações jurídicas*. Seu desinteresse pela expectativa de direitos se coaduna com a inteireza de seu pensamento, haja vista desconsiderar como acertada a expressão *direito adquirido*, com a qual a expectativa de direitos é sempre relacionada” (Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 201).

adquirido” e seu alcance em relação a situações jurídicas em curso. Retomaremos esse assunto no próximo subitem.

5.1. Direito adquirido e sua crise semântica: perspectiva de uma nova visão

A crise do “direito adquirido” se inicia pela análise semântica do seu próprio termo. O direito adquirido representa uma tautologia em si, pois surpreendendo a sua acepção, constatamos que o “direito”, para existir como um direito subjetivo de determinado indivíduo frente a uma relação jurídica, deve necessariamente estar formalizado em linguagem competente, i.e, deve estar constituído, ou, ter sido “adquirido”. Ao mesmo tempo em que apenas se “adquire” algo no momento em que se constituiu como direito pela ocorrência de denominado fato que lhe outorgou essa condição. Como conclusão em termos diretos e objetivos: o “direito” para ser “direito” deve ser “adquirido”, pois caso não seja “adquirido”, não pode ser “direito”!

Carlos Young Tolomei,¹²⁸ citando a sempre inspiradora fonte das obras de Pontes de Miranda, realça que “chegou ironicamente a afirmar, decompondo a seu modo o núcleo da doutrina clássica, que *‘direito adquirido que deve ser respeitado, é o direito que não se deve desrespeitar, e pois, é adquirido’*”.

No fito de contornar a aludida tautologia, se criou para o termo “adquirido” uma expressão da titularidade do direito, sem o seu efetivo exercício, entendendo como forma de incorporação ao patrimônio do sujeito, a noção de “direito subjetivo” cujos requisitos para sua fruição, inclusive o direito de provocação do Estado-Juiz para a sua prática efetiva, estejam reunidos antes da governança da norma jurídica nova, restando tão-somente a sua exercitação.

Nesse sentido a explanação de Cláudia Toledo:¹²⁹

“O significado do termo *aquisição* em matéria de retroação das leis é específico, *estrito*, não correspondendo à mera criação de um direito ou sua atribuição, pela ordem jurídica, ao sujeito, isto é, direito *adquirido* do sujeito não equivale a ‘direito que o sujeito tem ou possui’. Afinal, nesse sentido, todo direito é adquirido pois todo direito, se existe, está atribuído a algum sujeito de direito, a ele pertence, pelo que seria tautologia a expressão ‘direito adquirido’. *Direito adquirido* é apenas aquele de

¹²⁸ Carlos Young Tolomei. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125.

¹²⁹ Cláudia Toledo. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 166.

que o sujeito é titular e que pode exercer, mas que *não se fez antes da entrada em vigor de nova lei* que o modificou ou extinguiu.”

A mencionada Lei de Introdução do Código Civil com redação dada pela Lei n. 3.238, de 01.08.1957, definiu o direito adquirido como os “direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. E a doutrina brasileira, debruçando-se sobre o aludido enunciado prescritivo, seguiu a orientação principal de Gabba, com as nuances expostas nos parágrafos anteriores, mas a tautologia, ou ao menos a redundância do “direito adquirido” frente à preexistência do princípio da irretroatividade, ao nosso sentir, permanece gritante. Celso Antônio Bandeira de Mello,¹³⁰ com propriedade, ao expor sobre “o verdadeiro préstimo da noção de ‘direito adquirido’”, esbraveja o seguinte:

“Segue-se que as relações que nasceram e que faticamente ou apenas juridicamente se completaram no passado obviamente não têm por que serem afetadas por lei superveniente. Para que fossem atingidas seria necessário que a lei *retroagisse*. A simples noção da irretroatividade da lei é suficiente para protegê-las.”

Como a Constituição Federal em seu artigo 5.º, inciso XXXVI, previu expressamente a preservação do direito adquirido, sem compor o seu conteúdo semântico, e a Lei de Introdução do Código Civil data de período anterior, para a correta interpretação dos seus efeitos, ou o exegeta deve reconhecer a ausência de recepção do conceito inaugural da LICC, delineando uma definição própria extraída diretamente do arcabouço constitucional, por meio de um método interpretativo sistemático, ou, encontrar no bojo da definição dada pela LICC, uma forma de estabelecer uma significação que expresse a regulação do direito intertemporal a preservar nas situações jurídicas em curso de maneira mais adequada.

Sem adentrar no mérito dessa discussão,¹³¹ por não ser foco da nossa atenção dissertativa, fato é que as situações jurídicas em curso ou o denominado “direito adquirido”

¹³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

¹³¹ Independentemente disso, citamos, analogamente, trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do RE 547.245/SC, ao analisar o “leading case” da tese sustentada pelos contribuintes de não incidência de ISS sobre os contratos de leasing: “A segunda dificuldade que vislumbro refere-se à necessidade de interpretação da Constituição *conforme a legislação ordinária*, ainda que existente por ocasião da sua promulgação. Ainda que a legislação ordinária contivesse um conceito universal e **inequívoco** para *prestação de serviços de qualquer natureza*, o alcance do texto constitucional não é condicionado de forma imutável por ele. De outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de **estabilização** com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo que haveria uma confusão entre os

deve ser entendido como o efeito das normas jurídicas no tempo em sua conotação de direito intertemporal, sob a ótica precípua da incidência da norma e não sobre o direito subjetivo propriamente dito, i.e, nas proposições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³² “na solução que apresenta para a salvaguarda dos *efeitos* de situações transactas”.

A Teoria do Direito Adquirido, em sua metodologia pela Teoria das Situações Jurídicas, não deve ser focada na irretroatividade das normas e nem na produção de efeitos imediatos, mas sim na extensão de situações jurídicas em curso para avaliação da norma jurídica incidente, em sua expressão do sobreprincípio da segurança jurídica. Como a doutrina não possui divergência sobre o fato de o direito adquirido repousar como categoria jurídica inserta dentro do campo genérico e abstrato da “segurança jurídica”, partir da definição desse sobreprincípio para dele diferenciar o alcance específico do “direito adquirido” como um instituto jurídico distinto, parece-nos um terreno seguro.

planos normativos.” (RE 547245, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 02.12.2009). Especificamente sobre o “direito adquirido”, entende em sentido contrário o STF, ao se posicionar na vertente de aplicação da LICC para a definição do aludido direito previsto constitucionalmente, conforme se observa da seguinte passagem: “O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal. Não se pode confundir, desse modo, a noção conceitual de direito adquirido (tema da legislação ordinária) com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobredireito inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política. Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei - e nesta, somente - que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido. É ao legislador comum, portanto - sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita dentre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto - que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido. Cabe ter presente, por isso mesmo, a ampla discussão, que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, influenciou, decisivamente, o legislador ordinário brasileiro na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe, a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3º), enquanto a LICC de 1942, em seu texto, prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6º), muito embora o legislador, com a edição da Lei nº 3.238/57, que alterou a redação do art. 6º da LICC/42, houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código Civil (1916). Em suma: se é certo que a proteção ao direito adquirido reveste-se de qualificação constitucional, consagrada que foi em norma de sobredireito que disciplina os conflitos das leis no tempo (CF, art. 5º, XXXVI), não é menos exato - considerados os dados concretos de nossa própria experiência jurídica - que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que veiculável em sede constitucional, submete-se, no entanto, de lege lata, ao plano estrito da atividade legislativa comum.” (AI-AgR 135632 – Ministro Celso de Mello).

¹³² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

Dessa maneira, a definição de segurança jurídica na redução de complexidade realizada pelo cientista, deve pautar o estudo do direito adquirido nas ditas “situações jurídicas em curso”, ou na preferência do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello nas “situações transactas”.

Como pudemos constatar ao longo do presente capítulo, atualmente possuímos duas certezas a respeito do denominado “direito adquirido”: **(i)** a sua condição de enunciado prescritivo objetivo como manifestação do sobreprincípio da segurança jurídica, destinado a atuar na frequência do direito intertemporal e **(ii)** a ausência de um critério satisfatório para delimitar o seu conteúdo semântico e principalmente o seu alcance no tocante às “situações transactas”.

A “segurança jurídica” reverbera pelo texto constitucional em sua dimensão material como sobreprincípio a caracterizar um valor jurídico a ser perseguido como norte na preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas. Nesse sentido, planeia sobre o campo das condutas intersubjetivas da sociedade para regular as relações jurídicas no em seus aspectos de estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade. Destina-se a proteger a sociedade contra alterações abruptas do sistema jurídico, relativamente aos efeitos do tempo (passado / presente / futuro), demandando uma transmissão normativa de certeza e confiança.

O “direito adquirido”, como um dos corolários da segurança jurídica, atua como anteparo das situações jurídicas nas mutações normativas, a fim de resguardar a sociedade no pertinente às oscilações do tempo na aplicabilidade das normas, protegendo os fatos produzidos anteriormente à nova norma jurídica em um processo de transição, consubstanciado nas situações jurídicas em curso.

Realizando o mesmo paralelo ora traçado, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³³ comenta ser uma das funções do direito positivo, potencializado na “segurança jurídica”, compor uma maneira de “armar um temperamento entre a exigência de segurança jurídica e a exigência de mutabilidade, estabelecendo uma forma de convívio entre estes dois valores”. E ao concluir o seu discurso introdutório para abordar o “direito adquirido”, aludindo, outrossim, à irretroatividade das leis e o ato jurídico perfeito, profere que todos “estão direcionados a estabilizar situações que, de outra sorte, correriam o risco de serem afetadas pela superveniência de leis ou atos concretos que lhe contrapusessem”.

¹³³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13.

Não se confunde com o princípio da irretroatividade das normas, e nem com o princípio do efeito imediato das normas, pois se preocupa exatamente desse ponto de intersecção, entre a norma anterior e a norma posterior, no conflito do direito intertemporal nas denominadas situações transactas.

O princípio da irretroatividade possui um limite objetivo: a norma jurídica posterior não deve retroagir para atingir situações jurídicas formalizadas sob a égide da norma anterior, exceto em casos específicos expressamente determinados pelo direito positivo.¹³⁴ O princípio do efeito imediato impõe a incidência da norma para todas as situações jurídicas constituídas sob o seu domínio. E as situações transactas? A resposta corresponde exatamente ao palco de atuação do direito adquirido.

Se a segurança jurídica, como postulado essencial para a estabilidade, previsibilidade e mensurabilidade, como garantias da sociedade se realiza na proteção das expectativas normativas congruentes e generalizadas, o direito adquirido, como um dos seus corolários, deve exercer o seu papel exatamente em meio às alterações do direito intertemporal, retirando dessa base o seu conteúdo e alcance. As expectativas normativas criadas de forma generalizada e congruentes são um norte primordial para compreender a aplicação do “direito adquirido” como manifestação da segurança jurídica. Nesse caso, em seu sentido de previsibilidade e estabilidade na relação de confiança depositado na situação jurídica transacta.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁵ assevera que *“tudo se resume em verificar, a partir da dicção da norma – de seu espírito –, se o conteúdo do dispositivo gerador do direito cumpre ou não a **função lógica de consolidar uma situação** que é, de per si, como soem ser as relações de direito público, basicamente mutável”*. Para o referido jurista, a expressão do direito adquirido surge com mais intensidade se existir “a superveniência de algum evento para que alguém possa, a partir dele, desfrutar de certo direito”.

A “expectativa normativa” de forma generalizada e congruente, nas situações jurídicas transactas, cuja expressão estamos atribuindo ao “direito adquirido”, representa exatamente conceder segurança por meio da consolidação de uma situação, gerando estabilidade e

¹³⁴ Como exemplos clássicos da retroatividade da norma, citamos o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal (princípio da retroatividade da lei benigna no âmbito penal) e o artigo 106, do Código Tributário Nacional, na seara do direito tributário.

¹³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

confiança para a sociedade. Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁶ ainda esclarece que “é da mais acaciana obviedade que o sentido lógico desta norma, *uma vez ocorridos ditos requisitos*, é – e só pode ser – o de ‘garantir continuidade’. Se não for para elidir o atributo de precariedade, cristalizando um estado, até então mutável, seria um sem-sentido atribuir estabilidade”.

Cumpramos ressaltar que “expectativa normativa congruente e generalizada” não se confunde com mera “expectativa de direito”. Esta, se refere a simples expectativas individuais de cada sujeito em relação a um direito subjetivo. A liberdade ou faculdade do sujeito de realizar determinada ação/omissão ou mera prerrogativa incondicionada do sujeito que pode ser usufruída independentemente de requisito ou condição, enquanto as “expectativas normativas” são as expectativas geradas pelas normas nas operações internas de autopoieses que visam reduzir a contingência do sistema, i.e, a norma jurídica ao ser produzida e se generalizar e convergir para uma mesma situação, rende ensejo a expectativas para que as demais normas sigam o mesmo rumo, e projetando-se para a área material da conduta, representam mensagens deônticas comunicacionais para a sociedade regular as suas relações intersubjetivas.

Dessa forma, em nossa reflexão jurídica, reconhecemos no “direito adquirido” uma proteção ao direito de transição intertemporal, diante dos conflitos existentes entre duas normas jurídicas no âmbito dos efeitos do tempo e das mutações normativas, e para tanto, afastamos a tautologia do seu próprio termo, para revitalizar a sua significação dentro do direito positivo atual. Se “direito” constitui um fato consolidado, caso contrário não seria direito, e sim mera expectativa, ao mesmo passo que “adquirido” significa algo definido e incorporado, por óbvio que “direito adquirido”, para não integrar um círculo vicioso e tautológico, deve receber um sentido diverso, exatamente situado no âmbito das mutações normativas.

Para proteger o “passado”, o sistema do direito positivo conta desde logo com o princípio da irretroatividade, sem necessidade de se escorar no “direito adquirido”, portanto, essa categoria jurídica (direito adquirido) deve servir para assegurar as expectativas normativas, mas não meras expectativas de direito, e sim a generalização de expectativas normativas congruentes a que aludiu Niklas Luhmann.

¹³⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

A despeito da dificuldade da doutrina pátria e alienígena em manipular aludido tema de expressivo calibre, o sempre único Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁷ disparou uma mensagem bastante assertiva ao comentar o seguinte:

“(...) fatos pretéritos mas que se encartam em situações ainda em curso podem e devem ser tratados de maneira a se lhes reconhecer a significação jurídica que tiveram em face da regra precedente, sem isto afrontar-se a regra nova ou negar-lhe imediata vigência. *Basta compatibilizá-los de sorte a atribuir a tudo que passou o valor jurídico que lhe correspondeu até o tempo da sobrevinda da nova lei e atribuir a tudo que transcorrerá a partir desta última os efeitos que resultam de seu tempo de império.* Vale dizer: reconhece-se – o que é incontestável – a força modificadora da regra nova em relação ao regime anterior sem, com isso, fazer *tabula rasa* da disciplina pretérita.”

Isso significa que as situações jurídicas transactas carregam significações jurídicas relacionadas à norma produzida no passado contendo expectativas normativas congruentes e generalizadas e sua alteração não pode ser realizada de maneira indiscriminada pela norma posterior, sem adequar aos casos em curso que merecem atenção especial e um regramento próprio, morada específica do conteúdo do “direito adquirido”. Como prefere Celso Antônio:¹³⁸

“(...) as possibilidades em tese cogitáveis para a disciplina de eventos transcorrentes – vale dizer, que irrompem do passado e atravessam o presente rumo ao futuro, portanto ainda inconclusos – não se exaurem em extremos antinômicos substanciados no radicalismo de ignorar a significação jurídica do que já ocorreu ou, pelo contrário, de contestar a aplicação imediata dos preceptivos em vigor.”

Evidentemente, as situações jurídicas transactas encontram-se num liame jurídico entre o passado e o futuro, i.e., entre o plano de expectativas normativas delineadas no momento da vigência da norma anterior e as expectativas normativas determinadas no imério da norma superveniente. Dito de maneira similiar:

“(...) consideram-se os fatos atuais consoante a significação que lhes atribui o dispositivo atual, e absorvem os fatos vencidos *segundo o significado que lhes outorgava a lei do tempo.* Em uma palavra: faz-se reconhecimento não apenas nominal, mas real, de que uma situação foi apanhada por duas normas, de que esteve sob regência de dois preceitos, pois seu caráter continuado – e não instantâneo – levou-a a transitar pelo tempo e ser interceptada por diplomas diferentes.”¹³⁹

¹³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

¹³⁸ Idem, *ibidem*, p. 26.

¹³⁹ Idem, *ibidem*, p. 27.

O “direito adquirido” deve ser surpreendido sob essa ótica, de mensagem comunicacional a resguardar as mutações normativas, incluindo-se as mutações jurisprudenciais – como alterações normativas que são –, observando-se determinados critérios para sua aplicação, de modo a preservar as significações existentes frente às expectativas normativas da norma anterior nas situações jurídicas em curso, diante da sua modificação pelas novas expectativas normativas criadas pela norma supervenientes. Nas lúcidas verbalizações de Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁴⁰

“(...) é perfeitamente viável – e, ademais, obrigatório – reger os acontecimentos em fase de transcurso acomodando o que já passou (e está passando) à nova disciplina, de sorte a não se ignorar o pretérito, consoante a significação jurídica dantes possuída, ao mesmo tempo em que se respeita e se acata a nova significação jurídica que os fatos vêm a ter após a edição dos preceitos subseqüentes.”

Contudo, para confirmar a presença de um “direito adquirido”, não basta evocar a existência de expectativas normativas generalizadas e congruentes, pois se assim fosse, estaríamos igualando o “direito adquirido” à nossa definição de “segurança jurídica”, permanecendo no mesmo abismo abstrato e vago que ainda adormece esse relevante tema. Daí impor uma condição ou termo para a constatação do “direito adquirido” em determinado caso concreto, um marco objetivo pelo qual se pode aferir estar-se diante realmente de um direito adquirido nos moldes defendidos, e não perante uma mera expectativa de direito.

Reiterando o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁴¹ aludido jurista manipula os critérios do “tempo” para referido desiderato e, ao aplicar esses mesmos conceitos de “direito adquirido” no caso da alteração no regime de aposentadoria, acerta com precisão cirúrgica ao expor que:

“Esta é direito que só se completa depois de totalmente perlongada a dilação temporal prevista pela regra concessiva do benefício. De outro lado, *é logicamente impossível chegar-se ao seu termo sem percorrer, passo a passo, todo o itinerário cronológico conducente ao final do prazo*. Quando entre o início e o encerramento do prazo para fruição da aposentadoria incidem duas normas que assinalam períodos diversos para o momento aquisitivo, os eventos que se passaram sob a regra antiga e os que ocorrem sob o império da nova têm *significações diferentes* perante o Direito.

E ao final do seu primoroso artigo, urra sobre a necessidade de pôr em relevo “a noção de proporcionalidade no trato das situações jurídicas dependentes de um lapso temporal”, e

¹⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30/31.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 27.

ainda arrebatada ao defender que “longe de ser critério esdrúxulo, é o que merece o conforto da Lei Magna”.¹⁴² Dirigimos nosso foco ao encontro dessa aula doutrinária e, em nosso sentir, o “direito adquirido” deve se pautar pela preservação das expectativas normativas nas situações jurídicas transactas, mediante um termo ou condição para sua visualização, de forma a estabelecer um marco temporal a ser empregado na constatação da situação jurídica em curso e da necessidade de sua proteção no caso de uma alteração normativa.

Ancorados na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, registramos interessante voto do Ministro Joaquim Barbosa no prefalado julgamento do RE 547.245/SC, no sentido de que alguns conceitos constitucionais não podem permanecer imutáveis ao longo do tempo, merecendo reflexões e adaptações aos novos contornos da interpretação da comunidade jurídica em cotejo com a evolução social:

“Parto da oportuna passagem inicial do voto do ministro-relato, no sentido da impropriedade de se sustentar a existência da correta natureza jurídica das operações, como se o conceito fosse ontológico, isto é, nas palavras do Ministro Eros Grau, “*como se os institutos jurídicos pertencessem ao mundo natural*”. Não há um conceito constitucional absoluto, imutável, intuitivo através dos tempos para *serviços*, ditado pela ordem natural e que possa ser *a priori* violado por conceitos criados pela função especulativa a que aludiu **Irving Copi**.

Nesse sentido, observo que a rápida evolução social tem levado à obsolescência de certos conceitos jurídicos arraigados, que não podem permanecer impermeáveis a novas avaliações (ainda que para confirmá-los).”

Portanto, para o nosso labor científico empregaremos a definição conferida nesse capítulo ao “direito adquirido”, e para tanto, se faz relevante a constatação de critérios para a identificação dessa celeuma do direito intertemporal nas situações jurídicas transactas, não como mutações legislativas comuns, mas no âmbito das mutações jurisprudenciais. E mesmo assim, não sob qualquer modalidade de modificação jurisprudencial, senão as alterações que representem uma consolidação de uma expectativa normativa a se firmar como uma norma de força suficiente a emanar os seus efeitos sobre o sistema positivo e a sociedade como atores suscetíveis às oscilações das mudanças normativas, cujos limites são delineados pelo sobreprincípio da “segurança jurídica” e notadamente pela sua expressão no “direito adquirido”.

¹⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

6. MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Nesse capítulo analisaremos as definições de jurisprudência e de precedente normativo judicial a fim de compreender o conceito de mutação jurisprudencial e sua dimensão no direito positivo brasileiro, considerando a realidade jurídica da “súmula vinculante” e o controle de constitucionalidade no Brasil, em seus aspectos difuso e abstrato. Essas premissas são imprescindíveis para ingressarmos no último capítulo de estudo de caso prático no âmbito do Direito Tributário, aplicando-se a pragmática da “segurança jurídica” sob o prisma do direito adquirido nas situações de mutação jurisprudencial.

6.1. Jurisprudência e precedente normativo judicial

Derivado do latim *jurisprudencia*, da associação do termo *jus* (direito) com *prudencia* (sabedoria), inicialmente era reconhecida como a Ciência do Direito, diante da necessidade de interpretar as leis e realizar a sua aplicação da forma mais sábia e justa possível.¹⁴³ Com o passar do tempo, como a atividade de interpretação e aplicação das leis era vinculado ao Poder Judiciário, passou-se, de uma maneira genérica, a se entender por “jurisprudência” como o conjunto de decisões proferidas pelo Poder Judiciário para casos idênticos a formar um repertório suficiente para demonstrar a interpretação da atividade judicante considerada como a aplicável aos respectivos casos concretos.

Apesar da “jurisprudência” realmente possuir esse plano de significação, e indicarmos a sua definição na mesma direção da doutrina clássica, como um conjunto de decisões emanadas pelo Órgão Produtor de normas jurídicas por intermédio da atividade jurisdicional, sem apresentar nenhuma conclusão distinta da preexistente, se mostra extremamente importante realizar algumas reflexões um pouco mais bem estruturadas, no intuito de compreender a extensão dessa acepção e seu alcance, para aplicação no nosso sistema de referência e análise do caso prático.

Dentro de uma linha reta e complementar em cada um dos capítulos, reiteramos sempre a evolução social e principalmente o efeito dessa dinâmica no mundo jurídico como objeto cultura direcionado à regulamentação das relações intersubjetivas. Ponderamos

¹⁴³ O “vocabulário jurídico” de Plácido e Silva define “Jurisprudência” como a “ciência do Direito vista como sabedoria. Os romanos definiam-na, segundo Ulpiano, como o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto (...)” (De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 469).

anteriormente em algumas passagens a respeito do direito positivo e das normas jurídicas, considerando a sua definição e função, ao menos segundo as nossas premissas e modelos teóricos adotados, ser um subsistema composto por mensagens deônticas com a finalidade de assegurar as expectativas normativas generalizadas e congruentes, em marcha infinita de mutações em seu interior.

Nesse contexto, o direito positivo em suas constantes operações internas se reproduz em um movimento auto-referencial, produzindo novas normas jurídicas e planos de significação. Nesse ciclo, o Poder Legislativo e Poder Judiciário cumprem um papel fundamental, ambos como protagonistas da inserção de normas no sistema. O Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas como mensagens deônticas dotadas de certo sentido, pois apesar de o legislador não interpretar o seu próprio texto positivado, com certeza insere enunciados prescritivos em linguagem com conteúdo, determinando certa margem de alternativas possíveis para a sua aplicação. Ao ser interpretado e aplicado, o juízo-hipotético condicional, ao se traduzir em nova linguagem competente, rende ensejo a uma norma jurídica em uma das suas alternativas possíveis, e o Poder Judiciário, então, exerce a sua atividade precípua. Como o desenvolvimento da sua função consiste, em via de regra, no ato de interpretar e aplicar a norma jurídica, as decisões do Poder Judiciário possuem uma posição de destaque,¹⁴⁴ por dirimir, entre as alternativas possíveis, as dúvidas interpretativas a respeito da norma jurídica posta pelo Poder Legislativo. Como pondera Niklas Luhmann,¹⁴⁵ “aquí claramente se ve que en algunos campos el ‘derecho judicial’ puede ser más importante que el ‘derecho legislativo’”, exatamente por essa sua função final.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Como descreve Niklas Luhmann: “Excedería el marco de una investigación sobre el sistema del derecho si se introdujera aquí una teoría elaborada de la decisión. Sin embargo, por el hecho de que la decisión del tribunal tiene una posición central em todo el sistema, resulta importante una cierta comprensión sobre el assunto: em este punto el sistema se vuelve em enigma”. Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Editorial Herder, p. 369).

¹⁴⁵ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder, p. 368)

¹⁴⁶ Ao afirmamos essa “sua função final” não pretendemos defender que a produção de normas jurídicas se interrompa nesse instante, pois esse movimento incessante das operações internas do direito positivo não cessa com a interpretação do Poder Judiciário e a definição de como deve ser entendida a “norma jurídica” objeto de análise, pois posteriormente, ainda deverá ser novamente interpretada em sua execução e/ou nas demais operações de aplicação dessa “nova” norma jurídica. Esse processo de geração de sentido será eterno e infinito, dado ao próprio caráter da interpretação e da aplicação de um “corpo de linguagem” como o é a norma jurídica em seu conteúdo de objeto cultural.

Em termos sempre rigorosos, Niklas Luhmann¹⁴⁷ elucida:

“La decisión tiene siempre que ver con una alternativa: uno o más senderos elegibles – los que, a su vez, contienen situaciones, acontecimientos y también subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión. Por consiguiente las decisiones subsecuentes no se podrían realizar sin una primera. Estas decisiones subsiguientes son previsibles dentro de márgenes muy restringidos, y si trata de una pluralidad de decisiones son, en definitiva, imprevisibles. Sin embargo, la decisión misma no es un componente de la alternativa: no es uno de los senderos. Por eso hay que suponer que la decisión es el tercio excluso de la alternatividad de la alternativa. Es la diferencia que constituye la alternativa, o con más precisión: es la unidad de esta diferencia.”

E ainda navegando na mesma corrente, nas lições de Misabel Derzi:¹⁴⁸

“A lei em que se fundamenta a sentença pode conter (e contém) apenas ‘sinais’, expressão utilizadas por Heiki Pohl para designar a possibilidade de sentidos diferentes dentro da cadeia de signos utilizados pela lei. As considerações de Riccardo Guastini de que a sentença cria a norma (apenas em sentido amplo), como resultado da interpretação das leis, sendo então tanto ato de aplicação, como de criação do Direito, não escondem o fato de que o juiz escolhe o melhor sentido, dentro do texto, do contexto e das técnicas de interpretação mais adequadas.”

Para o conjunto de decisões consubstanciadas em normas jurídicas, cuja interpretação e aplicação da norma como conteúdo normativo posto pelo Poder Legislativo, deu-se pelo Poder Judiciário na construção de uma nova norma jurídica, delimitando, dentre as alternativas existentes, uma forma de interpretação dos enunciados prescritos inseridos pelo legislador, denominamos “jurisprudência”. Contudo, a “jurisprudência”, por si só, não possui outra finalidade senão servir como “fonte interpretativa da lei”,¹⁴⁹ sendo utilizada como argumentação jurídica de imensa persuasão, mas nada mais além disso.

Em nossa empreitada dissertativa, o conceito de “jurisprudência” somente possui uma razão para passarmos a uma definição mais relevante para o nosso foco temático, o “precedente normativo judicial”, como uma espécie de “jurisprudência” que possui não apenas um peso persuasivo de repertório para interpretação do texto jurídico, mas impõe uma

¹⁴⁷ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2. edición en español. México: Editorial Herder, p. 369/370)

¹⁴⁸ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 256.

¹⁴⁹ O Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, emprega o termo “fontes” em “aspas” para esclarecer que apenas se refere a uma forma de orientação de origem para a interpretação da norma jurídica e não como “fonte do direito” em seu sentido científico (Tércio Sampaio Ferraz Junior. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246).

força normativa a ser considerada pelo sistema do direito positivo de uma maneira genérica e prescritiva. E sob a denominação de “precedentes judiciais”, Misabel Derzi¹⁵⁰ assevera com acerto, fazendo remissão a Heiki Pohl, que existem dois tipos de “precedentes”:

“(a) precedentes, que são jurisprudência, verdadeiros mandamentos de aplicação e de respeito, com caráter vinculativo, ou seja, proibição de desvio, de divergência. Essa espécie de jurisprudência configura a decisão uniformizadora da Corte hierarquicamente superior, que obriga os tribunais inferiores, se, possibilidade de modificação, pelas primeiras instâncias. Sua alteração advém tão-somente das decisões da Corte superior; e (b) precedentes como jurisprudência estabilizada, que não supõem necessariamente o princípio hierárquico, nem tampouco configuram proibição de divergência, mas são singelos mandamentos de recomendação para a consideração não solução de conflitos do mesmo grupo de casos similares.”

Nesse sentido definiremos como precedente normativo judicial a decisão uniformizadora dos Tribunais Superiores, no caso brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça – nas matérias infraconstitucionais – e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal – nos temas gerais de índole constitucional – cujo conteúdo normativo determina o critério de interpretação a ser dado à norma jurídica objeto de análise, funcionando como mensagem deôntica prescritiva para projetar o seu alcance, delineando a expectativa normativa do sistema jurídico e a segurança jurídica para a sociedade.

Dito isso, surge, no entanto, a indagação sobre os critérios de constituição do “precedente normativo judicial”. Quando estamos diante de uma simples jurisprudência sem essa conotação e em que momento essa decisão se transmuda em um “precedente normativo judicial? Em nosso sentir, a consolidação de uma jurisprudência para constituir um “precedente normativo judicial” deve ser considerada como a decisão definitiva – devidamente transitada em julgado – do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso ou concentrado, ou da Seção do Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹ nas situações de sua competência constitucional.

¹⁵⁰ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 255/256.

¹⁵¹ Reiteramos que o nosso foco de atenção cinge-se nas decisões emanadas em controle constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecermos que o “precedente normativo judicial” cabe perfeitamente para as decisões do Superior Tribunal de Justiça no âmbito de sua competência constitucional para analisar a legislação de inferior hierarquia, inclusive, dependendo do caso concreto, nada obsta que a discussão travada no Superior Tribunal de Justiça seja posteriormente objeto de recurso à Corte Suprema.

Seguimos o mesmo discurso de Misabel Derzi,¹⁵² ao novamente visitar Heiki Pohl, no sentido de que:

“Em resumo, uma jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, firmada pelo Supremo Tribunal Federal será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma jurídica. Concordamos com Heiki Pohl, quando diz que, para o reconhecimento da jurisprudência, como precedente, é desnecessário considerar: (I) o tempo decorrido, mas antes é mais importante saber se a decisão é final, irreversível, e tomada por Tribunal superior, instância máxima para exercer a jurisdição naquele campo de competências; (II) também é irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou repetidas em série.”

Como um objeto cultural em transformação, como subsistema específico do Macro-Sistema Social, o direito positivo não se cansa de se renovar em sua autopoiese, e o Poder Judiciário atua de forma constante nesse cenário, produzindo mutações normativas participando ativamente do processo de construção da norma jurídica e alterando o seu conteúdo ao delinear os limites de interpretação a ser conferida a determinada norma editada pelo Poder Legislativo, mas mesmo essa sua atividade judicante deve ser exercida com certas precauções e limites.

O direito positivo possui sua função de assegurar as expectativas normativas congruentes e generalizadas e a interpretação da norma jurídica se completa de maneira uniforme ao ser delineada em uma das alternativas possíveis nas decisões do Poder Judiciário, como mencionado, nos denominados precedentes normativos judiciais.

O precedente normativo judicial, em sua relação direta com a generalização de expectativas normativas congruentes, estabelece o núcleo de significação das normas jurídicas postas pelo Poder Judiciário, cujos símbolos linguísticos, evidentemente, já possuíam um campo de significação, no entanto, com a sua aplicação, principalmente em sede de uma decisão final por parte do Tribunal Superior, se completa por meio da indicação da alternativa interpretativa considerada como a orientação a ser seguida pelo direito positivo e, por conseguinte, pela sociedade.

Exatamente por isso, os Tribunais Superiores, diante do seu papel e dentro da sua competência normativa e institucional, devem se portar de forma a garantir a preservação das expectativas normativas e, por óbvio, da sociedade, considerando que as normas jurídicas são direcionadas à regulação do comportamento intersubjetivo. Em razão dessa constatação, não

¹⁵² Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 259.

se espera e confia que o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores em suas manifestações dessa natureza seja revisto ou alterado sem uma motivação realmente forte e necessária. Contudo, se isso ocorrer – e pode ocorrer diante da evolução natural da sociedade e das operações de autocriação do direito positivo em sua autopoiese – deve-se considerar algum limite? Algum critério deve ser seguido para implementar essa alteração do precedente normativo judicial? Cremos que sim!

Inexiste uma regra constitucional expressa a regulamentar o assunto em nosso sistema jurídico, mas podemos extrair de uma interpretação teleológica e sistemática que a função do direito positivo de preservar as expectativas normativas congruentes e generalizadas e do sobreprincípio da segurança jurídica como principal primado a realizar essa finalidade respaldam a premissa de imposição de critérios e limites para a mutação jurisprudencial de um precedente normativo consolidado, e nesse aspecto, o “direito adquirido” conforme definido anteriormente, serve como um dos parâmetros para a limitação temporal da mutação jurisprudencial. Isso não impede a concretização da modificação normativa, mas reduz o seu campo de irradiação de efeitos a fim de delimitar a sua aplicação para as situações jurídicas em curso.

6.2. Controle de constitucionalidade (difuso e abstrato) e a modulação dos efeitos da decisão

Em nosso sistema constitucional, o Supremo Tribunal Federal exerce a atividade de controle de constitucionalidade da norma jurídica em seu papel de guardião do texto constitucional. As formas de declaração da (in)constitucionalidade se dão por meio do denominado controle concentrado/abstrato, em que a Corte Constitucional julga diretamente a ação promovida por autoridades competentes devidamente indicadas no texto constitucional ou via difusa/concreta, cuja decisão¹⁵³ do Excelso Pretório se formaliza em um recurso extraordinário interposto pelas partes litigantes em sede incidental.

O controle abstrato de constitucionalidade representa a análise da norma produzida pelo STF, diante do seu conteúdo de complementação da interpretação da norma geral e abstrata editada pelo Poder Legislativo, operando efeitos *erga omnes*. E em relação ao controle concreto, a atuação da Corte Suprema efetiva-se em dado processo específico, num

¹⁵³ Estamos empregando o termo “decisão” nesse subitem no sentido de decisão final do Supremo Tribunal Federal decidindo o mérito da causa colocado a sua apreciação, seja no controle de constitucionalidade difuso/concreto, ou no controle de constitucionalidade concentrado/abstrato.

caso concreto colocado a sua apreciação, operando efeitos *inter partes*. Por seu turno, denominamos “concentrado” o controle exercido de maneira centralizada por um único órgão integrante do Poder Judiciário e “difuso” o controle praticado de forma diluída pelo Poder Judiciário em suas instâncias delimitadas pela estrutura orgânico-constitucional.

No Brasil, comumente associamos os controles concentrado e abstrato, ao mesmo tempo em que mencionamos os controles difuso e concreto conjuntamente, pois prevalece o nosso arcabouço jurídico de centralização do controle de constitucionalidade abstrato no Supremo Tribunal Federal, ao passo que os juízes podemos declarar a (in)constitucionalidade da norma jurídica nos casos concretos provocados pela sociedade por meio dos litígios instaurados desde a primeira instância do Poder Judiciário.

A instrumentalização para viabilizar o controle concreto de constitucionalidade na via difusa ocorre em vários tipos de ações judiciais,¹⁵⁴ mas a decisão proferida em caráter incidental, apesar de ser possível a sua formulação em espécies distintas de ações, possui sempre uma natureza declaratória. Da mesma forma, no controle abstrato de constitucionalidade pelo meio concentrado a sua formalização dar-se pelas (i) ações de declaração de constitucionalidade, (ii) ações de declaração de inconstitucionalidade e (iii) ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, no entanto, o cunho declaratório da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nos parece indiscutível.

Para o nosso foco, sem prejudicar a nossa linha metodológica, nos importa exatamente a natureza declaratória e constitutiva das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse momento, a fim de expor os limites e efeitos da mutação jurisprudencial. Nesse ponto, estamos com Misabel Derzi¹⁵⁵ que muito bem explana:

“É necessário diferenciar, específica e claramente, a eficácia material de uma sentença de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória (não raramente mista), que desencadeará efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, em diferentes graus de intensidade, na esfera jurídica das pessoas, que são parte no processo subjetivo. (...) No último caso, a partir da qualificação da coisa julgada, inerente à sua natureza, toda sentença será constitutiva. Constitutiva de quê? Constitutiva de uma expectativa normativa, *erga omnes*, que o Estado Democrático de Direito, assentado na segurança jurídica e na igualdade, provoca. Todos em situação igual, pertencentes

¹⁵⁴ Não pretendemos abordar em nossa dissertação os tipos de ações existentes no sistema jurídico brasileiro, uma vez que não perfaz o objetivo do nosso trabalho essa análise processual, mas apenas para constar, a doutrina pátria classifica as ações em: (i) cautelares; (ii) executivas e (iii) cognitivas, sendo que esta última se subdivide em três naturezas sob o prisma do provimento jurisdicional concedido na sentença: (i) condenatórias; (ii) constitutivas e (iii) declaratórias. As ações mandamentais são reconhecidas como um tipo *sui generis* de ação, sendo bastante ampla a divergência ao seu respeito.

¹⁵⁵ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 251.

ao mesmo grupo de casos, esperam obter, com justiça e em razão dela, o mesmo tratamento judicial as suas pretensões. Nesse sentido, tem razão Pontes de Miranda ao atribuir natureza constitutivo-negativa às sentenças de declaração de inconstitucionalidade.”

As decisões do Supremo Tribunal Federal constituem uma situação jurídica no caso concreto (controle de constitucionalidade difuso/concreto) e uma norma jurídica ao criar o direito positivo (ambos os controles de constitucionalidade), e ao mesmo tempo são declaratórias da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, gerando efeitos *ex tunc* em sua regra geral.

A natureza declaratória das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal decorre da interpretação dos enunciados prescritivos constitucionais em cotejo com a exegese sistemática dos princípios do sistema jurídico. A Constituição Federal, em seus artigos 102, inciso I, § 2.º, e artigo 103, *caput* e § 2.º aludem às ações relativas ao controle concentrado de (in)constitucionalidade como declaratórias, e a Lei 9.868/1999 dispõe no mesmo sentido ao regulamentar o enunciado prescritivo constitucional. Em regra, por serem de cunho declaratório, as referidas decisões retroagem no tempo com efeito *ex tunc*, mas diante da necessidade de observar os demais princípios do sistema, se permite a concessão de efeitos modulados no tempo a fim de preservar a segurança jurídica.

Aproveitando o escólio de Misabel Derzi,¹⁵⁶ novamente nos valemos de sua fonte:

“O caráter declaratório de tais decisões, assim extraído da própria Constituição, por inferência lógica, corroborada pelos textos clássicos já citados, acarreta então os tempos da eficácia *ex nunc*, que são inerentes àquelas sentenças ditas ‘declaratórias’. Em princípios, elas alcançam os efeitos dos fatos sucedidos no ‘agora que não mais se dá’ (passado) e atingem os fatos que estão no ‘agora que ainda não se dá’ (futuro). As exceções a tal lógica somente poderiam ser interpostas pela própria Constituição da República, que define as decisões advindas do controle como declaratórias, disciplinando sua natureza e seus efeitos. Ou, ainda, por decisão da própria Corte Suprema, que interpreta a Constituição e pode pesar e sopesar a sua estrutura, os valores e princípios que a comandam e a natureza de sua função, isto é, as razões de conveniência, de justiça e de segurança jurídica, atenuando os efeitos *ex tunc* desencadeados pelas decisões declaratórias proferidas.”

E esse efeito de retroatividade *ex tunc* atinge não apenas as decisões do Tribunal Magno no âmbito do controle concentrado/abstrato, como, outrossim, as suas decisões no dito controle incidental difuso/concreto, independentemente de disciplina própria, pois aludida interpretação decorre do texto constitucional e da natureza do papel atribuído ao Supremo

¹⁵⁶ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 238.

Tribunal Federal de definir a questão jurídica em curso sob o ângulo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.¹⁵⁷ No entanto, apesar da possibilidade da modulação de efeitos estar prevista na Lei 9.868/1999 somente para o âmbito de controle de constitucionalidade abstrato/concentrado, em prol de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, devemos prestigiar a mesma aplicação ao controle difuso/concreto. Conforme elucida Misabel Derzi,¹⁵⁸ fazendo remissão às contribuições de Gilmar Mendes ao comparar o modelo brasileiro ao norte-americano, por suas similaridades, assim afirma:

“A Corte Constitucional daquele País, passou a atenuar os efeitos *ex tunc* da decisão, como noticia Gilmar Mendes, ao argumento de que a Constituição nem tampouco proibiria, nem tampouco obrigaria o efeito retroatividade da decisão, que declara a inconstitucionalidade do ato. Naquela ordem jurídica, encimada por uma Constituição similar à nossa, que não define, nem expande ou limita efeitos à natureza da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, nem remete à legislação infraconstitucional a dosificação da competência da Corte Suprema, já conhecem decisões de efeitos variados (...) Veremos mais à frente, como explica Gilmar Mendes, que a limitação de defeitos nas declarações de inconstitucionalidade *incidenter tantum* é perfeitamente compatível com o modelo jurídico brasileiro e não provoca atritos incontornáveis com a técnica do controle abstrato/concentrado com o qual convive.”

O fato da declaração de (in)constitucionalidade se projetar para o passado, diante dos efeitos da sua decisão, não significa que esteja insusceptível a limites dependendo da análise do caso concreto. Exatamente por isso a Lei 9.868/1999, em seu artigo 27, invoca a “segurança jurídica” para dar proteção aos jurisdicionados e certeza nas relações jurídicas, assim como para estabilizar os aspectos temporais nas alterações das expectativas normativas preexistentes. A modulação de efeitos representa uma forma de instrumentalizar a “segurança jurídica” na hipótese de estar-se diante de situações que demandem essa precaução do Poder Judiciário no momento do exercício da sua atividade judicante.

Como expressão maximizada da normatividade, o precedente normativo judicial deve ser construído com o rigor necessário que a sua inserção no sistema requer, i.e, por consistir em uma mensagem prescritiva comunicacional a delinear os limites de interpretação possível da norma jurídica, dando um significado a ser seguido pelo sistema e pela sociedade, encontra

¹⁵⁷ “A eficácia *ex tunc*, assim concebida para as sentenças proferidas nas ações de controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, é de igual modo e tempo a mesma, própria do controle incidental, difuso e concreto. (...) Também nos EUA, o modelo de controle difuso, que foi repetido entre nós de forma aparentada, em princípio, somente gera efeitos *inter partes*, importando o reconhecimento da inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*.” (Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 239/240).

¹⁵⁸ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 240/241.

na modulação dos efeitos uma arma a ser utilizada em momentos de potencial infringência à “segurança jurídica” e no caso da mutação jurisprudencial, isso deve ser elevado à máxima potência, pois a ruptura causada pela alteração do entendimento das Cortes Superiores mostra-se como uma decisão de sensibilização dos sistema jurídico em sua função de preservação das expectativas normativas, podendo acarretar em uma grave lesão à “segurança jurídica” em suas dimensões material e formal e ao “direito adquirido” em nosso sistema de referência. E será exatamente essa a nossa análise no próximo e último capítulo.

7. ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO DIREITO TRIBUTÁRIO: A PRAGMÁTICA DO DISCURSO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB O PRISMA DO DIREITO ADQUIRIDO

O nosso percurso científico possui como corte a análise pragmática de casos no âmbito do Direito Tributário, no intuito de observar as mutações jurisprudenciais na seara das decisões que versam sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas jurídicas envolvendo a fenomenologia das prestações pecuniárias decorrentes de obrigação legal que não constituam ato ilícito, ou seja, nos denominados “tributos”. Sob esse prisma, propomos defender a possibilidade de aplicação da segurança jurídica como direito adquirido dos contribuintes em certas situações de mutação jurisprudencial e para tanto, precisaremos avaliar um caso prático da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da cuidadosa pesquisa jurisprudencial realizada, não encontramos um caso prático que se enquadre exatamente no nosso discurso científico na incidência da norma acerca do direito adquirido, ao menos sob o manto do nosso sistema de referência, mas para não passar *in albis* essa relevante contribuição pragmática, abordaremos algumas discussões jurídicas que nos parecem interessantes para demonstrar o efeito da aplicação das nossas premissas no âmbito da realidade jurisprudencial brasileira.

O nosso objetivo não consiste em discorrer sobre o mérito do julgado da Corte Suprema, mas tão somente comentar se a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal se subsume ao nosso conceito de uma mutação jurisprudencial de um precedente normativo judicial a ser respaldado pelo direito adquirido como manifestação da segurança jurídica em seus aspectos material e/ou formal.

7.1. IPI – Crédito presumido – isenção / alíquota zero / não tributado

A discussão sobre o direito ao crédito presumido de IPI nas aquisições de produtos isentos, não tributados e sujeitos à alíquota zero do imposto remonta ao passado, surgindo da sua analogia com o mesmo princípio da não-cumulatividade do ICMS, em que houve a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao crédito em operações de não incidência e isentas.

O Supremo Tribunal Federal, à luz da Carta Política anterior, reconheceu aos contribuintes o direito de crédito de ICMS em operações isentas, diante da ausência de previsão constitucional a vedar o uso desse crédito escritural. Posteriormente, considerando a decisão emendada pelo Supremo Tribunal Federal, sobreveio a Emenda Constitucional 23/1983, denominada de Emenda Passos Porto, a fim de proibir o creditamento do imposto estadual nas operações subsequentes, no caso de aquisição de mercadorias com isenção.

Com a entrada do novo sistema constitucional, por meio da Constituição Federal de 1988, a previsão do artigo 155 denunciava a vedação expressa ao crédito do ICMS nas situações indicadas no parágrafo anterior, mas o legislador constituinte permaneceu silente no pertinente ao IPI. Esse cenário foi suficiente para criar uma série de embates jurídicos no Poder Judiciário brasileiro no sentido de aplicar a posição consolidada no Supremo Tribunal Federal em relação ao ICMS para os casos de IPI, empregando o mesmo raciocínio da prevalência do princípio da não-cumulatividade e sua finalidade de reduzir o efeito cumulativo e o impacto financeiro na cadeia produtiva.

Durante o regime constitucional imposto pela Carta Magna de 1988, a discussão foi focada para o IPI, e a tese lançada pelos contribuintes atingiu o órgão máximo do Poder Judiciário para pacificação do tema, tendo em vista o óbice imposto pela Receita Federal. O caso-líder (RE 212.484-2) foi julgado pelo STF, em 05 de março de 1998, com decisão favorável ao contribuinte em controle de constitucionalidade difuso/concreto, sendo vencido somente o então Ministro Ilmar Galvão, cujo entendimento era de negativa do referido direito ao crédito. Com o trânsito em julgado em 10 de dezembro de 1998, o sistema do direito positivo passou a contar com uma norma jurídica produzida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a isenção daria direito ao crédito presumido de IPI na etapa seguinte, i.e, a aquisição de um produto industrializado isento, renderia ensejo ao crédito na entrada do produto no estabelecimento comprador, assegurando assim a efetiva aplicação finalística do princípio da não-cumulatividade.

A expectativa normativa generalizada e congruente constituída pelo precedente normativo judicial (acórdão transitado em julgado do RE 212.484-2), diante do fato de ser uma decisão de última instância proferida em sede de julgamento do plenário do STF com trânsito em julgado formalizado, não apenas preservou o sistema do direito positivo em sua função de estabilização, como estabeleceu um marco de expectativas normativas da sociedade, que passou a compreender o direito positivo com a consolidação da norma jurídica

de direito ao crédito de IPI nas aquisições de produtos isentos, fruto da decisão normativa do Excelso Pretório.

Eis uma ligeira observação: o posicionamento sufragado pelo STF no RE 212.484-2 somente analisou a fenomenologia da isenção e o direito ao crédito do imposto em aquisições de produtos isentos! Não por outro motivo, os contribuintes iniciaram, paralelamente, uma discussão ampliada a respeito do princípio da não-cumulatividade do IPI e os respectivos direitos a crédito em operações ditas similares à isenção, como a alíquota zero e os insumos não-tributados.

Em 18 de dezembro de 2002, analisando o RE 350.446-1, a Corte Suprema definiu o seu entendimento a respeito do direito ao crédito sobre os produtos adquiridos em operações sujeitas à alíquota zero, via acórdão prolatado em sessão plenária com apenas um voto vencido novamente do Ministro Ilmar Galvão. A despeito de uma alteração na composição do Supremo Tribunal Federal, os ministros reafirmaram o direito ao crédito na isenção e se posicionaram sobre o caso da alíquota zero de maneira favorável aos contribuintes.

Além de inúmeras decisões monocráticas e de julgamentos de Turmas do STF, ainda sobreveio o acórdão extraído dos Embargos de Declaração no RE 357.277-6, em 15 de fevereiro de 2007, em que o Plenário da Corte Magna reiterou sobredito entendimento.

Contudo, ambos os precedentes mencionados, não se formalizaram em coisa julgada, por ausência de trânsito em julgado das decisões do Supremo Tribunal Federal, eis que foram desafiados por Embargos de Declaração por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, por isso, não foram consolidados como precedentes normativos judiciais, incorporando a expectativa normativa do sistema e da sociedade.

Ainda no seio de uma ampla discussão jurisprudencial e de um confronto jurídico entre os contribuintes e a União Federal, paralelamente ao RE 357.277-6, o Excelso Pretório alterou o seu posicionamento ao julgar o RE 370.682-9, em que o Plenário do STF, por maioria simples, se posicionou desfavoravelmente ao contribuinte ao entender ser improcedente o pleito de direito ao crédito de IPI nas aquisições de produtos não tributados e sujeitos à alíquota zero.

Em que pese o acórdão proferido nos autos do RE 370.682-9 ainda pender a análise de Embargos de Declaração, acreditamos que esse histórico sirva de paradigma relevante para a aplicação das nossas definições e conclusões como um caso prático.

As perguntas a serem colocadas para reflexão e conclusão seriam: o acórdão do RE 212.484-2 poderia ser considerado como um “precedente normativo judicial”? E o acórdão do

RE 350.446-1? Além disso, o acórdão do RE 370.682-9 poderia ser entendido como uma “mutação jurisprudencial”? E dentro dessas assertivas, como se manifestaria o sobreprincípio da segurança jurídica em sua manifestação como direito adquirido?

Empregando as nossas premissas e definições, entendemos que a decisão do STF prolatada no RE 212.484-2 constituiu um verdadeiro precedente normativo judicial, visto que ambos os requisitos para tanto foram observados: **(i)** decisão plenária do Supremo Tribunal Federal e **(ii)** trânsito em julgado da respectiva decisão proferida. Entretanto, cumpre um alerta: o precedente normativo judicial proveniente do julgado do RE 212.484-2 somente se consolidou como expectativa normativa congruente e generalizada no tocante à norma jurídica inserida no sistema do direito positivo pelo STF na parte do direito ao crédito presumido de IPI decorrente de aquisições de produtos isentos. Isso significa que as operações com insumos não tributados e sujeitos à alíquota zero não formaram uma consolidação de expectativas normativas, posto não terem sido objeto do caso concreto.

No caso específico do acórdão do RE 350.446-1, sem prejuízo da constatação do primeiro requisito, visto que o julgamento se deu por meio do Pleno da Corte Suprema, o referido acórdão não transitou em julgado, configurando, no máximo, um precedente puro e simples como decisão de enorme cunho persuasivo e de influência meramente argumentativa.

Inclusive, a discussão sobre a configuração de uma consolidação jurisprudencial, não sob o enfoque dado em nossa dissertação, mas da mesma forma relevante para a compreensão do tema, foi dirimida no mesmo sentido pelo Supremo Tribunal Federal. Em meio ao julgamento do mérito propriamente dito, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem a fim de debater a possibilidade de se conceder efeitos prospectivos à decisão, pois em seu sentir, estar-se-ia, com o julgamento do RE 370.682-9, diante de um verdadeiro caso de alteração de jurisprudência dominante,¹⁵⁹ com as seguintes colocações:

“Senhora Presidente, na última Sessão em que os presentes recursos vieram a julgamento, tendo em conta a alteração – pela maioria de um voto apenas – na jurisprudência até agora assentada por esta Corte sobre o direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é isenta, não tributada ou sobre a qual incide a alíquota zero, submeti questão de ordem a este egrégio Plenário para que ele decidisse sobre a possibilidade de conceder-se efeitos prospectivos às decisões que deram guarida ao inconformismo da Fazenda Pública no tocante à polêmica questão.

(...)

Bem, como é do conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18.12.2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob

¹⁵⁹ Em nosso sistema de referência denominamos “precedente normativo judicial”.

exame. E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.

(...)

Não é por outra razão que Karl Larenz, ao tratar da importância dos precedentes pretorianos e da construção daquilo que denomina de *Direito judicial*, lembra que:

‘(...) existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial (...).’

(...)

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

(...)

Por essas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as consequências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social.”

Apesar da sua exposição clara, os Ministros do Supremo Tribunal Federal seguiram a corrente no sentido de não aplicar a modulação de efeitos na decisão do RE 370.682-9, simplesmente pelo fato de que os acórdãos anteriores não foram proferidos em sessão plenária e os paradigmas do pleno – notamente o RE 350.446-1 – ainda não havia transitado em julgado, e portanto, não configurou uma jurisprudência dominante consolidada. Eis trechos dos votos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, respectivamente:

“O Senhor Ministro Eros Grau: (...) Mas não é só. Aqui também não cabe cogitarmos de qualquer ordem à segurança jurídica. Recebi em meu gabinete memorial da Procuradoria da Fazenda Nacional no qual se demonstra que nenhuma decisão a respeito do tema, a alíquota zero, transitou em julgado. Como se falar, destarte, em mudança de jurisprudência que jamais foi fixada? Isso consubstanciaria um autêntico *non sense*. Não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este Tribunal. O argumento de que existiria ‘jurisprudência pacífica’ mesmo quando as decisões não tenham transitado em julgado – e nenhuma delas transitou em julgado! – é quase ingênuo. O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência. Não houve, no caso, mudança de jurisprudência desta Corte, visto que ela – essa jurisprudência – não fora estabelecida.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – (...) O primeiro acórdão a ser publicado foi o do RE 350.446 (DJ de 06.06.2003). Nenhum dos acórdãos dos casos-líder transitou em julgado, já que pendia julgamento de embargos de declaração em todos eles.

Contudo, cerca de três meses após a sessão de julgamento do caso-líder (RE 350.446 – 18.12.2002) e mesmo antes da publicação do respectivo acórdão (06.06.2003), a Primeira Turma decidiu, na sessão de 25.02.2003, reexaminar a matéria no Plenário da Corte, como se lê no despacho proferido nos autos do RE 363.777 (DJ de 14.05.2003).

(...)

Entrementes, as autoridades fiscais sempre se opuseram ao reconhecimento do pretense direito ao aproveitamento de créditos em operações de aquisições tributadas por alíquota zero. O entendimento fiscal era notório, porquanto amplamente divulgado nos meios técnicos (c.f., v.g., o Parecer PGFN 45/2003) e pela imprensa especializada. Ademais, registra-se que a Fazenda interpôs recursos de todas as decisões proferidas pela Corte com base no caso-líder (RE 350.446).

O quadro exposto é definido, em resumo, pela possibilidade de a reversão da jurisprudência ter se fixado e de ter sido confirmada em pouco tempo (respectivamente, cerca de três meses após a sessão de julgamento e cerca de um ano e oito meses após a publicação do acórdão). Ademais, o quadro também era marcado pela falta de estabilização do precedente (trânsito em julgado, resolução do Senado, súmula vinculante), bem como pela inequívoca resistência do Fisco à pretensão do contribuinte.

Diante do exposto, considero inadequada a modulação temporal dos efeitos da decisão da Corte que reconheceu a constitucionalidade da vedação ao crédito pretensamente oriundo das operações de aquisição de bens tributados com o IPI à razão de alíquota-zero.”

Nas palavras de Misabel Derzi,¹⁶⁰ “importante observar que foi exatamente a ausência de uma expectativa consolidada, por ausência de coisa julgada, o fator decisivo, segundo a maioria dos votos proferidos, que afastou a atribuição de efeitos prospectivos à decisão”.

Nesse sentido, houve sim uma alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mas nada que possa servir como alegação de uma verdadeira mutação jurisprudencial de precedente normativo judicial, portanto, os limites para sua formalização são potencialmente preservadas pela segurança jurídica em sua expressão de proteção à confiança legítima ou boa-fé objetiva¹⁶¹ e não ao direito adquirido propriamente dito. E sendo assim, não consiste em motivo para nossas incursões mais aprofundadas.

¹⁶⁰ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 305.

¹⁶¹ Misabel Derzi comenta que “do ponto de vista do contribuinte, outros direitos e garantias fundamentais como segurança, irretroatividade, confiança e boa-fé deveriam ter sido suscitados. Todos esses princípios, no entanto, estão em conexão dependentes, são expressão do Estado de Direito, da Democracia e da Justiça e somente poder ser compreendidos, se tivermos claras a sua diferenciação, formação e caracterização no tempo.” (Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 305). E ainda o Min. Ricardo Levandowski se pronunciou nos autos do RE 370.682 defendendo que “ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta

Então, e o direito adquirido, como poderia ser vinculado à hipótese prática sob exame? O caso do direito adquirido merece uma reflexão mais detida. Conforme abordamos, compreendemos o direito adquirido como uma mensagem prescritiva que atua no âmbito do direito intertemporal, e como manifestação da segurança jurídico no sistema do direito positivo, possui como conteúdo normativo a preservação das situações jurídicas transactas em caso de alterações normativas.

Como superamos a ideia de que o direito adquirido apenas incidiria em casos de alterações legislativas, no sentido estrito de “leis”, para extrair do seu alcance semântico as normas jurídicas produzidas no sistema do direito positivo em sua amplitude, inclusive as normas construídas pelo Poder Judiciário, desde que representem um precedente normativo judicial, nada obsta que possamos prosseguir a analisar a (in)aplicação da nossa definição de direito adquirido.

7.2. Pressupostos para a aplicação do direito adquirido nas mutações jurisprudenciais tributárias

Se o direito positivo possui como função assegurar as expectativas normativas congruentes e generalizadas, e as normas jurídicas como elementos constitutivos do sistema jurídico visam exatamente estabelecer um processo comunicacional de mensagens deonticas com referido desiderato, o princípio da segurança jurídica possui papel preponderante nesse conjunto prescritivo, pois a sua essência refere-se exatamente a esse núcleo de proteção da estabilidade da positividade e da previsibilidade a sustentar a preservação das expectativas normativas. O direito intertemporal recebe foros de elevada intensidade no modelo luhmanniano, a ponto de Niklas Luhmann¹⁶² afirmar “la dimensión *temporal* como base de la función del derecho” e no mesmo diapasão ainda apostila que:

“Al seleccionar estos conceptos – que son centrales para la comprensión de los sistemas sociales –, se corre el riesgo de desconocer las singularidades del derecho. Toda la ventaja de enfocar una función única (o por lo menos primaria) se paga con la sobrecarga de las equivalencias funcionales, y esto trae por consecuencia que la

o próprio Estado Democrático de Direito, proponho que se confira efeitos ex nunc as decisões proferidas nos REs 353.657 e 370.682”.

¹⁶² Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2. edición en español. México: Editorial Herder, p. 182)

diferenciación del derecho se capte solo en el plano de las profesiones o de las organizaciones.

(...) Evitaremos esta controversia mediante una reorientación del problema situándolo en la dimensión temporal. El significado social del derecho lo reconocemos cuando hay consecuencias sociales debido precisamente a que se han podido estabilizar las expectativas temporales.”¹⁶³

O direito adquirido, como manifestação do sobreprincípio da segurança jurídica atua exatamente no direito de transição, alicerçado na proposta de Celso Antonio Bandeira de Melo sobre o assunto. A irretroatividade se dirige para o passado, protegendo as expectativas normativas consolidadas no pretérito, enquanto a coisa julgada projeta-se para o futuro, em seu papel de imutabilidade para amparar as expectativas normativas consolidadas frente às alterações do porvir. E o direito adquirido? O direito adquirido consiste na guarida das expectativas normativas em pleno regime de mutação constante, garantindo a eficácia da expectativa normativa na medida da sua estabilização durante o processo de transformação.

Em prol do direito adquirido, deve-se respeitar o regime de transição, de modo a resguardar os fatos ocorridos no passado, em que a condição exigida para a fruição de um direito projetado para se concretizar no futuro foi exercitada mediante a salvaguarda de expectativas normativas devidamente concretizadas pelo direito positivo.

Considerando as nossas premissas e definições, o Supremo Tribunal Federal, mesmo em seu controle de constitucionalidade difuso/concreto, ao resolver a lide em prol de um contribuinte determinando a inconstitucionalidade da norma, o faz delimitando um conteúdo de significação semântica para os enunciados prescritivos existentes no sistema, e mesmo possuindo o veículo introdutor dessa norma efeitos meramente entre as partes, gera um campo de magnetismo por meio de uma mensagem comunicacional prescritiva irradiando expectativas normativas no ordenamento e para a sociedade, caso a sua decisão seja proferida com o preenchimento dos requisitos para a concretização de um precedente normativo judicial. Essa norma jurídica produzida pelo STF pressupõe a estabilização do seu posicionamento e demanda a sua permanência como interpretação a ser seguida. Como pontifica Niklas Luhmann:¹⁶⁴

“Es evidente que todas las operaciones sociales emplean tiempo. Aun cuando cada comunicación individual dure solo um instante (e incluso cuando tiene duración

¹⁶³ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2. edición en español. México: Editorial Herder, p. 182/183)

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 183/184.

porque desaparece de inmediato en el momento en que se realiza), para su determinación depende de un entramado comunicacional que recurre al tiempo; es decir: debe referirse a comunicaciones ya ocurridas y a posibles enlaces futuros. Toda comunicación fija el tiempo en el sentido que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación. De esto hay que distinguir la fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas. A esta fijación de sentido de un sistema de comunicación le llamaremos semántica. Sólo un almacenamiento semántico que se destina al uso repetido conduce a consolidaciones em el tiempo”

Como a norma contida no precedente normativo judicial possui esse condão de estabilização das expectativas normativa, se os demais contribuintes ingressarem com uma ação judicial individual, em decorrência da norma jurídica produzida pelo STF em controle difuso em prol de um contribuinte específico, desde que essa decisão constitua um precedente normativo judicial, o sistema jurídico deveria reconhecer a mesma mensagem prescritiva comunicacional, a fim de preservar as expectativas normativas do próprio direito positivo e da sociedade.

Entretanto, caso o entendimento do STF seja alterado, diante de uma mutação jurisprudencial, as situações jurídicas transactas, consubstanciadas nas demandas judiciais ainda em curso deveriam ser garantidas pelo “direito adquirido”, como manifestação da “segurança jurídica” a assegurar as expectativas normativas em momento de transição, i.e., a nova norma jurídica produzida pelo STF (mutação jurisprudencial) não deveria ser aplicada nos casos pendentes, diante do direito adquirido (situação jurídica transacta) alicerçado pelas expectativas normativas congruentes e generalizadas surgidas no ordenamento jurídico em razão do precedente normativo judicial anteriormente favorável aos contribuintes.

As situações jurídicas em curso, *in casu*, consistem nas demandas judiciais promovidas pelos contribuintes que aguardam um desfecho pelo Poder Judiciário. Não um desfecho indefinido, mas sim, aguardam, com expectativas legítimas e consolidadas, a produção de uma mesma norma jurídica similar à norma introduzida pelo precedente normativo judicial primeiramente produzido. E o instrumento para assegurar essas expectativas normativas reside na modulação dos efeitos da decisão a caracterizar a mutação jurisprudencial. O “direito adquirido” seria a motivação, para nesses casos, ser aplicada a modulação de efeitos como instrumentalização da preservação das expectativas normativas nas situações jurídicas em curso (direito adquirido).

Nesse sentido, no processo desencadeador da mutação jurisprudencial, aplicam-se os efeitos prospectivos da alteração jurisprudencial para os fatos jurídicos tributários futuros, em prol dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que como relembra Misabel

Derzi¹⁶⁵ “são tratados como princípios constitucionais na Alemanha, fruto da segurança jurídica e do Estado de Direito”. E os contribuintes que possuíam ações judiciais em curso ainda não julgadas? Para Misabel Derzi,¹⁶⁶ a regra permanece sendo de aplicação dos princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva e conjugados com o primado da irretroatividade, como se observa do seguinte trecho:

“Quando as promessas públicas são traídas, a questão que se põe, de forma consistente, é: o que deverá atenuar as frustrações relativas àquilo que se teria alcançado, se não tivesse havido a intervenção do Estado (a modificação da jurisprudência), abortando-se a promessa, o incentivo, o benefício. Tecnicamente, não se deve falar em vedação de retroação, mas antes de confiança a proteger e de boa-fé objetiva:

(...)

(f.2) as conseqüências serão parcialmente positivas, mantendo-se a jurisprudência anterior, introdutora da confiança, apenas em relação aos fatos jurídicos pretéritos, sem estender a garantia aos pendentes;

(g) a conjugação do princípio da irretroatividade e da proteção da confiança à boa-fé objetiva será adequada para tratar os casos concretos, em que os contribuintes, efetivamente, estejam em juízo.”

Contudo, em nosso sistema de referência, o caso dos contribuintes com ações judiciais efetivamente em curso se enquadra nas situações jurídicas em curso suscetíveis à proteção pelo “direito adquirido” diante da preservação das expectativas normativas criadas pelo precedente normativo judicial, em sua significação garantidora das situações jurídicas transactas no âmbito da intemporalidade do direito. Os aludidos contribuintes devem receber o mesmo tratamento do precedente normativo judicial favorável em cotejo com a decisão da alteração normativa, reconhecendo-se o seu direito para o passado e negando-se o seu direito da data do julgamento do novo caso (decisão desfavorável – mutação jurisprudencial) para frente. Esse sentimento de preservação dessas situações jurídicas transactas, para cuja proteção Misabel Derzi clama pelos princípios da confiança legítima e da boa-fé objetiva nos parece sem presente nas discussões atuais, apesar de nunca ter sido cuidada com afincos e no patamar de um instituto presente expressamente no altiplano da Constituição Federal, como a nova vertente que se pretende conceder ao “direito adquirido”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. XVIII.

¹⁶⁶ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 598.

¹⁶⁷ O Poder Judiciário, em alguns casos, a despeito de não impor essa mesma definição e alcance pragmático para o “direito adquirido”, reconhece a proteção de situações jurídicas ditas

Como enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello, “da nova perspectiva sugerida para enfrentamento do tema do direito adquirido nem ao menos se poderia dizer que abriga em si completas novidades ou noções escoteiras na doutrina ou no direito positivo”,¹⁶⁸ pois nada mais significa do que dar um conteúdo semântico correto e representativo para uma categoria jurídica (“direito adquirido”) por vezes mencionada de maneira abstrata ou tautológica, pois como ainda observa o aludido administrativista de forma quase elementar, “os direitos adquiridos, como regra, têm sempre encontrado proteção, ainda que não na forma evolutiva que vimos a sugerir – até porque as partes a quem interessaria não propõem de tal modo”.¹⁶⁹

Nos sábios ensinamentos de Niklas Luhmann¹⁷⁰ encontramos uma guarida confortável no sentido de que:

consolidadas. No julgamento do RE 566.621/RS, ao apreciar o “leading case” da inconstitucionalidade da LC 118/05 e sua aplicação retroativa para o cômputo do prazo de cinco anos para a repetição de tributos, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, em voto da Ministra Ellen Gracie, utilizou como critério para o corte de incidência da aludida lei complementar as ações ajuizadas durante a sua *vacatio legis*, com a seguinte fundamentação: “se, de um lado, não haveria dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constituiria imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também seria certo que teria este abrangência maior e que implicaria resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça. Assim, o julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois desses conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à Justiça. (...) De igual modo, não seria possível fulminar, de imediato, prazos então em curso, sob pena de patente e direta violação à garantia de acesso ao Judiciário.” (RE 566.621/RS – Tribunal Pleno – julgamento pendente de conclusão). E ainda observa-se essa inclinação de assegurar determinadas garantias das situações jurídicas consolidadas, mesmo sem se referir ao “direito adquirido”, no seguinte trecho de julgamento a respeito da concessão de aposentadoria especial em certo caso concreto: “Destacou que o art. 54 da Lei 9.784/99 teria vocação prospectiva, ou seja, o prazo de 5 anos nele fixado teria seu termo inicial na data em que a lei começou a vigor. Entretanto, frisou que a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica seria bem anterior à Lei 9.784/99 e ele é que tornaria compatível com a Constituição o art. 54 desse diploma quando confrontado com o princípio da legalidade. Dessa forma, as situações que se constituíram anteriormente à entrada em vigor ao art. 54 deveriam ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como o princípio de proteção à confiança ponderado justamente com o princípio da legalidade. Ao salientar que a aposentadoria se dera em 1998, concluiu que sua invalidação, em 2004, ofenderia os princípios da segurança jurídica e da boa-fé na exata medida em que tenderia a desfazer uma situação jurídica subjetiva estabilizada por prazo razoável e de vital importância para o servidor, o qual se aposentara na presunção de validade do ato administrativo.” (MS 25116/DF – Ministro Ayres Britto).

¹⁶⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

¹⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

¹⁷⁰ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. (Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2. edición en español. México: Editorial Herder, p. 186/187).

“Esta relación que mantiene la función del derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización, que es propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas *simbólicamente* generalizadas. Con ello no sólo producen indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser translúcido: el futuro. Mediante las simbolizaciones, como bien se sabe por la religión, la sociedad produce estabilidades y sensibilidades específicas. Se confía en el símbolo porque lo que se quiere designar no se puede ver.”

Ao se partir de Niklas Luhmann na generalidade da função do direito positivo como subsistema a preservar as expectativas normativas, passando pelo sobreprincípio da “segurança jurídica” como valor jurídico a assegurar a sociedade contra as inconsistências do tempo, atingimos o ápice no “direito adquirido” como manifestação do aludido primado na condição de protetor das situações jurídicas transactas, visualizamos no mesmo tom nas colocações de Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas ponderações nos fazem refletir que “não há nada nestas assertivas que deva surpreender se se leva em conta que em inúmeras situações é normal a aquisição parcial do direito à medida que, no transcurso do tempo, vão se implementando paulatinamente os requisitos para desfrute de um direito cuja completude só se dá ao cabo de certo lapso temporal”¹⁷¹. Pois bem, o “direito adquirido” atua exatamente nessa frequência e a norma produzida pelo STF no precedente normativo judicial visa transmitir as mensagens comunicacionais dêonticas a formalizar uma simbologia com conteúdo normativo a estabilizar as expectativas normativas e as situações jurídicas transactas merecem a tutela do “direito adquirido”, *in casu*, diante da existência de ações judiciais em curso de contribuintes que aguardavam a concretização das expectativas normativas criadas pelo sistema para imprimir a mesma norma nas suas situações jurídicas transactas.¹⁷²

E os demais contribuintes que não entraram com ação? Esses não exerceram o mínimo de requisito legal para a concretização da situação jurídica protegida, cuja condição representa a provocação do Poder Judiciário para realizar a confirmação das expectativas normativas, não subsistindo uma situação jurídica transacta a perseguir um itinerário temporal para a

¹⁷¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

¹⁷² Ainda no quadrante de Celso Antônio Bandeira de Mello “insta recordar esta noção singela de que os acontecimentos, as situações, os atos, *não possuem, em si mesmos, qualquer virtude jurídica. As normas é que qualificam tais ou quais situações, fatos e atos, irrogando-lhes este ou aquele efeito*; inculcando-lhes esta ou aquela importância, deferindo-lhes tal ou qual relevo. Em uma palavra: os fatos e atos, os acontecimentos e situações, são neutros. O Direito é que lhes imputa uma dada significação.” (Celso Antônio Bandeira de Mello – In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009 – p. 28).

formalização de uma norma individual própria a assegurar os seus direitos. E então porque os outros contribuintes com ações em curso possuem o “direito adquirido”? Porque eles ingressaram com uma ação com uma expectativa normativa legítima devidamente generalizada pelo Poder Judiciário, convergindo o sistema jurídico a adotar as mesmas decisões nos demais casos idênticos, e não podem ser penalizados pela morosidade do Poder Judiciário, que poderia ter concedido a mesma decisão aos seus respectivos casos se não houvesse uma delonga no transcurso de prazo temporal para o processo alcançar a sua esfera máxima no mesmo Tribunal Supremo, ou pela ausência de pró-atividade do STF na edição de uma Súmula, pois à referida Corte Magna se atribuiria a legitimidade para fazê-lo no momento da primeira decisão favorável (precedente normativo judicial), gerando efeitos vinculativos de forma geral.¹⁷³

Dessa forma, os pressupostos para a aplicação do direito adquirido nas mutações jurisprudenciais tributárias são: **(i)** a prolação de um precedente normativo judicial, **(ii)** a sua mutação por meio de um novo precedente normativo judicial contrário, e **(iii)** o preenchimento de uma condição ou termo que represente a expectativa normativa generalizada e congruente em uma situação jurídica transacta, i.e, uma linha objetiva que possa ser utilizada como parâmetro no direito intertemporal para assegurar a incidência da norma jurídica anteriormente conferida pelo precedente normativo judicial primevo em detrimento da norma jurídica inserida pela alteração jurisprudencial posterior, *in casu*, a existência de uma ação judicial.

No caso concreto do IPI (mutação jurisprudencial do RE 370.682-9 x decisão favorável aos contribuintes no RE 350.446-1), evidentemente não houve um direito adquirido

¹⁷³ A Corte Suprema sinalizou em alguns casos a possibilidade de estabelecer o processo judicial proposto e em curso como critério de diferenciação de “situações jurídicas”, a teor do Informativo 580 “(...) com base no princípio da segurança jurídica, tendo em conta que passados quase 22 anos de vigência da CF/88, nos quais vários concursos foram realizados com observância daquela regra geral, propôs que a decisão somente se aplique aos concursos para ingresso nas Forças Armadas iniciados a partir deste julgamento, preservado o direito daqueles que já tenham ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico da que ora se examina. Ainda determinou expedição de ofício à recorrente para cumprimento de decisão proferida em primeira instância, inclusive quanto ao direito do ora recorrido de ter acesso às informações sobre a sua situação. Em divergência, o Min. Dias Toffoli deu provimento ao recurso, e reputou recepcionada pela CF/1988 a Lei 6.880/1980, ao fundamento de ali se tratar de questões relativas à natureza específica das corporações militares, ou seja, questões relativas a critérios de idade, de condições físicas. Asseverou, assim, que a Lei 6.880/80 teria regulamentado a matéria na forma como exige o art. 142, § 3º, X, da CF, e que o legislador ordinário poderia estabelecer critérios gerais e determinar ao regulamento que fixasse outros critérios, em razão da especificidade das Forças Armadas e das características e dos critérios necessários ao ingresso nas Armas. Pede vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.” (RE 572499/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, 25.03.2010).

a ser protegido pelo Supremo Tribunal Federal em sua reversão jurisprudencial, por ausência da caracterização de um precedente normativo judicial na hipótese do direito ao crédito de IPI nas operações de aquisição de produtos sujeitos à alíquota zero e não tributados, ou uma modificação do entendimento da Corte Suprema para o tema das isenções, portanto, a alteração do posicionamento do STF não enseja a guarida do direito adquirido.

Contudo, realizando uma projeção hipotética, apenas para explicar a nossa linha de raciocínio, podemos tentar impor a seguinte situação exemplificativa: supondo que o acórdão RE 370.682-9 houvesse adentrado no assunto do direito ao crédito de IPI nas operações de aquisição de produtos isentos, alterando o posicionamento do STF consolidado no RE 212.484-2, quais seriam os efeitos dessa decisão e a sua relação com o direito adquirido?

Com a formalização do precedente normativo judicial do RE 212.484-2, deu-se a entrada da norma jurídica de consolidação de expectativas normativas do sistema do direito positivo e da sociedade, passando o ordenamento jurídico a transmitir uma mensagem do direito ao crédito de IPI nas operações de isenção. Essa norma jurídica determina um limite de compreensão esposado pelo Supremo Tribunal Federal de como o sistema deve reagir a situações enquadradas no mesmo caso, e como a sociedade deveria orientar as suas relações com o Fisco Federal, servindo como fundamento para inúmeras outras normas individuais e concretas no sistema. Ao longo dos anos, como a decisão do Excelso Pretório em sede de controle de constitucionalidade difuso/concreto não possui efeito *erga omnes* e não houve Resolução do Senado Federal atribuindo esse mesmo efeito, os contribuintes iniciaram uma série de investidas rumo ao Poder Judiciário para obter o mesmo provimento jurisdicional, i.e, para a aplicação da norma jurídica então estabelecida pelo STF como a interpretação entendida como correta do texto constitucional.

Ao longo dos anos, essa expectativa normativa congruente e generalizada do sistema repassa uma expectativa normativa de futura construção da mesma norma jurídica para o contribuinte que aguarda o desfecho do seu processo rumo ao Supremo Tribunal Federal, sendo apenas uma questão de tempo, diante da morosidade do nosso Poder Judiciário, para ser produzida a mesma norma jurídica e consequentemente conferido o mesmo direito ao crédito de IPI nas operações isentas do imposto, mas eis que, em nossa suposição, sobrevém o RE 370.682-9¹⁷⁴ alterando o posicionamento consolidado em um precedente normativo judicial

¹⁷⁴ Repisa-se: o RE 370.682-9 não adentrou no mérito do direito ao crédito de IPI em casos de aquisição de produtos com o benefício da isenção, por isso, nesse aspecto, não houve mutação jurisprudencial, mas estamos considerando essa situação hipotética somente para aplicação do nosso modelo científico no âmbito pragmático, mesmo que em sede de simples suposição.

(RE 212.484-2) e introduzindo uma nova norma jurídica por meio de um novo precedente normativo judicial com conteúdo oposto, *in casu*, uma determinação de vedação do direito ao crédito de IPI diante da incidência de uma norma de isenção.

Em seu voto na questão de ordem do RE 370.682-9, o próprio Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu esse fenômeno no controle de constitucionalidade difuso/concreto se a matéria for afetada ao Plenário do STF, gerando um efeito de mandamento geral a ser seguido pela sociedade, *in verbis*:

“De fato, embora estejamos tratando, aqui, de processos subjetivos, a verdade é que, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos erga omnes. Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes, chamou atenção, no citado pronunciamento, para a circunstância de que, ‘se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias.’

(...)

Foi exatamente o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90,¹¹ passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.”

Nesse caso, alguns efeitos deveriam ser prestigiados em observância aos princípios da segurança jurídica e sua manifestação como direito adquirido. A decisão nova do Supremo Tribunal Federal de modificação do seu precedente normativo judicial anterior deveria, em prol da segurança jurídica em sua modalidade de boa-fé objetiva e proteção de confiança, receber efeitos *ex nunc*, aplicando-se apenas para o futuro, sem atingir os fatos passados, e com certeza não poderia afetar as normas individuais e concretas que foram implementadas pelo Poder Judiciário nesse interregno de tempo e se constituíram como coisas julgadas. Ao mesmo passo, os processos em curso dos contribuintes que aguardam o deslinde dos seus casos no Poder Judiciário deveriam obter o mesmo resultado normativo do precedente anterior, i.e, aplicar-se-ia o a norma jurídica do STF que interpretou o texto constitucional como autorizado do direito ao crédito de IPI nas operações isentas. O fato de existir um processo judicial em curso seria a condição/termo para a configuração de uma situação jurídica transcata entre duas normas conflitantes, assegurando a proteção pelo direito adquirido como expressão da segurança jurídica na preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas em um momento de ocorrência de um contexto de direito intertemporal, *in casu*, uma mutação jurisprudencial.

Mizabel Derzi,¹⁷⁵ reportando-se ao modelo norte-americano relembra que a Suprema Corte dos EUA se pronunciou em relação à modulação de efeitos das suas decisões de forma a declarar:

“(...) a inconstitucionalidade *ex tunc*, com efeitos retroativos; ou *ex nunc* com efeitos simplesmente prospectivos, limitados, em que são desvinculados os fatos pretéritos, para serem atingidos os processos em curso e os futuros; e, ainda, *ex nunc*, de efeitos prospectivos ilimitados, em que a decisão não se aplica ao caso *sub iudice*, mas apenas aos futuros. Estaremos, então, em face de efeitos exclusivamente *pro futuro*.”

Consoante pudemos verificar, como a modulação de efeitos se faz possível em controle de constitucionalidade difuso/concreto, a sua concretização no plano do direito positivo somente encontra limites nos princípios constitucionais e as suas variações podem ser múltiplas, desde que não violem os demais primados do sistema jurídico. Mas a nossa proposta visa ir além, pois não apenas a modulação de efeitos em circunstâncias de mutação jurisprudencial de precedente normativo judicial deve ser limitada somente diante de um princípio constitucional, como, mais do que isso, deve servir como ferramenta para assegurar certos enunciados prescritivos, *in casu*, o direito adquirido em situações jurídicas transactas, em que o Supremo Tribunal Federal altera o seu precedente normativo consolidado por via de um novo entendimento jurisprudencial dominante. E a condição ou termo para estabelecer o corte no direito intertemporal a fim de confirmar se a situação jurídica em curso deve ser privilegiada pelo direito adquirido, nos casos da referida mutação jurisprudencial, consiste na existência de um processo judicial em curso do contribuinte que seguiu a expectativa normativa criada pela norma jurídica do Poder Judiciário em sede de uma jurisprudência consolidada e dominante.

Exatamente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ser o órgão máximo do Poder Judiciário, a sua função de interpretação da Constituição Federal concede ao mesmo o poder de editar normas no sistema do direito positivo, determinando o sentido dos enunciados prescritivos previstos no texto constitucional a irradiar por todo o ordenamento jurídico e por toda a sociedade um efeito vinculante ou de generalização de expectativas normativas congruentes, inclusive, expurgando do sistema o enunciado prescritivo ou jurisdicizando o seu posicionamento, considerando a construção da norma jurídica extraída do seu julgamento como a norma a ser seguida e observada.

¹⁷⁵ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 240/241.

O precedente normativo judicial afasta o caráter de mera expectativa de direito para a formação de uma consolidação de uma estabilidade e certeza dentro do direito positivo, a ser assegurada aos sujeitos de direito no caso de mutação jurisprudencial, inclusive, protegida sob o manto do “direito adquirido” em determinadas circunstâncias, dependendo da presença da condição de provocação do Poder Judiciário por parte do legítimo detentor dessa expectativa, como manifestação da sua confiança.

As decisões judiciais possuem um papel de relevância ímpar na construção do sentido normativo e por isso o ato jurisdicional se apresenta como fator determinante no processo de estabilização das expectativas normativas e na consolidação das relações jurídicas. Apesar da relação jurídica processual por si só não representar um direito propriamente dito, esse termo significa a manifestação expressa e incontestada da generalização congruente das expectativas normativas em razão da decisão judicial e da nova norma jurídica produzida pelo Poder Judiciário, pois diante da prevalência do princípio da inércia da atividade jurisdicional, somente o procedimento moroso, mas imprescindível do rito do controle de constitucionalidade difuso poderia eternizar para o futuro a expectativa normativa criada pela decisão judicial, ao mesmo tempo em que cristaliza sob o manto da coisa julgada a sua perenização para o passado, consistindo o exercício do direito de ação elemento relevante e necessário para a caracterização do direito adquirido. O próprio texto constitucional, com o advento da EC 45/2004, declara que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, o “direito adquirido”, como manifestação da “segurança jurídica” no âmbito do direito intertemporal, consiste em mensagem prescritiva a assegurar a preservação das expectativas normativas nas situações jurídicas transactas e a sua relação com a mutação jurisprudencial de precedente normativo judicial possui caráter impositivo a garantir ao contribuinte que a modificação do posicionamento consolidado nos Tribunais Superiores não afete as expectativas normativas criadas pela norma jurídica alterada, e o mecanismo para tanto surge na expressão da modulação de efeitos das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

O sistema do direito vive em incessante mutação, não apenas por sua autopoiese em suas operações internas (fechamento operativo), pois, como objeto cultural construído pela sociedade, sofre as alterações sociais por meio da sua abertura cognitiva e reage dentro do sistema com as suas próprias ferramentas de autorregulação.

O direito positivo deve ser reconhecido como um sistema específico (sistema parcial ou subsistema) integrante do Sistema Social, cuja função reside na preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas, por meio das suas mensagens prescritivas a regular as condutas intersubjetivas.

As normas jurídicas servem de instrumento para essa finalidade e consistem nas mensagens prescritivas comunicacionais em forma de um modal proibido, permitido ou obrigatório, fruto da interpretação do texto do direito positivo, desde que exista a sua formalização em linguagem competente.

Nesse sentido, as normas jurídicas possuem um mínimo de conteúdo de significação ao ingressarem no sistema por meio da atividade legiferante, mas o seu significado recebe contornos ao longo do tempo e a norma produzida pelo Poder Judiciário delimita o seu campo de interpretação, dentro de uma das alternativas possíveis para os símbolos linguísticos previstos pelo Poder Legislativo.

E no direito positivo, às suas mensagens prescritivas internas são atribuídas certas gradações pelo conteúdo semântico disposto em sua significação. Por isso, as normas jurídicas em seu sentido lato são divididas em princípios e enunciados prescritivos ou, como preferem alguns juristas, por meio da classificação *normas, princípios e regras*. As normas jurídicas são o sentido completo de uma mensagem comunicacional deôntica, representada pelo dever-ser modalizado em sua expressão *se/então*, e os enunciados prescritivos são os símbolos idiomáticos previstos no sistema em sua estrutura pura e simples no texto, enquanto os princípios são as expressões dotadas de uma mensagem prescritiva com elevado poder de integração do sistema, servindo como vetores para a compreensão do ordenamento jurídico, muitas vezes, de alto grau de abstração, carregando em si “valores jurídicos” a serem observados pelo sistema e seus agentes competentes.

Em meio a isso, a segurança jurídica possui um papel extremamente relevante no sistema do direito positivo, pois atua como um dos principais princípios fundantes do direito positivo, cumprindo com sua função de atender, conjuntamente com outros princípios, à

funcionalidade do sistema na preservação de expectativas normativas congruentes e generalizadas. Nessa esteira, projeta-se para o sistema na preservação da sua própria estrutura e funcionalidade (aspecto formal) e protege a sociedade contra a instabilidade das alterações vivenciadas em sua dinâmica, em suas dimensões de previsibilidade, estabilidade e mensurabilidade, a fim de assegurar a manutenção das expectativas normativas congruentes e generalizadas da coletividade.

As mutações sociais e as implementadas no sistema do direito positivo convivem sempre com uma dicotomia intrínseca: a necessidade de evolução inerente a uma sociedade x a necessidade de segurança inerente à sociedade e ao sistema do direito. E nesse ponto, o aspecto temporal no conflito da dinâmica do direito entre essas duas “necessidades” possui um impacto extremamente relevante, na mesma proporção que configura um choque entre os princípios e a aplicação da norma entendida como regente desse momento de transformação.

A segurança jurídica exsurge com sua máxima força nesse instante e no âmbito do direito intertemporal; deve assegurar a estabilidade do sistema em suas expectativas normativas próprias, e ao mesmo tempo preservar a sociedade em relação às expectativas normativas congruentes e generalizadas criadas como mensagens emitidas em direção à mesma (sociedade) como receptores.

Nesse caso, as suas manifestações no direito positivo regulam essa tensão e para as ditas “situações jurídicas em curso” (situações jurídicas transactas), a sua expressão de “direito adquirido” consiste em mensagem prescritiva a ser aplicada para disciplinar os conflitos entre a norma jurídica anterior e a norma jurídica posterior, nas hipóteses que a situação jurídica se faz surpreendida na dinâmica do direito positivo.

O “direito adquirido”, então, se define como a norma jurídica de proteção à sociedade nos casos de preservação das expectativas normativas em situações jurídicas em curso (situações jurídicas transactas), como uma das expressões do sobreprincípio da “segurança jurídica”. Para a sua aplicação deve-se considerar uma situação jurídica em curso desafiada por uma alteração normativa (em seu sentido amplo), em que as expectativas normativas congruentes e generalizadas transmitidas à sociedade precisam ser preservadas, avaliando-se a sua caracterização em cada caso concreto diante de um termo ou condição a servir como corte para a sua incidência.

Diante das alterações intrínsecas à operatividade interna do direito positivo e sua característica de sistema parcial inserido em um contexto social de intensa evolução, o Poder Judiciário, por meio dos seus Tribunais Superiores, cumpre a função de introduzir normas

jurídicas que sirvam como diretrizes ou delimitações para o próprio ordenamento jurídico e para a sociedade – como objeto da regulação das condutas do sistema – e em certas circunstâncias, esse posicionamento adotado anteriormente sofre uma mutação, devendo-se avaliar os efeitos dessa modificação na preservação do próprio sistema e da sociedade.

A denominada mutação jurisprudencial pode se dar como uma simples alteração de posicionamento, ou como verdadeira modificação de uma norma jurídica como precedente normativo judicial. O precedente normativo judicial constitui uma “jurisprudência consolidada”, em que os Tribunais Superiores determinam a interpretação a ser conferida ao texto do direito positivo e seus enunciados prescritivos, criando a norma jurídica. Para tanto, a decisão dos Tribunais Superiores, para a configuração de um precedente normativo judicial, precisa preencher dois requisitos: **(i)** ser emanada pelo Plenário do Tribunal Superior e **(ii)** ser definitiva pela formalização do seu trânsito em julgado.

Esse precedente normativo judicial pode ser alterado, pois não se encontra nenhum óbice no “meio” intrassistêmico para tanto, na medida em que isso (mutação) faz parte da natureza do sistema jurídico e da própria sociedade, mas ao se realizar essa mutação, alguns efeitos devem ser observados e certos limites em prol da segurança jurídica revelam a necessidade de preservação das expectativas normativas congruentes e generalizadas. O direito adquirido, como categoria jurídica de proteção às expectativas normativas em situações jurídicas em curso (situações jurídicas transactas) configura exatamente em um desses limites, e a ferramenta para sua viabilização consiste na modulação dos efeitos da decisão do novo precedente normativo judicial. Isso significa que, não apenas os efeitos do novo precedente normativo judicial devem ser prospectivos, como as expectativas normativas das situações jurídicas em curso caracterizadas pelos processos judiciais preexistentes devem ser asseguradas com a aplicação da norma jurídica consubstanciada no precedente normativo judicial anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, José de Campos. *Direitos e garantias fundamentais (doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Princípios de direito na jurisprudência tributária*. São Paulo: Atlas, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ÁVILA, Humberto. A teoria dos princípios e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, fev. 2006.
- _____. Princípios e regras e a segurança jurídica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARRETO, Aires Fernandino. Tributação e conjuntura nacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. VERSIANI, Daniela Beccaccia. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Trad. e notas PUGLIESI, Márcio Pugliesi. BINI, Edson. RODRIGUES, Carlos E.. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Cone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRAGUETTA, Daniela de Andrade. Segurança e aplicação do direito – entre regras e princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. Tributação e economia – uma introdução à análise econômica do Direito Tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- _____. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança jurídica e tipicidade tributária*. Salvador: Podivm, 2007.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. A modulação dos efeitos temporais das decisões constitucionais em matéria tributária. In: Valdir Oliveira Rocha (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2008.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. v. 2. São Paulo: Método, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LACERDA, Belizário Antônio de. *Direito adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito (O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann)*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. Título en alemán: *Das Recht der Gesellschaft*. 2ª edición en español. México: Herder. Apresentação: Darío Rodríguez M. "Invitación a la sociología de Niklas Luhmann".
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- _____. Sociologia do Direito I. Trad. BAYER, Gustavo Bayer. In: PORTELLA, Eduardo; LEÃO, Emmanuel Carneiro e CHACON, Vamireh (Coord.). *Estudos Alemães*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. Sociologia do Direito II. Trad. BAYER, Gustavo Bayer. In: PORTELLA, Eduardo; LEÃO, Emmanuel Carneiro e CHACON, Vamireh (Coord.). *Estudos Alemães*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUZ, Valdemar P. da. *As imperfeições legislativas e as suas consequências: o problema da insegurança jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- _____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Repertório de jurisprudência de direito tributário*. São Paulo: Premier, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. 3. ed. Portugal, 1933.
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 18. ed. México: Porrúa, 2006.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; Fórum, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.
- TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica (A questão da súmula vinculante)*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- TORRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo, 2009.
- VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência (Segurança jurídica e dever de uniformizar)*. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.