

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

RICARDO LORENZI PUPIN

**MODALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E DIFUSOS**

PIRACICABA

2011

RICARDO LORENZI PUPIN

**MODALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E DIFUSOS**

Dissertação submetida à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim

PIRACICABA

2011

Ficha catalográfica

Pupin, Ricardo Lorenzi.

Modalização do sistema tributário como instrumento de efetivação no estado social dos direitos individuais e difusos / Ricardo Lorenzi Pupin – Piracicaba, 2011.

151 f.; il.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas / Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba.

Orientador: Richard P. Pae Kim.

Co-orientador: Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida.

I. Direitos fundamentais. 2. Estado Social. 3. Hermenêutica jurídica..
I. Kim, Richard P. Pae. II. Almeida, Jorge Luiz de. III. Título.

CDU: 342.7

RICARDO LORENZI PUPIN

**MODALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E DIFUSOS**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim
Presidente/Orientador – UNIMEP

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Membro – Unimep

Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg
Membro – ITE

Profa. Dra. Mirta Gladys L M de Misailidis
Coordenadora do Curso – Unimep

Dedicatória

À minha esposa e parceira, Danieli, pelo amor e compreensão.
Aos meus filhos Lucas e Vitor, pelas inspirações e resgate de minha infância.
Aos meus pais e irmãos por fazerem parte da formação do meu caráter.
Aos meus amigos por acreditarem.

Agradecimentos

À casa unimepiana por mais uma vez me receber e fazer parte de mais uma etapa da minha vida acadêmica e profissional.

Ao programa de Pós-graduação em Direito da Unimep, em especial aos professores Richard Pae Kim, pela orientação e pelas aulas que me proporcionou uma “abertura” na minha forma de pensar o Direito; ao professor Henrique Macedo Hinz pela contribuição de uma análise econômica do Direito; à professora Rosa Gitana Krob Menegheti, pelas orientações acerca da metodologia do ensino; ao professor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez pela inspiração na graduação e no mestrado com ensinamentos filosóficos acerca dos direitos humanos, aos professores José Luiz Gavião de Almeida e Jorge Luiz de Almeida pelas ponderações e dedicação na análise e avaliação deste trabalho e ao professor Walter Claudius Rothenburg por aceitar o convite, por intermédio do colega Fausto Kozo Kosaka, de participar da banca de defesa.

RESUMO

A presente dissertação busca identificar a necessidade de uma nova hermenêutica jurídica pautada numa rede de regras e princípios constitucionais vinculantes de forma que supere o sistema normativo-formal e sua interpretação lógico-dedutiva, insuficiente para a solução de todos os problemas concretos e também insuficiente para a concretização dos preceitos constitucionais democráticos do Estado moderno. O método tópico-sistemático é considerado o único meio de proporcionar uma interpretação capaz de corroborar todos os preceitos constitucionais democráticos e proporcionar uma justificação de validade normativa de forma a considerar valores materiais e não meramente formais, proporcionando a concretização do Estado Democrático de Direito, resultado da evolução dos paradigmas meramente liberais e sociais. O Estado contemporâneo é resultado das contingências históricas e para sua compreensão é necessária um resgate da evolução do paradigma liberal para o social até a concepção atual. A tributação será analisada nas perspectivas desses modelos para que se possa compreender sua função no atual Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de efetivação e materialização dos direitos fundamentais sociais, através da atuação Estatal efetiva em contraposição à neutralidade liberal, de forma a reduzir as desigualdades econômicas e sociais. A tributação, interpretada com base numa hermenêutica tópico-sistemática, deverá ser justificada materialmente com base nos direitos fundamentais atrelando o dever de pagar tributos em decorrência da solidariedade social, adequadamente exigido com base na capacidade contributiva, em contrapartida da atuação estatal com o objetivo de se concretizar o bem comum, abandonando a perspectiva de arrecadação com o intuito de mera obtenção de receitas.

Palavras-chave: Estado social. Estado democrático. Hermenêutica jurídica. Sistema tributário. Sistema de princípios. Positivismo jurídico. Direitos individuais, sociais, difusos.

ABSTRACT

This work tries to identify the need for a new legal interpretation based on a network of constitutional rules and principles binding so that outweighs the regulatory system and its formal-logical-deductive interpretation, insufficient to solve all problems and also specific enough to the achievement of constitutional democracy of the modern state. The topic-systematic method is considered the only means of providing an interpretation capable of supporting all democratic and constitutional principles provide a justification of normative validity in order to consider material values, not merely formal, allowing the realization of a Democratic State, result of the development of purely liberal and social paradigms. The contemporary state is the result of historical contingencies and their understanding is necessary for a rescue of the evolution of the liberal paradigm for the design until the current social. Taxation will be examined from the perspectives of these models so that they can understand their function in the current democratic state as an instrument of effectiveness and realization of fundamental social rights, through effective state action in opposition to liberal neutrality in order to reduce economic inequalities and social. Taxation, played on a hermeneutic-topic systematically, must be physically justified based on the fundamental rights attaching the duty to pay taxes as a result of social solidarity, properly required based on ability to pay, in return for state action in order to to achieve the common good, abandoning the prospect of revenue in order to obtain simple recipes.

Words-keys: Welfare state. Democratic state. Legal hermeneutics. Tax system. System principles. Legal positivism. Individual rights, social, diffuse.

Sumário

Introdução	8
1. Pensamento tópico e sua contribuição para um sistema jurídico “aberto”	11
1.1. Por uma necessária “abertura” do sistema jurídico	11
1.2. A insuficiência do sistema lógico-dedutivo do pensamento jurídico moderno	13
1.3. A tópica e o método de pensar situativo	16
1.4. A contribuição do raciocínio tópico jurídico e sua problemática	21
1.5. Pensamento sistemático e o raciocínio argumentativo problemático	25
1.6. Por um pensamento sistemático-substancial do direito tributário	27
2. Estado e constitucionalismo	31
2.1. Estado e Constituição como resultados históricos	31
2.2. Legitimação do poder do Estado e suas finalidades	35
2.3. Estado liberal de direito e formalização dos direitos individuais	41
2.4. Estado social de direito e a nova dimensão dos direitos individuais	45
2.5. O Estado democrático de direito.....	50
2.5.1. Paradigma do bem-estar social frente ao elemento econômico	50
2.5.2. Os direitos fundamentais sociais como caráter transformador necessário	55
3. Neopositivismo e neoconstitucionalismo	62
3.1. A mudança na função do Direito na sociedade moderna.....	62
3.2. Função dos princípios e do sistema de normas, possível no Estado democrático	67
3.3. Nova dogmática constitucional e a normatividade dos princípios constitucionais e constitucionais-tributários.....	78
3.4. Os direitos fundamentais como sistema de princípios.....	85
4. O direito tributário no contexto do Estado democrático social de direito	91
4.1. Dimensão financeira do Estado frente ao ideário liberal.....	91
4.2. A função intervencionista do Estado frente à globalização e seu aspecto sócio- econômico	97
4.3. A função e o dever fundamental de pagar tributo.....	104
4.4. Direito tributário na perspectiva do pensamento sistemático e o financiamento do Estado social	110
4.4.1. O método tópico-sistemático de interpretação no direito tributário	110
4.4.2. Novo paradigma da tributação frente aos direitos fundamentais individuais e sociais.....	115
4.4.3. O direito tributário frente aos direitos difusos e uma breve análise sobre a questão ambiental	133
Conclusões	139
Referências	144

Introdução

A liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, são valores supremos de uma sociedade que se manifestou expressamente fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Esse é o espírito contido no corpo do Estado brasileiro quando da promulgação da atual Constituição Federal.

No subdomínio das significações, é perfeitamente possível a construção de um enunciado a partir do preâmbulo constitucional com a mesma força prescritiva dos princípios explícitos. De acordo com Paulo de Barros Carvalho, o preâmbulo da Constituição faz parte da Lei Fundamental:

[...] enquanto plexo de enunciados cujas significações revelam valores, tendências e objetivos devidamente aprovados no mesmo documento de teor prescritivo da Lei Constitucional. Nele, preâmbulo, poderemos recolher importantes enunciados de fundo axiológico, que haverão de penetrar as regras do sistema, no trabalho de construção do sentido do direito posto.¹

Não deixa de ter o preâmbulo da Constituição, portanto, uma norma de estrutura positivada que deflagra um significado mediato no tocante à disciplina das competências de todo o sistema jurídico.

Frente à sua força cogente, os legisladores em suas casas produtoras, no âmago das enunciações² do processo legislativo, desde a apresentação de proposições até a publicação dos textos normativos, têm que observar e aplicar aquele princípio preambular.

A República Federativa do Brasil enquanto Estado democrático de direito, deve se organizar politicamente de forma a aplicar seu monopólio coercitivo em função da efetivação de seus objetivos fundamentais, garantindo a manutenção dos direitos do homem enquanto fenômeno social.

O indivíduo humano possui certas aspirações fundamentais que lhe proporciona a felicidade material e espiritual, e através dos séculos foram esboçadas imagens de uma ordem social onde o homem obtivesse a felicidade terrena. Tais aspirações sempre residiram no domínio do subjetivo, do utópico, seja pela resignação religiosa; pela

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

² Atos produtores dos enunciados normativos. Nesse sentido: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78.

paralisa de uma consciência coletiva de ideias de direitos aceitáveis por todos; ou pela equivocada mentalidade política dos súditos que não concebia que os governantes tinham por estrita obrigação satisfazer as exigências e anseios dos governados. Numa época relativamente recente, aquelas aspirações começam a deixar de ser utópicas para adquirirem uma acepção de regra de conduta social obrigatória.³

Em síntese: a função do Estado brasileiro enquanto organização política detentora do monopólio coercitivo do Direito tem como único e exclusivo objetivo satisfazer seus governados, buscando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos e da ordem social sob o prisma daquela sua norma preambular implícita.

Não é possível, contudo, conceber o Estado no contexto exposto, sem sua manutenção econômica e financeira. É certo, também, que a fonte de custeio de toda essa organização social personificada juridicamente deriva de seus próprios atores, de seus próprios membros: os cidadãos. A tributação se torna inevitável.

Tais proposições (enquanto verdadeiras) inferem-se no seguinte argumento sólido: não há qualquer espaço para a tributação meramente fiscal, com o intuito exclusivamente arrecadatário.

A atual ordem social reclama um Estado forte e intervencionista como instrumento da liberdade do indivíduo utilizando da regra jurídica como meio para o intervencionismo estatal estabelecer a democracia social. Nesse prisma, a tributação deve definir seu objeto em função de servir a uma política de reforma social, ou seja, na construção jurídica de todos e de cada tributo não poderá estar ausente o finalismo extrafiscal⁴, contudo, não poderá suprir os direitos e garantias individuais.

Em razão de todo o exposto é que se faz relevante o estudo dos aspectos constitucionais que definem um Estado social e a forma de sua efetivação através, dentre outros mecanismos, da tributação modalizada a esses preceitos. Faz-se necessária a compreensão de uma nova hermenêutica capaz de proporcionar a interpretação do sistema jurídico de forma que corrobore materialmente – e não somente formalmente – com o sistema de princípios constitucionais, principalmente os dos direitos fundamentais.

³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 579-580

⁴ Idem, *ibidem*, p. 586-597.

A metodologia adotada na elaboração do presente trabalho consiste na tópicosistemática, compreendendo os direitos fundamentais enquanto *topoi* referenciais de um sistema de conhecimento e normatização jurídica de forma a se identificar uma nova hermenêutica. A investigação referencial se dará no primeiro capítulo e se concluirá com o terceiro, justificando-se enquanto mecanismo para a interpretação do sistema jurídico tributário no último capítulo.

1. Pensamento tópico e sua contribuição para um sistema jurídico “aberto”

1.1. Por uma necessária “abertura” do sistema jurídico

Há um abandono das contingências históricas e das próprias bases dos institutos jurídicos quando se adota um pensamento baseado simplesmente num sistema lógico-dedutivo. A compreensão de toda a estrutura do ordenamento jurídico se fecha à referência de uma norma fundamental, pressuposto de validade. O problema dessa concepção é que a justificação do ordenamento passa a se basear apenas no aspecto formal, deixando-se sistematizar numa racionalidade que reduz todo o Direito num simples instrumento normativo-sistêmico-formal muitas vezes insuficientes para a solução de determinadas demandas concretas.

Essa sistematização lógico-dedutiva, a partir dos anos cinquenta do século passado, começa a receber severas críticas de juristas como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman – dentre outros – que resgatam a importância do elemento histórico na formação do direito. O positivismo jurídico resultante daquele pensamento estritamente dedutivo – quase matemático – passa a ser alvo de novos embates quando se resgatam alguns parâmetros pré-modernos de abordagem do direito, dentre eles a gênese tópica dos conceitos jurídicos que derivam de uma consolidação histórica do saber jurídico, ou seja, o direito não é imutável, não está pronto e acabado, mas decorre do contexto histórico-social-cultural.

A identificação de uma necessária modificação do paradigma normativista-formal do direito fez com que se resgatasse, por exemplo, a tópica de Aristóteles e Cícero como contribuições para essa nova forma de pensar o direito (pós-positivismo), dando relevância aos fundamentos problemáticos que alicerçaram os institutos jurídicos. O pensamento tópico vem contribuir com a nova retórica que está baseada, em primeira linha, tornar compreensível toda a argumentação a respeito da situação do discurso, o que se faz necessário distinguir o modo de pensar não-situativo de um modo de pensar situativo, ou seja, pensamento voltado para o problema.

A forma de pensamento tópico, contudo, levanta várias problemáticas que serão apontadas nessa reflexão e que, embora não afastem sua utilidade frente ao novo

pensamento do direito, ressaltarão a importância de condicionar sua aplicabilidade em termos sistêmicos (não mais meramente lógico-dedutivo), mas sob a ótica de um sistema aberto, baseado em normas provenientes de princípios e regras,⁵ considerando o valor intrínseco do direito natural, mesmo que esse se torne às vezes também positivo.

Tal visão da verdade do sistema vigente, segundo a própria hierarquia filosófica, pressupõe, sem dúvida, uma referência às doutrinas racionais em torno do direito, que se formaram como critério superior aos preceitos positivos; às doutrinas, em uma palavra, que põem no conceito da natureza (teleologicamente considerada) o fundamento intrínseco do direito. Essas doutrinas [...] constituem um verdadeiro corpo organicamente amadurecido, mercê das progressivas elaborações de muitos séculos e provido de uma coerência interna que unifica as diversas partes, ainda que aparentemente diferentes.⁶

Giorgio Del Vecchio defendia que o estudo do direito natural é necessário para a complementação das normas particulares, auxiliando o pensamento individual na reconstrução do direito vigente, mas ressalva que o fundamento e critério da investigação dos princípios não pode ser obra de um pensador isolado, mas resultado de uma sólida tradição científica conectada com a gênese das mesmas leis vigentes.⁷

Tal problemática – a do pensamento hermético-formal do direito – se acentua ao se tratar da temática do direito tributário que se modelou alicerçado no raciocínio lógico-dedutivo, numa perspectiva de ciência exata. O direito tributário se fechou para as demais disciplinas (economia e filosofia, por exemplo) além de pautar numa dogmática onde se privilegia a dimensão estática da norma tributária sem levar em conta uma análise crítica da própria relação jurídico-tributária. Atribuir ao direito tributário a

⁵ “A Dogmática Jurídica (Jurisprudenz) é uma ciência da cultura. Ela se revelará somente a quem adquirir um conhecimento claro acerca das relações entre o direito e os desenvolvimentos históricos, econômicos, sociais, culturais e filosóficos [...]. No âmbito das disciplinas jurídicas do direito vigente também não importa que o estudante adquira conhecimentos sobre a dogmática jurídica e as normas positivas. É no mínimo igualmente importante que ele se familiarize profundamente com a metódica jurídica, i. é., com a arte jurídica da abstração, da interpretação e da sistemática, bem como com a terminologia jurídica e o modo de efetuar conclusões jurídicas. Somente quem dominar essa metódica e souber aplicá-la poderá dominar a matéria jurídica enquanto tal”. Trecho do guia de estudos acadêmicos de uma Faculdade de Direito do estado de Baden-Württemberg, Alemanha. (MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 9.)

⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Tradução de Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 27.

⁷ Del Vecchio entende que os princípios gerais do direito são elementos de um concreto regime jurídico. Para o presente estudo será útil duas considerações de Giorgio Del Vecchio no tocante ao pensamento preliminar das doutrinas do *jus naturae*, que considerará o direito como uma necessidade humana e, portanto, inseparável da própria vida do homem, primeira (i) a máxima da igual liberdade ou da coexistência das vontades: “para cada um a necessidade de limitar a própria atividade segundo for compatível com a dos outros, em uma ordem universal”; segunda (ii) a igual liberdade: consiste num “valor *dinâmico* mais do que *estático*, onde toda a limitação do direito da pessoa há de ser estabelecido, exclusivamente, por lei, entendendo-se por lei a expressão da vontade geral”. Esse último princípio da escola natural será extremamente relevante quando for tratado o assunto das finalidades do Estado. (Idem, *ibidem*, p. 33.)

interdisciplinaridade e sua conformação com aspectos além dos jurídicos é necessário para inserir nos debates acerca da tributação, a justiça dos fins e a adequação das finalidades do próprio Estado.

1.2. A insuficiência do sistema lógico-dedutivo do pensamento jurídico moderno

Os juristas dos séculos XI a XIV, com base em casos particulares, promoveram o desenvolvimento de inúmeros princípios jurídicos, ou seja, houve uma preocupação em sistematizar, diferentemente dos romanos, que por sua vez, embora não houvesse tal preocupação, criaram diversos institutos de direito. Toda a base do jusracionalismo moderno sustenta-se naquela sistematização, contudo, substituiu a dogmática jurídica medieval fundada na autoridade dos textos do direito romano e na providência divina – enquanto a fonte da verdade – pela soberania do Estado e racionalidade humana.⁸

As doutrinas contratualistas que predominaram até o final do século XIX, tomavam a questão do livre arbítrio e do individualismo como suas premissas fundamentais e como consequência da razão humana de forma a sustentar o poder político. Nesse contexto, abandona-se qualquer percepção das contingências históricas como fundamentadoras daquele poder que, soberano, respaldava-se pela delegação por parte dos indivíduos (pacto da sociedade política). Essa concepção influenciou todo o pensamento jurídico moderno em suas construções normativas. As fontes de normatividade no período medieval como o direito costumeiro, canônico, romano, germânico, feudal, das cidades, foram substituídos pelo monopólio da criação e da aplicação das norma jurídicas ao poder soberano do Estado.

A lógica do pensamento jurídico moderno baseava-se na justificativa racional do fenômeno histórico do Estado-nação e na racionalização do processo de criação e aplicação das normas que nele vigoravam, transpondo para o direito um esquema lógico-dedutivo, passando a investir em padrões axiomáticos de organização do direito. As normas jurídicas deveriam ser uma decorrência de juízos racionais, tradução da vontade do soberano e deveria ser impostas à sociedade, mesmo que contrariando os costumes ou as

⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.

tradições. As contingências históricas, portanto, deixam de serem fundamentos de determinação normativa.⁹

A construção sistemática abstrata do ordenamento jurídico consiste no ápice do positivismo. As codificações francesas do século XIX, por exemplo, refletiam a máxima da autoridade do Estado na criação do direito ao banir fontes normativas como os costumes, o direito natural e os precedentes jurisprudenciais. Na Alemanha, na metade do século XIX, foram adotados padrões exacerbados de abstração, que afastaram os institutos jurídicos de suas bases históricas e dos valores que os inspiraram ao longo dos séculos.¹⁰

Na primeira metade do século XX, com Hans Kelsen, o papel da abstração e da autoridade estatal na construção de uma ciência do direito teve o enfoque primordial na estruturação do ordenamento jurídico, referenciando todo o sistema jurídico em uma norma fundamental, que funcionaria como pressuposto de validade para todas as demais normas em vigor no ordenamento, identificando o conceito de direito com o de norma jurídica.¹¹

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.¹²

Há um rompimento do pensamento jurídico moderno com os pensamentos romano e medieval, o que significou um afastamento de seus próprios fundamentos.

Os esquemas formais, no entanto, revelaram-se insuficientes para a ciência jurídica. A redução do direito a uma condição de simples instrumento normativo-sistêmico-formal o transforma em mero instrumento de estabilização social que necessitará uma adequação tecnológica que, segundo Antonio Nedel:

O direito é reduzido à condição de simples instrumento normativo-sistêmico, que funcionalmente adaptado aos critérios metódicos da racionalidade cibernética, deve propiciar o equilíbrio social, nos termos de uma variação controlada, e isso implica uma adequação tecnológica da resolução dos problemas jurídicos, que, assim, conduzidos em termos algorítmicos e logicamente automatizados, deverão

⁹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 216-217.

permitir uma radical simplificação do processo decisório que a reivindicação da mecanização dos procedimentos.¹³

O autor ressalta que transformar o direito em instrumental estratégico das exigências e contingências das sociedades pós-industriais determina, contingencialmente, uma ordem social planejada de forma que reduz o objetivo do direito a uma “finalidade técnico-política, pragmaticamente instrumentalizando-o para servir aos interesses do poder econômico”¹⁴.

Contra essa perspectiva é que se inicia, já no século XIX, um retorno aos processos hermenêuticos do pensamento jurídico medieval que se preocupavam com a finalidade da lei. Há um resgate da importância do elemento histórico na formação do direito defendido pelos críticos ao positivismo jurídico como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman que resgatam alguns parâmetros pré-modernos de abordagem do direito, sobretudo da Antiguidade.

O principal elemento das críticas desenvolvidas consiste na evidente inaplicabilidade no campo do direito, de parâmetros lógico-formais utilizados pelo positivismo jurídico, cuja própria gênese tópica de seus conceitos deriva de uma consolidação histórica do saber jurídico que para Viehweg consiste no catálogo de *topoi*, ou resultado de afirmação de um discurso jurídico dominante no decurso do tempo, para Perelman.¹⁵

Não cremos em revelações definitivas e imutáveis, seja qual for, aliás, sua natureza ou origem, os dados imediatos e absolutos, sejam eles chamados sensações, evidências racionais ou intuições místicas, serão arredados de nosso arsenal filosófico. Essa rejeição não implica, nem é preciso dizer, que arredamos o efeito, sobre nossas opiniões, da experiência ou do raciocínio, mas não faremos nossa a pretensão exorbitante de erigir em dados definitivamente claros, inabaláveis, certos elementos do conhecimento, idênticos em todas as mentes normalmente constituídas, independentes das contingências sociais e históricas, fundamento das verdades necessárias e eternas.¹⁶

Parece ter-se colocado uma divisão dicotômica: os raciocínios, ou são logicamente fundados e controláveis ou estamos diante da arbitrariedade pela

¹³ NEDEL, Antonio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 283-284.

¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.

¹⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 576-577.

impossibilidade de uma fundamentação. Nesse sentido, Claudia Rosane Roesler, em estudo sobre a obra *Topik und Jurisprudenz* de Viehweg, conclui:

Por um lado, a questão da cientificidade ligada com a do sistema e a da racionalidade não lhe parecia passível de solução nos moldes em que estava colocada até então, na medida em que não atendia ao desenvolvimento da atuação do jurista e de sua teoria, se comparada com o padrão cada vez mais sofisticado das pesquisas lógicas, em especial da lógica simbólica, que mostravam a defasagem entre a pretensão de sistematicidade e a real prática jurídica de modo cada vez mais acentuado. De outro lado, a mesma questão colocava o jurista em um impasse sem solução precisamente ao salientar que se seu trabalho não podia ser integralmente avaliado pelos cânones da lógica formal, então ele estava condenado à irracionalidade e à arbitrariedade.¹⁷

Viehweg, ao procurar um novo ângulo de observação, busca uma saída para tal dilema e vai resgatar a tópica, a fim de sustentar a possibilidade de uma discussão racional mesmo quando não se possa lidar integralmente com os meios dedutivos.

1.3. A tópica e o método de pensar situativo

Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que a Tópica é um dos livros do *Organon* aristotélico e consiste numa obra que pode ter antecedido à elaboração dos Analíticos, onde se tentou produzir um tratado de lógica. Há, porém, alguns que entendem a Tópica como um texto referente a uma forma peculiar de raciocínio, diferente daquela que se encontra no Analíticos.¹⁸ Do grego, tópica significa *topos* que corresponde a *locus* do latim, ou seja, noção de lugar-comum. Nesse método de investigação, Aristóteles propõe uma tarefa de buscar um raciocínio capaz de se estabelecer conclusões relativamente a todos os problemas apresentados a partir de preposições opináveis, e se possam evitar as contradições, quando se tiver de sustentar um discurso (retórico)¹⁹, estabeleceu, assim, quatro diferentes tipos de raciocínio:

Os argumentos utilizados na polêmica são de quatro espécies: argumentos didascálicos, dialéticos, críticos e erísticos. São didascálicos os argumentos que razoam a partir de princípios próprios de cada disciplina, e não a partir das opiniões de quem responde, pois importa que o discípulo deles esteja persuadido; são dialéticos os argumentos que concluem, a partir de premissas prováveis, a contradição da tese dada; críticos são o que razoam a partir de premissas que

¹⁷ ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Santa Catarina: Momento Atual, 2004, p. 27.

¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 341.

¹⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 21-33.

parecem verdadeiras a quem responde, e que deve conhecer necessariamente o tema que nelas se acha implícito; enfim, são erísticos os argumentos que concluem, ou parecem concluir, a partir de premissas prováveis na aparência, mas na verdade improváveis.²⁰

A tópica consiste, portanto, numa técnica do pensamento orientado para o problema que pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Em suma, constitui-se na técnica do pensar problemáticamente. Theodor Viehweg esclarece que a tópica pertence ao terreno do dialético e não do apodíctico (lógico) e que tem como objetivo a busca de conclusões que decorrem de premissas com base numa opinião respeitável, aparentemente verdadeira. As conclusões adequadas necessitarão de procedimentos instrumentais consistentes²¹ que determinarão o aspecto prático da tópica que sempre necessitará de precedente fundamentação.²²

Para Aristóteles, *topoi* – plural de *topos* e estão relacionados às conclusões dialéticas e retóricas; são os que se referem, igualmente, aos objetos jurídicos, físicos, políticos ou de quaisquer outros tipos como o tópico do mais ou menos – são pontos de vista empregáveis em muitos sentidos e aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra a opinião, e podem conduzir à verdade, colaborando de um modo suficientemente completo, a extrair conclusões dialéticas em relação a qualquer problema.

Conforme explica Tercio Sampaio Ferraz Junior, o pensamento aristotélico influenciou toda a cultura jurídica ocidental quando adotados por Cícero e aplicados pelos próprios juristas romanos na prática do direito:

Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões. A tópica, assim, estaria a serviço da *ars disputationis*, caso em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido, sendo, pois, mais importante, uma bem feita elaboração das premissas. É o que chamou Cícero de *ars inveniendi*. Cícero

²⁰ ARISTÓTELES. *Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 81.

²¹ São quatro os procedimentos instrumentais consistentes: (i) o desvelar e o abarcar das premissas; (ii) a distinção de uma atual multiplicidade dos significados da expressão linguística e a distinção das diversas determinações da categoria; (iii) o desvelar a diferença de gênero e tipo; (iv) o desvelar as semelhanças presentes em distintos gêneros. O aspecto prático da tópica pode ser alcançado após a precedente fundamentação. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 21-33.)

²² Idem, *ibidem*.

entendeu a tópica não mais como uma teoria da dialética, mas como uma práxis da argumentação, elaborando catálogos de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico.²³

Marco Túlio Cícero, segundo Viehweg, empregou esforços para uma sistematização da tópica de Aristóteles, caracterizando-se mais como um receituário que um livro filosófico. Segundo Viehweg, em Aristóteles, a distinção entre o dialético e o apodíctico tem mais importância do que em Cícero, para qual toda teoria fundamental do discurso é composta de duas partes: a primeira, trata da invenção e, a segunda, da formulação do juízo (do juízo segundo seu valor).

Para Cícero a tópica é uma prática da argumentação que adota um catálogo de tópicos, por isso se preocupando mais com os resultados, enquanto Aristóteles mais essencialmente com os fundamentos. Cícero, portanto, organizou um conjunto das máximas surgidas como fundamento na resolução de problemas, fixando critérios de organização dos *topoi* científicos referentes ao todo e relacionados com determinadas situações e que serviram de importante conexão entre o pensamento aristotélico e a jurisprudência romana, que lançava mão de raciocínios voltados à resolução de problemas.²⁴

Já no século XVII, com Gian Battista Vico, haverá uma espécie de fusão entre o pensamento retórico tópico de Aristóteles e Cícero com o pensamento moderno cartesiano, baseado nas regras de evidência, análise, síntese e enumeração de Descartes. A obra de Vico *De nostri temporis studiorum ratiōne* (O modo de estudar de nosso tempo), faz supor uma espécie de guia e a ligação entre o método antigo e o moderno proporcionaria uma melhor elucidação do objeto estudado, pois não estaria restrito à precisão e agudeza do método moderno e, portanto, do enfraquecimento e pobreza da linguagem, mantendo-se a possibilidade de análise de diversos ângulos que permite o pensamento antigo. Dessa forma a tópica deve ser considerada como elemento fundamental, principalmente na jurisprudência, uma vez que a substituição do pensamento tópico pelo de cunho cartesiano proporcionava dificuldades para o âmbito do direito.

Em sua reflexão sobre Direito e Argumentação, Manuel Atienza procura definir os elementos constitutivos da argumentação:

²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 341.

²⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 21-33..

em uma argumentação – como atividade – e em um argumento – como um resultado dessa atividade – existem sempre, quando menos, estes elementos: 1) um idioma a falar, argumentar é uma atividade linguística, e um argumento é um produto linguístico que se pauta em um conjunto de enunciados, 2) uma conclusão, ou seja, o resultado final da argumentação ou a afirmação de que se fecha com o argumento, 3) uma ou várias premissas, que são o ponto de partida da argumentação, com os enunciados que se abrem o argumento, e 4) uma relação entre as premissas e a conclusão. [...] uma argumentação sem uma de suas etapas, não é um recurso linguístico. **(tradução do autor).**²⁵

Continua Atienza, ao refletir sobre as três concepções da argumentação, que a primeira trata da concepção formal enquanto característica lógica, um desencadeamento de proposições que, ao se basear em premissas verdadeiras a conclusão também será verdadeira, o que torna o argumento dedutivamente válido. A segunda concepção é a material, onde aponta, dentre outros autores, Viehweg, que caracteriza a tópica como um *ars inveniendi*, como uma técnica do pensamento problemático em que o centro da argumentação se ocupa da noção de *topos*. A terceira concepção é a pragmática ou dialética, que considera a argumentação como um tipo de ação ou de interação linguística, encontrada na teoria da argumentação de Habermas, na teoria da nova retórica de Perelman e na teoria da argumentação jurídica de Alexy.²⁶

Para a nova retórica – que tem como objetivo tornar compreensível toda a argumentação a respeito da situação do discurso – deve-se distinguir o modo de pensar não-situativo de um modo de pensar situativo, pois neste o pensamento flui dentro da situação do discurso pragmático, ou seja, considerando a coesão situativa na qual o signo deve ser analisado em cada uso a partir da circunstância, enquanto naquele, não-situativo, a forma de pensar possibilita desconsiderar a situação do discurso.²⁷

A segurança sintática pode ser insuficiente quando na determinação da plenitude normativa, o que se faz necessário, portanto, uma argumentação plena sobre a sintaxe, devendo-se colocar em primeira linha, a tópica como *ars inveniendi* (ar de inventar). Na investigação jurídica e na jurisprudência, deve-se levar em conta, ainda, a

²⁵ “en una argumentación entendida como una actividad y en un argumento entendido como resultado de esa actividad existen los siguientes elementos: "1) un lenguaje, pues argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento, 3) una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con los que se abre el argumento, y 4) una relación entre las premisas y la conclusión". [...] una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística". (ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho nº 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 37-38.)

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 39-50.

²⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 109-116.

semântica. Considerar-se-á os elementos da linguagem jurídica como metalinguagem, que apenas representa a linguagem jurídica do objeto da qual se ocupa. Consegue-se, ocasionalmente, a autonomia do domínio do objeto, que se supõe seja encontrado e descrito o pensamento jurídico. Consiste numa base do pensamento, mas, não oferece resultado com segurança suficiente, pois está calcado apenas nos significado das palavras dos textos jurídicos, resultando apenas numa semântica jurídica comum, sem levar em conta uma semântica científico-social.²⁸

A retórica da Antiguidade faz referência à pragmática, à primeira vista. Tenta-se refletir com novos meios a situação pragmática, que decorre sobre todo discurso, enquanto situação inicial. Busca-se tal maneira de pensar, que se move dentro da situação do discurso pragmático possibilitando desconsiderar a situação do discurso não-situativo. O modo de pensar situativo deve ter o papel inicial (não único) do processo de produção intelectual e da investigação. Tal processo é posto como possível no lugar da determinação semântica, como um mecanismo de empreendimento, de realização.

Euresis ou *inventio* se produzem no exercício. Tópica ou *ars inveniendi* fornecem utilidade proveitosa, *topoi* ou *loci* proporcionam auxílio concreto de ponta. Eles funcionam como forma de busca no sentido retórico, enquanto provisão hipotética, como também a instrução da invenção sempre aceita ou rejeitada, para a localização de pontos de vista de problemas solucionáveis na orientação indicada por uma tópica de primeiro ou de segundo grau, como possibilidades de partida para a discussão, como objetos de conclusões e outros mais.²⁹

Tal processo de produção intelectual, segundo Viehweg, é um processo deliberativo e comunicativo que busca a investigação dos fundamentos jurídicos-científicos em sua essência. Compõe-se das seguintes considerações: (i) lógicos-científicos; (ii) críticos-linguísticos; e (iii) éticos.

Dessas considerações pode-se deduzir o seguinte: (i) a lógica pressupõe um pensar situativo e pragmático e consiste numa orientação rigorosa do diálogo que não permite nenhum meio livre de invenção comunicativa e, portanto, corresponde no melhor modo à situação do discurso pragmático com um maior controle; (ii) a orientação crítico-linguística busca tornar compreensível a situação pragmática geral ao conceber seu pronunciamento como ordem recíproca para a identificação linguística (invenção) e para o

²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 109-116.

²⁹ Idem, ibidem, p. 113

uso linguístico, pressupondo proporcionadas e admitidas; e (iii) a questão ética procedimental está ligada às obrigações processuais de afirmação, fundamentação, defesa e esclarecimento, cujos requisitos não são de cunho puramente formal, mas verdadeiras expressões de *topoi* jurídicos, como o dever de comprovar a existência do direito que se alega (ônus da prova) e a própria motivação da decisão judicial.

1.4. A contribuição do raciocínio tópico jurídico e sua problemática

Viehweg caracteriza a tópica por três elementos estreitamente ligados entre si: (i) técnica do pensamento problemático, do ponto de vista de seu objeto; (ii) noção de *topos*, do ponto de vista do instrumento com que opera; e (iii) busca e exame de premissas, do ponto de vista do tipo de atividade. Segundo Atienza, “o que a caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões”³⁰, ou seja, o aspecto mais significativo da tópica é que constitui numa técnica do pensamento que está orientada para o problema e que tem como escopo proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação concreta, ocasionando de modo evidente a ponderação.

Para Viehweg, problema é “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”.³¹ É, portanto, no contexto das situações onde não há uma solução ou orientação decisória previamente estabelecida que o raciocínio tópico se situa. Àquele a quem se submete o problema deve oferecer uma alternativa plausível, que possa inclusive vir a servir de base para a solução de problemas semelhantes no futuro.³²

A investigação de Viehweg pauta no seguinte: o pensamento jurídico deve privilegiar o sistema ou o problema?

Já se identificou nesse trabalho que a análise lógico-dedutiva do ordenamento jurídico é insuficiente. Se, portanto, o espectro de análise for o sistema, poderá se catalogar

³⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 49.

³¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 109-116.

³² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

uma série de situações finitas previamente definidas, mas que não se enquadrem no problema; contudo, acentuar a análise no problema exigirá um sistema que lhe sirva como solução. Em outras palavras: se se focar no sistema, só é problema aquilo que o sistema reconhece como tal; por outro lado, se o ponto referencial básico é o problema, caso um determinado sistema dedutivo não ofereça uma solução, seria possível buscar em outros sistemas (ou fora do sistema-base) uma forma de resolvê-lo. Essa é a abordagem pela qual parte a tópica.

Os catálogos de *topoi* se consolidam com o tempo, criando máximas que orienta as diversas áreas do conhecimento na modernidade, ou seja, representam “lugares-comuns” próprios de cada esfera do conhecimento. É a chamada tópica de segundo grau, segundo Viehweg, que resulta da investigação conduzida por determinados pontos de vistas diretivos, preparados de antemão. Os de primeiro grau seriam os procedimentos adotados frente a um problema sem referência, uma decisão prévia quase instintiva.

Paulo Roberto Soares Mendonça entende que esse modo de raciocinar, na busca de soluções, traz consigo duas exigências: (i) que tais soluções sejam aceitáveis em termos sistêmicos e (ii) que não impliquem a pura desconsideração das peculiaridades do caso sob análise, logo não significa uma atuação absolutamente arbitrária, despida de quaisquer referenciais prévios, mas de uma complementaridade entre a tópica e o estabelecimento de premissas. Encontra-se nos próprios problemas uma importante fonte de geração de suas premissas, que se alteram e se ampliam na mesma proporção em que surgem novos problemas ou em que são formuladas soluções renovadas para problemas previamente existentes.³³

A contribuição do raciocínio tópico jurídico consiste na noção do catálogo de *topoi* estar diretamente ligado ao vínculo lógico entre as diferentes máximas comumente admitidas em um sistema, colaborando para a criação de um sistema flexível ao invés de estanque, de forma que haja a possibilidade de adequar-se a novos problemas.

A problemática reside na necessária existência de um mínimo de consenso e previsibilidade, portanto, embora não conduza a vinculações absolutas, deve reconhecer que alguns vínculos são indispensáveis. Com o surgimento de novos problemas, as máximas vigentes no sistema podem ser modificadas, logo a tópica por atuar no campo da dialética, não lida com verdades e sim com opiniões majoritariamente aceitas. Um

³³ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.

raciocínio tópico é o consenso, ou seja, as alterações no catálogo consolidado de *topoi* são derivadas de contraposições de teses que contribuem para a formação de uma síntese a respeito de certas questões.

A proposta de Viehweg parece consistir na interação entre os raciocínios tópico e sistemático, das próprias possibilidades da tópica como base para uma metodologia da ciência do direito, não mera integração de lacunas e concretização de cláusulas gerais. O tema central de Theodor Viehweg é a iência do direito, na medida em que buscava compreendê-la do ângulo de sua estrutura.

A base de um sistema formal, a partir da articulação entre conceitos e proposições topicamente construídos no passado, é o que Viehweg denomina de catálogo jurídico de *topoi*. Não é possível a renúncia de uma análise sistemática do direito. Esse catálogo jurídico de *topoi*, representado pelo ordenamento jurídico, deve ser visto como um sistema em constante mutação. Não é possível defender, nos dias atuais, a ideia de que as mudanças no acervo conceitual de determinado ordenamento jurídico devem estar exclusivamente atreladas ao processo legislativo, afinal, a dinâmica social é muito mais célere que a capacidade do sistema legislativo.³⁴

Nesse contexto é que a tópica contribuirá para uma nova percepção do sistema jurídico e est deverá se modelar com base nos princípios constitucionais de um Estado, nas premissas constitucionais da função do Estado, das suas exigências e objetivos comuns, que não deixa de ser um catálogo de *topoi*. Não fugirá dessa perspectiva nada no sistema jurídico.

Robert Alexy, citando Otte,³⁵ elenca os três sentidos acerca da tópica: (i) uma técnica de busca de premissas; (ii) uma teoria sobre a natureza das premissas; (iii) uma teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica. Na formulação da sua Teoria da Argumentação Jurídica, tratou de delimitar a tópica abordada na tese de Viehweg.

Como técnica de busca de premissa a tópica pressupõe a busca de todos os pontos de vista que se possa levar em conta, para o qual os catálogos de *topoi* são auxiliares, embora entenda que tais catálogos podem ser postos em dúvida.

³⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 268-269.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008, p. 50.

Enquanto teoria sobre a natureza das premissas, quem argumenta topicamente não parte, por um lado, de enunciados postos como verdadeiros, nem de enunciados arbitrariamente postos, mas de enunciados verossímeis. Contudo, critica a característica excessivamente geral. Citando Gerhard Struck, “a lei é um *topo* entre outros, só que muito mais importante”, Alexy conclui que tal afirmação não se corrobora ao papel das normas jurídicas vigentes no discurso jurídico e, portanto, parece a tópica ser impotente para enquadrar a argumentação jurídica tanto na dogmática jurídica institucionalmente elaborada, como também no contexto dos precedentes.³⁶

Alexy alerta sobre a tópica como teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica, principalmente quanto à problemática na fundamentação dos juízos singulares, afinal, a regra vigente de considerar todos os pontos de vista não diz nada sobre qual deve prevalecer e nem sequer determina quais são os pontos de vista que devem ser considerados. E, delimitando a questão da tópica:

deve-se manter a tese da tópica de que, inclusive quando não são possíveis fundamentações concludentes, não se deve conduzir à decisão irracional, assim como a ideia de que o conceito de fundamentação racional está estritamente entrelaçado com o de discussão racional.³⁷

A argumentação jurídica se encontra submetida à vinculação da lei, ao precedente e à dogmática, embora sob essas condições, não conduzam, necessariamente, a um único resultado em cada caso concreto, pois em cada caso são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente:

A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais. Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com frequência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivas, relativistas, decisionistas e/ou irracionistas; e, de outro, as posições objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por ideias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008, p. 51.

³⁷ Idem, p. 52-53.

promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional.³⁸

A problemática maior na da base da argumentação surge no âmbito dos direitos fundamentais, onde não há o fator de vinculação mais importante que é a lei ordinária, em geral relativamente concreta; haverá, em seu lugar, as disposições de direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas. Essa questão influencia na controlabilidade racional no âmbito dos direitos fundamentais e recomenda a distinção entre a base e o processo da argumentação nesse âmbito.³⁹

A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, para Alexy, ocorre da mesma forma que na argumentação jurídica em geral, identificadas pelos termos lei, precedente e dogmática. O processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, segundo o próprio autor, não elimina a lacuna de racionalidade, que será preenchida pelo discurso de direitos fundamentais que, embora se ocupe em atingir resultados constitucionalmente corretos a partir da base da argumentação, não evitará a abertura do sistema jurídico, provocado pelos direitos fundamentais.⁴⁰

1.5. Pensamento sistemático e o raciocínio argumentativo problemático

Uma das colaborações do pensamento tópico é ser considerado enquanto método de interpretação constitucional. Nessa perspectiva poderá contribuir para o processo de sistematização normativa de maneira a ultrapassar o sistema lógico-dedutivo enquanto fechado e desvinculado dos fatores reais e do aspecto material da Constituição. Sob esse prisma, pressupõe um sistema constitucional aberto de regras e princípios:

(1) — é um sistema jurídico porque [...] é um sistema dinâmico de normas; (2) — é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (CALIESS) traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça»; (3) — é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) — é um sistema de

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 551.

⁴⁰ Idem, p. 569-574.

regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.⁴¹

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares”⁴². Dentre os vários métodos de interpretação constitucional, aponta o tópico-problemático e elenca suas premissas e funções:

(1) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. [...] A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão.⁴³

Canotilho alerta quanto à concretização do texto constitucional a partir dos *topoi*, que poderia conduzir a um casuísmo sem limites, afinal, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

O que pode se desprender do que foi explorado nesse trabalho sobre o tema, é que o pensamento tópico não deve substituir o sistema lógico-dedutivo por sistema-tópico, mas, participar enquanto processo de corroboração entre os fatos e as normas constitucionais de forma a substanciar as decisões e as construções normativas. Nesse sentido é harmonizável o raciocínio tópico com a própria ideia de sistema. Daí a base e justificativa de um método sistêmico baseado nos direitos fundamentais.

A proposta de Viehweg não consiste na substituição do paradigma lógico-sistemático pelo problemático, mas apenas uma harmonização entre eles, de forma a não se prender somente ao dedutivismo lógico do método sistemático-formal.⁴⁴

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 1210.

⁴³ Idem, p. 1211.

⁴⁴ Essa conclusão também pode ser observada nas reflexões postas na tese de doutorado da Profa. Claudia Rosane Roesler, mais especificamente no item “3. Tópica e Sistema Dedutivo” do Capítulo VI – “A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência”, que se baseou na edição alemã da obra de Teodor Viehweg *Topik und Jurisprudenz*. (ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Santa Catarina: Momento Atual, 2004, p. 157-166.)

A Ciência do Direito que precisamente se tratou mais acima (cfr. I), ela encontra-se mencionada em segundo lugar. Ela não trata de transformar a técnica jurídica em sua essência. Ela, porém, a concebe, por consequência, como uma forma fenomênica da incessante busca do justo, da qual emana o direito positivo e, que se continua mediante o direito positivo. Esta busca, com todas suas peculiaridades humanas é seu grande objeto de investigação. Ela não pode ser absorvida pela Jurisprudência, porém, frente a ela, é o primeiro recurso esclarecedor e garantidor, que tem de mostrar suas possibilidades e proporcionar uma ajuda praticável. Em correspondência a outras disciplinas especializadas lhes sustém a teoria do direito, que aqui tem de ser uma teoria concisa teoria da prática, entendida em seu mais amplo sentido. Uma teoria semelhante até agora só se encontra de um modo isolado. Ela deve recorrer à sua investigação sobre busca de sistematização, aqui e adiante, onde também deve sempre considerar a perspectiva da tópica. Ter-se-á de considerar, ao contrário, da representação de um sistema jurídico dedutivo que se pretende implicitamente existente, segundo se diz, o que é provavelmente difícil.⁴⁵

Nesse mesmo sentido, de harmonização entre o pensamento tópico e sistemático, Canaris observa:

Já disse que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente. Assim, eles não estão, como talvez possa ter resultado das considerações feitas até aqui, isolados um frente ao outro, antes se interpenetrando mutuamente. Assim, também quando à tópica seja conferida a primazia, não se torna a sistemática totalmente sem sentido. Isto fica bem patente no círculo problemático primeiro referido, portanto naqueles casos de lacunas nos quais o Direito positivo não contenha valorações para a integração: a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, de determinar sistematicamente a resolução.⁴⁶

Além de auxiliar o pensamento sistemático, a tópica pode também, consistir em elementos de concretização de cláusulas gerais de preenchimento com valorações, caracterizando-se como tendência para sistematização. A proposta consiste, portanto, num método sistemático-substancial do ordenamento jurídico.

1.6. Por um pensamento sistemático-substancial do direito tributário

A tópica pode ser entendida como uma técnica de pensar problematicamente, adotando-se como premissa maior o problema, enquanto o sistema seria colocado em premissa menor, ou seja, o sistema deveria se adequar ao problema para que se encontre uma solução.

⁴⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 92-93.

⁴⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 273.

Pode ser compreendida como um método de interpretação e até mesmo como opositora à sistemática lógico-formal ao basear-se fundamentalmente em catálogos de *topoi*, que por sua vez, poderiam se resumir às próprias normas jurídicas positivadas.

Viehweg, ao buscar compreender a Ciência do Direito do ângulo de sua estrutura, investigou a teoria da *práxis* ao invés de uma teoria da ciência nos parâmetros cartesianos e, dessa forma, resgatou a tópica como substrato de todo o sistema ao resgatar o referencial histórico-institucional do direito.

Nesse sentido, a tópica não consiste num método de interpretação, mas, numa forma de raciocínio argumentativo e problemático do conhecimento.

A tópica não deve se limitar a um recurso de última linha, apenas como integrativa das lacunas e da concretização das cláusulas gerais. A contribuição da tópica consiste em resgatar a problematização enquanto origem dos próprios institutos jurídicos e, dessa forma, não podem ser abandonados ou substituídos pelas formalidades do pensamento cartesiano lógico-dedutivo.

Dentro de um sistema jurídico aberto onde se verifica princípios e regras, a tópica pode ter uma salutar contribuição ao atualizar e renovar a hermenêutica constitucional, não de forma a substituir o sistema lógico-dedutivo por um sistema-tópico, mas, participar enquanto processo de corroboração entre os fatos e as normas constitucionais (regras e princípios) de forma a substanciar as premissas adotadas nas decisões e nas construções normativas, dentro de uma concepção pós-positivista do direito, não deixando em segundo plano aquilo que representa a própria razão do sistema jurídico.

Na seara do direito tributário resta caminhar para uma nova forma de pensar a tributação sob essa perspectiva do sistema jurídico aberto, onde a centralidade da problemática seja a do financiamento dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, para compreensão do fenômeno jurídico tributário, caberá um pensamento sistemático, mas não sob a égide conceitual ou normativa lógico-dedutiva simplesmente. Não significa, ainda, se estabelecer um catálogo *topoi*, mas, dentro do que permite o pensamento constitucional contemporâneo, um pensamento sistemático baseado na abertura para a problematização.

O pensamento constitucional contemporâneo permite uma conciliação entre unidade, sistema e a abertura para um pensamento problemático, de tal modo que a principal força da Constituição decorra da resolução leal e justa dos conflitos e das colisões de interesses. A denominação utilizada pretende englobar todos

estes sentidos de uma compreensão articulada de princípios, regras e valores, e não apenas uma noção de sistema vazia de conteúdo.⁴⁷

A interpretação sistemática, portanto, leva-se em consideração o contexto-histórico. Consiste, ainda, uma interpretação aberta, buscando os fundamentos nos princípios essenciais do ordenamento bem como nos “objetivos constitucionais e nas formas de concretização dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática”.⁴⁸ Essa abertura é própria da Ciência do Direito, pois resulta do seu objeto, onde a essência do próprio Direito é um fenômeno situado no processo da história e, portanto, mutável.

A normatização do direito tributário na esfera infraconstitucional preza pela rigidez da positivação para que haja eficácia concreta de suas prescrições. A problematização posta nesse trabalho é que essa estruturação normativa da tributação não pode se valer como fundamento de sua validade exclusivamente o aspecto formal-normativo, mas das valorações constitucionais. Essas compreendem um Estado que vislumbra a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. O contexto histórico-social atual, que define essa concepção de Estado, exige como justificativa de validação da obtenção de recursos do particular pela obrigatoriedade das normas tributárias, que estas não se valham unicamente de um sistema imóvel, mas de valores de justiça:

O Direito positivo é dominado, fundamentalmente, não por um sistema móvel, mas antes por um imóvel. No entanto, ele compreende partes móveis. O sistema móvel está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particularmente feliz, a polaridade entre os mais altos valores do Direito, em especial a tendência generalizadora da justiça e a individualizadora e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumentário legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si.⁴⁹

Para Canaris, portanto, a ideia de sistema tem como fundamento a justiça, que se concretiza pelo princípio da igualdade e da generalidade.

Luhmann, por sua vez, propõe uma teoria sistêmica de planejamento universalista e funcionalista, que a concebe enquanto oposição entre os modos e procedimentos analítico-empíricos e analítico-normativos. Essa teoria investiga, portanto,

⁴⁷ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19-22.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 23.

⁴⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282.

os interesses que estão na base das estruturas normativas, que precisam contribuir para uma teoria viável da evolução social. Resulta, então, numa teoria de planejamento comunicativo que permite avaliações críticas sobre a capacidade de avaliação das normas existentes ou propostas, ultrapassando, assim, as declarações meramente descritivas sobre normas válidas, de um lado, e declarações prescritivas que concernem a escolha das normas, por outro lado. As normas justificáveis são como sentenças de verdade, não sendo nem fatos, nem valores.⁵⁰

A busca por uma sistematização-substancial do ordenamento jurídico necessitará a análise das concepções de Estado para que se possa identificar quais premissas determinam toda a estrutura jurídica do sistema, especificamente do sistema tributário. Dessa forma será possível conceber o melhor modo operativo do exercício do poder de tributar para que seja efetivamente, dentro dos parâmetros das garantias dos direitos fundamentais individuais, elemento de efetivação dos direitos sociais.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 175.

2. Estado e constitucionalismo

2.1. Estado e Constituição como resultados históricos

O presente estudo se contextualiza no que hoje é considerado Estado democrático de direito, modelo contemporâneo do Estado moderno, que enfrenta novas necessidades e dilemas, principalmente nas novas manifestações da economia, da política e das sociedades, fazendo exigir uma evolução no pensamento jurídico de forma a se adequar a tais necessidades, como foi abordado no primeiro capítulo. Será de extrema utilidade analisar os paradigmas de cada modelo da era moderna do Estado – ponto de partida desse estudo – tendo como fundo seus aspectos ideológico, político e econômico, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais. Outro aspecto que se faz imprescindível analisar é o financeiro, até mesmo enquanto escopo da proposta do presente estudo.

Embora o ponto de partida de análise adotado seja a forma moderna de Estado, se faz útil apontar as principais características das “formas estatais pré-modernas”⁵¹: (i) teocrático – antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde há uma estreita relação Estado/divindade e, portanto, as normas de comportamento e a autoridade do governo eram tidas como expressão divina; não há distinção entre o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou da economia; (ii) *pólis* grega – sociedade política com ideal de autosuficiência e as decisões do Estado nos assuntos públicos era monopólio da elite, a classe política; a autonomia da vontade individual é restrita; (iii) *civitas* romana – base familiar de organização; a noção de povo era restrita e os governantes eram os magistrados; (iv) medieval – caracterizou-se essencialmente pelo cristianismo; pelas invasões bárbaras; e pelo feudalismo, ou seja, sistema administrativo e organização militar ligados à situação patrimonial. Nessa forma estatal, predominava a instabilidade política, econômica e social; a fragmentação do poder com núcleos periféricos de poder político (nobres, bispos, reinos, corporações); sistema jurídico consuetudinário; relações de hierarquia pessoal.

⁵¹ Fazendo uso da denominação adotada por Streck e Moraes na sua obra “Ciência política e teoria do estado”. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.)

Em nenhuma das formas estatais pré-modernas o modelo de dominação era legal-racional⁵²; eis, então o elemento fundamental de transição para o Estado moderno, onde o vassalo do senhor feudal passa a ser súdito do rei (no absolutismo), bem como se inicia uma centralização do poder.

A concepção de Estado que se tem nesse trabalho, é aquela cujas formas fundamentais são frutos da transformação histórica⁵³ e que o Estado moderno se baseia num sistema legal de dominação. O Estado entende-se, portanto, como uma estrutura de ação juridicamente organizada, composto pela totalidade de indivíduos e orientados por uma determinada ideologia. Nesse sentido, o Estado pode ser entendido como uma comunidade juridicamente constituída.

As normas do direito que orientarão as condutas dos indivíduos dessa comunidade jurídica terão um aspecto de eficácia distinta das normas da ética e da moral social: sua obediência também será imposta mediante procedimentos de execução juridicamente organizada e regulamentada e sua inobservância poderá resultar na interferência coercitiva do Estado. A desobediência daquelas normas extrajurídicas, por sua vez, poderá resultar em isolamento social, profissional, sem a interferência estatal.⁵⁴

A organização das normas jurídicas somente será efetivamente garantida através de um Estado que mantenha solidez estrutural definidos por órgãos competentes para as diversas funções necessárias para seu funcionamento ordenado. A garantia da observância eficaz das normas é, então, institucionalizada – Estado. Para Zippelius, o

⁵² Segundo Max Weber, a dominação legal é um dos três tipos puros de dominação legítima “en virtud de estatuto [...], su tipo más puro es la dominación burocrática, su idea básica es: que cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente em cuanto a la forma.” Os outros dois define como sendo a dominação tradicional “en virtud de creencia en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre [...], se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición: por fidelidad”; e a dominação carismática “en virtud de devoción afectiva a la persona del señor y a sus dotes sobrenaturales (carisma) y, en particular: facultades mágicas, revelaciones o heroísmo, poder intelectual u oratorio [...], sus tipos más puros son el dominio del profeta, del héroe guerrero y del grande demagogo”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 706-711.)

⁵³ Parece óbvio, um lugar comum, dizer que isto ou aquilo é resultado histórico, contudo, para que não seja uma conclusão banal, resta interpretar que ao é resultado histórico na medida em que o contexto histórico tenha criado as condições necessárias para que funcionasse de uma determinada forma, bem como a influência de fatores que não se pode medir ou distinguir.

⁵⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 61-63.

Estado e a garantia da observância eficaz das normas jurídicas, “direito garantido”, é resultado natural de uma evolução histórica, ou seja, é produto da civilização progressiva.⁵⁵

Nesse mesmo sentido, Canotilho entende que o Estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder” e aponta qualidades distintas das demais formas ou organizações de poderes, das quais destaca a soberania no plano interno e a independência no plano internacional.⁵⁶

Azambuja também reconhece que o Estado não é imutável e deverá ser, portanto, fruto da dinâmica social e da forma política da sociedade.

O objetivo, a causa final do poder é manter a ordem, assegurar a defesa e promover o bem-estar da sociedade; é realizar enfim o bem público. Por isso o poder político é natural e necessário, ainda que variável no seu conteúdo, pois as sociedades se modificam e as suas exigências variam. E, por ser natural e necessário, é legítimo, isto é, a sua justificação está quem que ele não pode deixar de existir sem que a sociedade pereça. Mais ainda, ou porque realmente se extingue ou porque submerge na anarquia que, para ela, é uma forma de morte.⁵⁷

Numa mesma concepção, Jorge Miranda define o Estado como uma espécie de sociedade política – não a única – atualmente reconhecido que suas condições de existência são os elementos povo, território e poder político, definidores do Estado nacional soberano, de origem europeia. Seu surgimento é fruto de uma necessidade mínima de organização e de se situar no tempo e no espaço de toda a sociedade humana. As transformações das organizações políticas, a complexidade e heterogeneidade das sociedades e sua tradução no âmbito do Direito é que possibilitará a formação de cada Estado em concreto. Tal concepção denota o caráter mutável do Estado para o professor português:

O Estado deve ser encarado como processo histórico a par de outros. Quer como ideia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando.⁵⁸

⁵⁵ O autor chama esse processo de “autodomesticação” da humanidade. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63.)

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.89.

⁵⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 109-110.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19-23.

São múltiplas as respostas para definir o que é Estado, que segundo Alberto Nogueira, se justifica basicamente por duas razões:

1ª) trata-se de uma “entidade” mutante e, por isso, seu conteúdo, forma e funções se modificam no tempo (principalmente) e no espaço (secundariamente); 2ª) dependem da concepção de cada um e da posição política e filosófica que se assumam em relação a ele. Não se trata, em verdade, de uma entidade “eterna”, como comumente parece ao homem de nossa época, que nasce e vive dentro do Estado e do qual sua vida está impregnada ao ponto de dele depender a própria sobrevivência de cada pessoa.⁵⁹

O conjunto de normas fundamentais de convivência de uma comunidade estatal é o que Zippelius denominou de constituição.⁶⁰ As normas pertencentes a esse conjunto delimitariam, embora não com exatidão, a organização do Estado, seus órgãos supremos e como são instituídos; suas tarefas e competências, separação dos poderes; definiriam as posições dos cidadãos no Estado, seus direitos políticos e fundamentais, suas liberdades; definiriam os princípios jurídicos fundamentais, políticos e determinaria os fins do Estado.

Gomes Canotilho entende que o sentido moderno de constituição é resultado de um processo histórico-cultural, o que permite concluir na possibilidade de se falar em vários movimentos constitucionais que alicerçaria a noção básica de constitucionalismo:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica de limitação do poder com fins garantísticos*.⁶¹

Conclui o professor que consiste num juízo de valor, que se caracteriza enquanto teoria normativa da política.

Dessa concepção moderna de constitucionalismo surge a concepção moderna de constituição, que se ordenará sistemática e racionalmente, declarando de forma expressa as liberdades e direitos, bem como os limites do poder político de uma determinada comunidade.

⁵⁹ NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 195.

⁶⁰ Há dois sentidos no conceito de constituição: o material e o formal. De forma bastante concisa: a constituição em sentido formal consiste nas normas consagradas num documento constitucional, cuja validade tem por base o poder constituinte, conferindo a esse documento, uma posição hierarquicamente superior dentro de um sistema jurídico-normativo. (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63.)

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

Enquanto resultado de um processo histórico, a constituição deverá ser compreendida como um conjunto de regras e de estruturas que corroboram uma determinada ordem jurídico-político num determinado sistema político-social. A própria evolução das perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas, exigirá uma constante evolução nas interpretações das organizações políticas e sociais de uma determinada época.

2.2. Legitimação do poder do Estado e suas finalidades

O professor gaúcho Darcy Azambuja identifica uma característica de poder de mando do Estado frente aos indivíduos e sociedades. As normas editadas pelo Estado, portanto, obrigam a todos que habitam seu território. Azambuja citando Harold Laski:

Com o Estado, é diferente. Eu não me posso furtar às suas decisões senão a preço de uma penalidade. Não posso em nenhum caso importante me subtrair à sua jurisdição. Ele é a fonte última das decisões no meio normal da minha existência, e isso dá à sua vontade uma importância, para mim maior que a dos outros grupos. O Estado pode decidir esmagar-me de impostos, pode opor-se à prática de minha religião, pode obrigar-me a sacrificar a vida em uma guerra que eu considere moralmente injusta, pode negar-me os meios de cultura intelectual, sem os quais, no mundo moderno, não conseguirei desenvolver minha personalidade. (Harold Laski, *Grammaire de la politique*, p.21)⁶²

Essa submissão às normas reguladoras do Estado é inevitável numa sociedade política. Tendo como finalidade a manutenção da ordem e da paz, os titulares de cargos políticos devem ser dotados de poder estatal, explica Zippelius:

Faculdade de regular vinculativamente (no âmbito de suas competências) a conduta nesta comunidade e de impor, com os meios do poder, a conduta prescrita, recorrendo até, em caso extremo, ao emprego físico da força física. A inscrição *ultima ratio regum* que se lê em velhos canhões, evidencia inequivocamente esta pretensão do poder do Estado.⁶³

A coação física será empregada nos casos da não observância do direito ou na aplicação de sanções resultantes de violações de normas de tal forma que motive o indivíduo a observar as descrições normativas. Essa coação é monopólio do Estado, que deve agir enérgica e eficazmente, dentro de suas competências, para que não perca a credibilidade na manutenção da segurança e ordem estatal.

⁶² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 7.

⁶³ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 68.

Tal monopólio coercitivo deve estar ordenado num sistema jurídico-normativo, sob pena de se trilhar os caminhos da tirania. Uma comunidade somente funcionará como Estado de direito, entretanto, “quando nela se encontra à disposição e é utilizado o poder do Estado para a execução do direito”.

O direito serve como modelo fiável de orientação só enquanto aplicado e executado com firmeza. Em suma: não há Estado de direito sem segurança jurídica, isto é, sem certeza de orientação; não há certeza de orientação sem certeza de realização.⁶⁴

A segurança jurídica, segundo Zippelius, é a certeza de orientação. Tal orientação é o próprio direito em primeira instância, pautado na constituição, formalmente garantido. Tais garantias, contudo, carecem de realização para que haja a certeza da orientação. Esclarece, ainda, o professor alemão, que o poder do Estado possui duas faces: uma de proteção e outra de repressão. Exige-se, portanto, para uma distribuição equilibrada de funções que se pautem em regras seguras para que as atividades estatais sejam eficientes. O direito é, então, o elemento de legitimação do poder de mando do Estado.

Canotilho sintetiza os elementos constitutivos do Estado: “(1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*.” O Estado mantém o monopólio do direito positivo e da coação física legítima, necessária para que se efetivem suas regulamentações e comandos.⁶⁵

Tal autoridade e poder do Estado serão para a realização do bem público. Aquelas normas constituem o Direito, que ao Estado incumbe cumprir e fazer cumprir. “Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”.⁶⁶

O fim do Estado não deve ser meramente a realização de uma determinada ordem jurídica, numa submissão ao império da lei. Os fundamentos do Estado devem estar pautados materialmente e não numa perspectiva meramente abstrata onde a liberdade se manifesta apenas como garantia formal, sem sua compreensão material. Essa compreensão material somente é possível se levado em consideração os aspectos históricos e concretos. Daquele Estado hipotético a este Estado concreto, consiste na transição do pensamento de

⁶⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 69-70.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

⁶⁶ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 7-8.

Kant para a doutrina de Hegel: “até então as doutrinas estatais se haviam ocupado sempre com o Estado hipotético, normativo, o Estado ‘como deveria ser’ e nunca o Estado ‘como é’, o Estado histórico, concreto.”⁶⁷

Para Hegel o Estado está inserido na filosofia do Direito. O Direito transcende o plano estritamente jurídico abrangendo os limites e determinações da vontade. “O fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o Direito. O Direito é, pois, a liberdade em geral como ideia”⁶⁸ para Hegel a vontade livre faz parte da liberdade, mas consiste na exteriorização abstrata do direito na coletividade, não se refere, portanto, ao indivíduo simplesmente. O Estado se caracterizará, dessa forma, em ato de liberdade concreta que

consiste na individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim. Daí provém que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual.⁶⁹

Hegel define, assim, o princípio do Estado: “permitir que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo em que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio”⁷⁰.

O Estado seria, então, uma realidade onde o indivíduo possui e pode exercer a liberdade. Na sua concepção, essa liberdade não consiste naquela defendida por Kant: “a limitação da minha liberdade (ou do meu livre-arbítrio) para que ela possa estar de acordo com o livre-arbítrio de cada um segundo uma lei geral”⁷¹; mas propõe as condições existenciais da mesma no direito, na ética e no Estado, cujos valores possibilitariam sua satisfação real, possível somente na comunidade e não nas preferências individuais atreladas a certa autonomia e vontade individual: “Não é a possibilidade de fazer ou deixar de fazer algo, a liberdade nas esferas vazias, a liberdade omissa, mas um princípio infinito,

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 29-30.

⁶⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 225-226.

⁷⁰ Idem, p. 226.

⁷¹ Idem, p. 31.

de conteúdo espiritual, uma liberdade que se enriquece pelo seu teor de objetividade e finalidade”⁷².

Karl Marx reinterpretará, por sua vez, o fenômeno estatal, que não consiste no Estado jurídico de Kant nem no Estado ético de Hegel, mas se baseará essencialmente nos aspectos políticos e econômicos, caracterizando uma nova teoria do Estado.

As novas teorias no campo social decorrem da contradição entre a liberdade formal e a liberdade material, entre a igualdade dos textos constitucionais e a material. Marx polemizou duas maneiras então tradicionais de compreensão da sociedade: (i) pensamento utópico – que atacavam problemas reais, mas ofereciam soluções abstratas, desvinculada da realidade e (ii) o pensamento descritivo do capitalismo – que apenas identificava a forma de funcionamento do sistema.⁷³

Para Marx, uma sociedade de homens livres e iguais consiste num resultado de um desenvolvimento histórico e não resultado de uma ideia de um pensador e, portanto, somente com o pleno desenvolvimento do capitalismo será possível se verificar seus problemas e, assim, se instaurar uma nova ordem: o socialismo. Com seus métodos, Marx demonstrou que todo resultado teórico está ancorado em contextos históricos determinados e que está comprometido com uma maneira determinada de compreender a forma presente de dominação.

Enquanto para Hegel o Estado é um fim em si mesmo, uma totalidade racional ou ética, na concepção de Marx, o Estado é “um instrumento de poder, uma arma temível e poderosa em mãos de determinada classe, utilizada, segundo ele, não a favor da sociedade, mas da classe mais forte e privilegiada”⁷⁴.

Para Norberto Bobbio “o pensamento político de Marx registra-se na grande corrente do realismo político que despe o Estado de seus atributos divinos e considera-o

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 31.

⁷³ Pode-se citar como exemplos de socialistas utópicos Conde de Saint-Simon, Charles Fourier, Louis Blanc e Robert Owen. O pensamento utópico, segunda metade do século XVIII, propunha, por exemplo, organizações voluntárias de pequenas comunidades para realizar a igualdade e liberdade prometidas pelas revoluções contra as ordens absolutistas-feudais, onde haveria número máximo de trabalhadores associados a serviço do desenvolvimento individual e da coletividade. Consistiam, portanto, em comunidades à margem do sistema. E dentre os representantes da economia política, pode-se citar, por exemplo, Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill.

⁷⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 41.

como organização de força, do máximo de força disponível e exercitável em um determinado grupo social”⁷⁵.

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tão pouco é “a realidade da ideia moral”, ou “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição consigo mesma e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consuma a sociedade numa luta estéril, torna-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela e distanciando-se cada vez mais, é o Estado.⁷⁶

Marx e Engels compreendem o Estado como uma instituição histórica, empírica e passageira, cujo fim é a opressão de uma classe por outra⁷⁷. É resultado da sociedade que o gerou, mas que a burguesia, como classe, o utiliza como instrumento, consistindo numa forma jurídica de exploração.⁷⁸

Jellinek e Stammler, citados por Paulo Bonavides, da qual aceitam, contudo, que os fatores econômicos participam na determinação do curso da história e, assim, influenciam na concepção de Estado.

O ponto frágil que identificaram na teoria de Marx e Engels é a contradição em que ela se enreda respeitante à causalidade (determinismo natural dos fatos sociais) e à teleologia (estabelecimento dos fins pelo homem): “Se o curso da história obedece às leis naturais de um desenvolvimento social ao qual não poderá contrapor-se com êxito a vontade do homem, qual a razão de ser da luta organizada do proletariado pela tomada do poder e subsequente destruição do poder estatal?”⁷⁹.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Existe uma doutrina marxista do Estado? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o estado*. Tradução de Federica L. Boccardo e Renée Levie. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 29.

⁷⁶ Engels identifica duas características essenciais do Estado: (i) divisão territorial – distinguindo-se, assim, da antiga organização gentílica; (ii) força pública – necessária devido à divisão de classes e que para sua manutenção são exigidos os impostos. (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. Tradução de H. Chaves. 4ª ed. Lisboa: Presença, 1980, p. 225-227.)

⁷⁷ “Puesto que el Estado es la forma en que los individuos de una clase dominante afirman sus intereses comunes y en que resume toda la sociedad civil de una época, actúa como intermediario de todas las instituciones de la comunidad y todas éstas reciben una forma política. De aquí proviene la ilusión de que el derecho se basa en la voluntad y, mejor todavía, en la voluntad separada de sua base real: en la voluntad libre. Del mismo modo el derecho se reduce, a su vez, a las leyes existentes”. (MARX, Karl. *Sociología y filosofía social*. Traducción de Jordi Solé-Tura. 2ª ed. Barcelona: Península, 1968, p. 245.)

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 42-43.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 47-48.

Outra oposição à teoria marxista antiestatal⁸⁰, é no tocante à redução do Estado a mero instrumento da função econômica, atribuindo ao Estado socialista a função de remover o capitalismo o que poderia gerar um renascimento da economia capitalista quando esta se visse desligada da coerção estatal.⁸¹

E o mais curioso é que Marx, fazendo do Estado, que se nega mais tarde por espontâneo processo de auto-anulação e desaparecimento, o transitório órgão de reforma social, chegará, com a teoria da supressão de classes, justamente à meta histórica onde Hegel se contentara em ficar, isto é, a um organicismo social extremo e profundo, com a diferença apenas de que, para subsistir, dispensa já, de todo, a égide do poder político.⁸²

Pode-se extrair de forma pontual alguns elementos essenciais: (i) o aspecto jurídico do Estado, na teoria da Kant; (ii) o aspecto ético do Estado, na teoria de Hegel; (iii) os aspectos políticos e econômicos da teoria antiestatal de Marx e Engels.

Considerando ainda as objeções de Jellinek e Stammler, pode-se afirmar que a concepção de Estado e a definição de seus fins estarão atreladas essencialmente a um contexto-histórico marcado por fatores econômicos, sociais e políticos e que a estrutura organizacional do Estado estará atrelado a um sistema jurídico, como forma de garantia da própria manutenção social.

Resta, contudo um sistema jurídico que ultrapasse o vazio do formalismo abstrato das leis e denote concepções concretas em seus conteúdos, de forma que determine as políticas em função da busca de igualdade material sem, contudo, desconsiderar as liberdades individuais.

Pode-se concluir que o Estado atual, portanto, não constitui um fim em si mesmo no sentido de manutenção do poder, mas possui finalidades, as quais devem estar

⁸⁰ Uma interpretação distinta sobre a concepção de Marx a respeito do Estado, parece ter Norberto Bobbio. Para o autor italiano Marx entendia o Estado como um mal necessário, como uma das alavancas de uma teoria revolucionária da sociedade, sem, contudo, desconsiderar sua concepção realista do Estado: um domínio de força. A teoria “antiestatal” atribuída a Marx, parece consistir, por sua vez, na visão de que, embora seja um domínio de força, sua função é de “promover o ‘bem comum’, o ‘interesse geral’, ‘a justiça’ e assim por diante, e que um Estado que não perseguisse esses nobres fins seria um Estado corrupto, não seria um ‘verdadeiro’ Estado”. Para Bobbio, essa é a manifestação clara do aspecto ideológico marxista da teoria do Estado: um verdadeiro Estado é o instrumento para a realização de interesses gerais e não de interesses particulares, de classe. (BOBBIO, Norberto. Existe uma doutrina marxista do Estado? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o estado*. Tradução de Federica L. Boccardo e Renée Levie. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 30.)

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 48.

⁸² Idem, *ibidem*, p. 42.

voltadas para os próprios indivíduos através da efetivação do bem público e felicidade social.⁸³

Para uma melhor compreensão do processo histórico que influenciou a definição das funções e finalidades do Estado, cabe verificar os principais elementos do Estado Moderno que emergiu progressivamente desde o século XIV, e os paradigmas de suas faces liberal, social e democrático de direito.

Sua distinção do modelo feudal, segundo André-Noël Roth, baseia-se em três elementos principais: (i) separação entre uma esfera pública e uma esfera privada, aquela dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e esta sob domínio dos interesses individuais; (ii) dissociação do poder político – de dominação legítima legal-racional – do poder econômico – posse dos meios de produção e de subsistência; (iii) separação entre as funções administrativas e políticas, tornando-se autônomo da sociedade civil.⁸⁴

2.3. Estado liberal de direito e formalização dos direitos individuais

O Estado liberal surge como uma resistência ao absolutismo, mas ao mesmo tempo, na doutrina do liberalismo, era considerado o maior inimigo da liberdade. O poder a ele inerente e sua soberania implicavam antítese, restringindo a liberdade primitiva. Seu advento, contudo, é uma necessidade natural para a convivência humana e a liberdade deveria ser organizada no campo social surgindo, assim, a construção da teoria do Estado jurídico como fórmula capaz de resguardar parte daquela liberdade primitiva do homem.⁸⁵

Dessa forma, o Estado passa a ser a armadura de defesa e proteção das liberdades individuais e, da oposição entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, surge a noção de Estado de direito, cuja experimentação histórica se deu com a Revolução Francesa, onde a burguesia passa de dominada a dominante. A classe burguesa

⁸³ Sobre a finalidade do Estado e a noção de bem comum, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que sua essência consiste na vida humana digna, conforme aponta os ensinamentos de Santo Tomás, e defende que “a ação do Estado deve assegurar para todos uma situação tal, em que cada um possa expandir todas as suas virtualidades, em que cada um possa realizar-se plenamente, em que cada um tenha suas necessidades atendidas num nível condigno, em que cada um tenha reconhecida sua condição de homem. Tem, pois, o Estado uma missão positiva: garantir para todos o mínimo, em alimentação, saúde, habitação, educação, vestuário etc., compatível com a dignidade humana.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 33.)

⁸⁴ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno. Tradução de Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 16.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39-42.

formula, então, os princípios filosóficos de sua revolta social que, inicialmente, consistia na ideia de liberdade do homem frente ao Estado, a dicotomia privado-público.

A sociedade, na teoria do liberalismo, segundo Bonavides, se reduz à poeira atômica de indivíduos:

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-lo-ia na Sociedade, que aparece com ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo.⁸⁶

Esse modelo tem acompanhado e favorecido o desenvolvimento do sistema econômico capitalista e o princípio liberal em que se baseia, fundamenta-se na limitação da intervenção estatal, da liberdade do indivíduo e da crença na superioridade da regulação “espontânea” da sociedade.⁸⁷ O exercício das liberdades individuais, portanto, se moldam na ideia de fazer tudo aquilo que não for proibido em lei. A moderna liberdade passa a ter seus contornos traçados sob a perspectiva da autonomia da conduta do indivíduo, não mais significando na participação das decisões políticas.⁸⁸

A burguesia, agora detentora do controle político da sociedade, não mais se interessa em manter como atributo de todos os homens, a prática universal dos princípios filosóficos de sua revolta social. “Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.⁸⁹ A igualdade permanece apenas no plano formal onde todos são iguais perante a lei.

O constitucionalismo burguês começa a ser confrontado, oportunidade em que as ideias passam a ser estruturadas sob a perspectiva de uma participação total e indiscriminada do homem livre perante o Estado na formação da própria vontade estatal. Essa ideia – democrática – se agita com ímpeto invencível rumo ao sufrágio universal.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

⁸⁷ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno. Tradução de Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

⁸⁸ Nesse sentido, a distinção entre a *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos* teorizada por Benjamin Constant, ao identificar que a sociedade moderna se baseia na vida privada e no gozo pessoal de vantagens materiais onde os indivíduos não mais sacrificariam sua independência privada para garantir sua importância e participação na política, ou seja, o indivíduo moderno se dedicaria à sua vida privada em oposição ao cidadão ativo. (BIGNOTO, Newton. República dos antigos, república dos modernos. *Revista USP*. São Paulo, n. 59, p. 40-41, set./nov. 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/59/04-newton.pdf>> Acesso em 13 jul. 2010.).

⁸⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 42.

Os ideais de liberdades defendidas pela burguesia naquele primeiro momento, passam a ser preconizados nas cartas constitucionais com conteúdos objetivos, de forma a expressar aquela ideologia, agora concebida como mecanismos legalmente garantidos de concretização das liberdades dignificadoras da pessoa humana. Os direitos de liberdade passam a se constituírem ordem política no Estado burguês de direito, indispensável à manutenção do poder político e que, só nominalmente, se estendiam às demais classes.⁹⁰

A Constituição, nessa concepção moderna do Estado burguês, carrega, portanto, um conceito apenas ideal, onde todas as garantias das liberdades individuais contam com o alicerce constitucional, embora não havia meios materiais para sua plena efetivação. Para Canotilho, deveria transportar necessariamente um momento de ruptura com a ordem natural das coisas, e um momento construtivista que, por intermédio do poder constituinte, definisse os esquemas ou projetos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.⁹¹ O momento construtivista não era a ordem política – materialmente considerada – do Estado burguês de direito.

No Estado liberal de direito, portanto, todos devem ser livres e iguais e tal liberdade e igualdade estão amparadas num sistema normativo – cujas regras gerais e abstratas são válidas para todos os membros da sociedade –, na separação de poderes⁹² e no enunciado dos direitos e garantias individuais. É a esse sistema normativo que foi atribuída a tarefa de pautar a atuação do Estado, cuja Constituição se caracteriza como um estatuto jurídico fundamental de definição de seus poderes políticos, caracterizando-se assim, o que se pode chamar de Estado constitucional.

⁹⁰ A formalização dos ideais burgueses em cartas constitucionais resultava para essa classe, então detentora do poder, um mecanismo para sua manutenção nessa condição. Nesse sentido, Bonavides esclarece: “disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”. Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já se assinalou, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir”. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.)

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53.

⁹² A separação dos poderes foi concebida, num primeiro momento (século XVIII), para assegurar a liberdade dos indivíduos. Novas concepções foram desenvolvidas posteriormente (final do século XIX), uma delas, que tal separação (ou divisão) também tivesse o objetivo de aumentar a eficiência do Estado entre seus órgãos especializados, com uma distribuição de atribuições específicas a cada um deles. Essa ideia consistia num artifício de se evitar a formação de governos absolutos. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 181.)

A ideia essencial do liberalismo, contudo, não contemplava o elemento popular na formação da vontade estatal, “nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direitos iguais a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”.

A teoria constitucional da revolução recolhe tanto as ideias de Rousseau como as de Montesquieu consistindo na contradição da doutrina do primeiro Estado jurídico: a teoria absoluta da soberania popular⁹³ – inalienável, imprescritível e indivisível – e a teoria da separação dos poderes⁹⁴. “A ideologia revolucionária burguesa soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”.⁹⁵ Acerca da contradição que carrega essa teoria, conclui Paulo Bonavides:

Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.⁹⁶

A concepção de Estado em simples Estado legal pode conduzir a uma submissão do direito ao poder político, causando uma problemática de legitimidade do próprio poder do Estado e sua soberania. Uma concepção jurídico-formalista (Kelsen) poderia confundir o próprio Estado e a ordem jurídica. O Estado de direito se materializa juridicamente, mas não se confunde com a própria ordem jurídica formal positiva.

⁹³ No tocante à soberania do Estado, Rousseau: “Só a vontade geral pode dirigir o Estado segundo o bem comum. A soberania, que é o exercício da vontade geral, não pode alienar-se, porque a vontade não pode transmitir-se. O soberano, que é o povo, não pode comprometer o seu porvir à vontade de um homem. O povo que promete obedecer perde a sua qualidade de povo. A soberania não é divisível, porque não o é a vontade; não tem partes. Os teóricos da separação dos poderes tomam por partes da autoridade soberana o que não passa de emanações dessa mesma autoridade. Somente deste modo se pode distinguir claramente entre os direitos dos povos e os dos reis. Estes últimos estão sempre subordinados ao soberano, o povo”. (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Rogério Fernandes et al. Lisboa: Portugalia, 1968, p. 26-27.)

⁹⁴ Quanto à teoria da separação dos poderes, Montesquieu: “Existem em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. [...] Pela primeira, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou revoga aquelas que já se acham feitas. Pela segunda, determina a paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, evita invasões. Pela terceira, pune os crimes ou julga as questões dos particulares. Chamar-se-á, a esta última, o poder de julgar e a outra, simplesmente, o poder executivo do Estado.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. 1º vol. São Paulo: Edigraf, 1960, p. 180.)

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-53.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 54-55.

A corrente racionalista, proveniente da Revolução Francesa, que transitaria do racionalismo filosófico, abstrato e jusnaturalista para o racionalismo positivista, empírico e legalista operou uma útil transposição de termos, fazendo toda legitimidade repousar doravante na legalidade e não como dantes a legalidade na legitimidade.⁹⁷

Fundamentando única e formalmente numa norma comum positiva de validade (norma “pura”) – sem levar em consideração aspectos políticos, sociais e econômicos –, permitir-se-ia a conclusão que todo tipo de Estado se convalidasse como Estado de direito.⁹⁸

Estado liberal de direito embora tenha reconhecido teoricamente as liberdades e igualdades, declaradas nos textos constitucionais, na realidade, porém, o sufrágio limitado não tornou possível à grande maioria dos indivíduos a participação nessas liberdades.

Pode-se concluir dessas linhas que o Estado de direito foi fruto do liberalismo, ou seja, um conceito tipicamente liberal – por isso chamado de Estado liberal de direito – resultado da revolução burguesa contra o absolutismo do rei, cujas principais características foram: (i) submissão ao império da lei; (ii) divisão de poderes; (iii) enunciado e garantia dos direitos individuais.

2.4. Estado social de direito e a nova dimensão dos direitos individuais

As liberdades e igualdades do Estado liberal de direito consistiam por garantias meramente formais, conformando assim o paradigma desse modelo de Estado: a burguesia, então detentora do poder, e sustentada pela legitimação legal (formalmente considerada), não atuava em prol da construção de condições materiais capazes de efetivarem aquelas garantias. Aquela liberdade conduzia a graves situações de arbítrio:

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 113-114.

⁹⁸ Nesse sentido, a crítica de José Afonso da Silva: “A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significativo desprezo a esse conceito. Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo como mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer ideia de Estado de Direito”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.115.)

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.⁹⁹

Há uma necessidade de novas ideias e concepções que redefinem a liberdade: “discuti-la, conceituá-la, defini-la, aplicá-la” passou a ser o primeiro plano de análise dos teóricos de direito público. Surge uma consciência da necessidade da justiça social¹⁰⁰, que decorre do individualismo e o abstencionismo¹⁰¹ ou neutralismo do Estado liberal, que segundo a interpretação de José Afonso da Silva “provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelaram a insuficiência das liberdades burguesas”¹⁰².

A exaltação do indivíduo e de sua personalidade e a total ausência e desprezo da coação estatal era o que definia o valor de liberdade no liberalismo. Essa era a liberdade garantida formalmente. Segundo Vierkandt, citado por Paulo Bonavides, o que importa é o modo como se utiliza da liberdade, o que se há de fazer com ela: “só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões”.¹⁰³

Nesse contexto, o conceito de liberdade do liberalismo carece de condição de igual capacidade entre os homens, ou seja, a igualdade material, as condições concretas. Seu conceito formal encobre as desigualdades de ordem econômicas, sociais, políticas e pessoais que vieram à tona dos pensadores liberais com o advento da I Guerra Mundial, cuja contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores já havia sido identificada por Sant Simon e Marx na primeira fase do capitalismo: estes

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59.

¹⁰⁰ “A justiça social é uma atualização da justiça legal”, aponta Wambert Gomes Di Lorenzo, que aponta uma imediata e necessária mudança da ênfase dos critérios de igualdade: “Enquanto na justiça legal a igualdade estava fundada no meio – a lei –, na justiça social a igualdade está fundada no sujeito – a pessoa”. (DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 85.)

¹⁰¹ Termo também utilizado por Darcy Azambuja ao definir a corrente abstencionista que se entende por liberalismo, é a doutrina que os franceses chamam a do Estado *gendarme*, do *laissez faire*. Oportuno destacar pontualmente suas principais características: (i) a função do Estado é exclusivamente de mater a ordem externa e interna; (ii) não cabe ao Estado qualquer intervenção na ordem econômica e nas relações de trabalho; (iii) a ordenação jurídica deve conter o menor número possível de leis; (iv) o Estado não pode definir qualquer tipo de restrição ao direito de propriedade. Em resumo: Estado não-intervencionista – mínimo. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4. Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 145.)

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 136.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo daqueles formosos postulados de que todos os homens são iguais perante a lei.

Surge então a preocupação de vários teóricos, principalmente dos alemães, de superar o conceito clássico de liberdade defendido desde a Revolução Francesa, iniciando uma necessária consideração dos fatores econômicos para que seja possível uma verdadeira liberdade humana. Essa concepção fazia parte tanto das filosofias políticas de esquerda quanto de direita.

Uma nova fase do constitucionalismo se inicia, fruto principalmente do desenvolvimento do movimento democrático, através de uma revolução pelo consentimento¹⁰⁴ – visto que o caminho da revolução pela violência através do fascismo e do nacional-socialismo não resultaram efetivos – e o aumento de demandas sociais e políticas – principalmente após a Primeira Guerra Mundial. Essa nova fase é a do Estado social de direito:

O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça.¹⁰⁵

O novo paradigma do Estado social implica, portanto, na materialização daqueles direitos anteriormente formais. Trata-se de uma nova leitura daqueles direitos – individuais, ou de primeira dimensão – em conformidade com o novo contexto-histórico, com a nova demanda social. Essa nova leitura traz à tona a discussão no tocante aos direitos coletivos e sociais – ou de segunda dimensão – pressupondo o reconhecimento das diferenças materiais e a necessidade de tratamento privilegiado àquele economicamente mais fragilizado, de modo que haja um mínimo material de igualdade, pelo menos numa primeira ordem.

¹⁰⁴ A fundamentação essencialmente no consentimento, através da instrumentação política de bases populares, para Bonavides, é a variante mais lícita sob a qual a doutrina do Estado social deve se pautar: “há de ser a democracia o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais. Democracia é conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade.” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.)

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 62.

Há, portanto, uma necessária ruptura com o paradigma do Estado liberal de direito, não podendo mais os direitos serem garantidos naquela concepção de sociedade econômica liberada, mas devem ser concretizados através das realizações do Estado.¹⁰⁶

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. [...] É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de sere objeto de diversos pactos internacionais.¹⁰⁷

O Estado passa, então, a ampliar seu campo de atuação de forma a abranger e intervir na seara econômica e social que se faz necessária para a realização da justiça social. Nesse contexto histórico o direito passa a ter um conteúdo axiológico-político, deixando de ser apenas uma ordem geral e abstrata para se firmar como instrumento de efetivação daquelas garantias do ideário liberal. O Estado deixou sua neutralidade para integrar a sociedade, sem renunciar ao Direito e, portanto, deixou de ser formal para ser material de direito.

Quando interfere nos direitos do trabalho, da previdência, da educação e na própria economia por uma pressão social, por uma necessidade material da sociedade, poderá o Estado ser chamado de social. Nota-se que não há um abandono da ordem capitalista, o poder político mantém suas bases estruturais econômicas nesse sistema. José Afonso da Silva, citando Elías Díaz, aponta que o propósito é justamente compatibilizar num mesmo sistema dois elementos: “o capitalismo como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo do *Welfare State*”¹⁰⁸.

Cabe ressaltar a distinção desse do Estado social do Estado socialista, como assevera Paulo Bonavides. Na seara socialista, a base estatal se transforma, “e é essa modificação que justifica o corte dicotômico entre o sistema político marxista e o sistema

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 306-307.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 49.

¹⁰⁸ Estado de bem-estar-social ou Estado-providência.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 116.

político ocidental”. Tanto os socialistas utópicos¹¹⁰ e depois Marx e Engels, desenvolveram uma teoria crítica da base estrutural capitalista do Estado liberal e do próprio Estado social. O modelo socialista se caracteriza, portanto, na medida em que o Estado produtor remove o Estado de base capitalista, ampliando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, colocando em xeque o modelo econômico estatal iniciado com o paradigma do Estado liberal de direito. Aproveita-se a estrutura do modelo social, mas nega os valores capitalistas – aceitos pelo modelo social –, resultando numa oposição – e não superação – do modelo liberal.¹¹¹

O novo modelo de Estado carrega o intervencionismo como uma necessidade, afinal, o modelo antigo não resolvendo o problema de ordem econômica das camadas proletárias inevitavelmente resultou em crise. A emancipação econômica passa a ser identificada como elemento intrínseco da liberdade e que a liberdade política restrita não resultava em nenhum tipo de possibilidade de mudança da situação social.

Uma das mais evidentes transformações do liberalismo foi a conquista do reconhecimento geral da liberdade política mediante o sufrágio universal. “Foi uma das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e o capital”, que para a burguesia significou derrota, pois se inicia um processo que não permitiria mais a manutenção da estratificação da ordem política. Inicia-se uma decadência definitiva do velho liberalismo e a burguesia se vê obrigada a dividir o controle político com as demais classes. De certa forma essa divisão possibilitou a manutenção ideológica da liberdade moderna com valoração da personalidade, agora no âmbito da democracia plebiscitária.

O modelo de Estado social, contudo, não estaria imune de uma politização da sua função social como mecanismo capaz de agravar a dependência do indivíduo¹¹² ou do desvirtuamento da democracia – utilizando a massa como pressuposto de ditadura – para a

¹¹⁰ Pode-se apontar Saint-Simon, Charles Fourier, Louis Blanc e Robert Owen.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184-190.

¹¹² Nesse sentido oportuno trazer a crítica do professor Darcy Azambuja do que chamou de “hipertrofia do Estado” ao constar que cada vez mais o Estado vinha sendo chamado para resolver questões que os próprios indivíduos não conseguiam solucionar exigido, assim, um Estado intervencionista que a todos protege, não bastando que apenas distribuisse justiça, mas também pão, água, luz, música e notícias. O homem passou a apelar ao Estado à satisfação de todas suas necessidades materiais e espirituais e, assim, foram surgindo novas leis, regulamentos, servidores públicos; um novo serviço público. O Estado, entretanto, não deu quase nada porque não podia dar. O que lhe foi exigido era muito maior do que de fato ele é. O Estado passou a se caracterizar como uma engrenagem monstruosa e desconjuntada. (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962. p. 149-150.)

consolidação do poder totalitário, o que Paulo Bonavides chamou de “perversão do Estado social”:

Na democracia moderna oferece problemas capitais, ligado às contradições internas do elemento político sobre que se apoia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem esses o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo).¹¹³

A garantia tutelar dos direitos da personalidade e a preponderância da ideia social nas constituições, através da garantia dos direitos sociais e dos direitos da personalidade, é o que distingue o modelo de Estado social e através do elemento democrático é que se poderá concretizar as igualdades e liberdades. O contexto histórico – político, econômico, social etc. – refuta a função do Estado ao mínimo como no antigo modelo do liberalismo; requer um Estado que atue materialmente.

Conclui Bonavides, que o Estado social:

supera definitivamente o antigo Estado liberal e, segundo a tese que sustentamos, tanto se compadece com o totalitarismo como, também com a democracia. Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. Não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste. O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político.

Esse modelo – de Estado social –, portanto, consagra-se no constitucionalismo democrático e passa a ser o norte de todo o sistema político, social e econômico.

2.5. O Estado democrático de direito

2.5.1. Paradigma do bem-estar social frente ao elemento econômico

Claus Offe sintetiza a relação dos cidadãos com a autoridade do Estado moderno, da seguinte forma: “Os cidadãos são coletivamente os *criadores* soberanos da autoridade estatal, são potencialmente *ameaçados* pela força e coerção estatal organizada e são *dependentes dos serviços e das provisões organizados pelo Estado.*” Estes três componentes integram o conceito de cidadania e têm suas raízes ideológicas nas teorias

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203.

políticas do liberalismo, da democracia e do Estado de bem-estar respectivamente, segundo o autor, e complementa:¹¹⁴

A noção de cidadania nos Estados de bem-estar liberal-democráticos envolve estes três aspectos: primeiro, os cidadãos constituem a principal fonte da vontade política coletiva, na formação da qual eles são chamados a participar sob várias formas institucionais; segundo, também são os ‘sujeitos’ contra quem essa vontade pode ser imposta e cujos direitos e liberdades civis, ao constituírem uma esfera autônoma de ação social, cultural, política e econômica ‘privada’, impõem limites sobre a autoridade do Estado; e, finalmente, são clientes que dependem dos serviços, dos programas e dos bens coletivos fornecidos pelo Estado, para garantirem os seus meios de sobrevivência e de bem-estar material, social e cultural em sociedade.¹¹⁵

Seguindo o raciocínio para se identificar os elementos social e econômico como paradigma do Estado democrático de direito, cabe ressaltar que o modelo do Estado social se fez necessário e desenvolveu principalmente a partir da Revolução Industrial. Cada vez mais o Estado foi obrigado a intervir nos campos econômico e social, sobretudo desde a Primeira Guerra Mundial. O que se verificava era uma redução (ou revelação) da capacidade autoreguladora da sociedade e que necessitou a regulação da “questão social” – como, por exemplo, seguros, direito do trabalho, previdência e assistência social pelo Estado – e, também, da economia, através de definição de políticas monetárias e proteção da livre concorrência, por exemplo. Dessa forma, o Estado passa a ser o instrumento de transformação e regulação social com o papel de favorecer o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos, ou seja, interventor na vida econômica e social.¹¹⁶

Essa forte influência das questões econômicas, principalmente numa sociedade industrial, como a moderna, segundo Giovanni Sartori, tende negligenciar a forma política em favor da forma econômica societária e, seu alerta é no tocante aos impactos sobre os interesses políticos e influência sobre a teoria política em geral, bem como sobre a teoria democrática.¹¹⁷ Definir o que é democracia se resolveria se a premissa fosse simplesmente terminológica: “poder do povo”. Não basta, no entanto, o seu significado literal, mas, principalmente seu objeto:

¹¹⁴ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 269.

¹¹⁵ Idem, ibidem, p. 269.

¹¹⁶ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno. Tradução de Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

¹¹⁷ SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Tradução de Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962, p. 210.

Assim, para evitar um passo em falso, devemos ter em mente três pontos: primeiro, que uma distinção firme tem que ser feita entre o *deve* e o *é* quanto à democracia; segundo, que esta distinção não deve ser mal-entendida, porque ideias e realidade estão interligadas (sem os seus ideais uma democracia não pode corporificar-se e, reciprocamente, sem uma base de fato a prescrição democrática nega-se a si mesma); terceiro, que embora complementares, as definições prescritivas e descritivas de democracia não devem ser confundidas, porque o ideal democrático não define a realidade democrática e, vice-versa, uma democracia legítima não é, não pode ser, igual a uma democracia ideal.¹¹⁸

Em outras palavras: a democracia formal – aquela definida pelos textos constitucionais – e a democracia concreta – aquela de fato, praticada. Esse aspecto concreto da democracia é o objeto do Estado democrático social de direito, ou seja, a transformação social através da igualdade material dos seus indivíduos, permitindo-se, assim, a efetiva liberdade. Essa é a concepção de democracia legítima.

A influência econômica ao ponto de negligenciar a forma política, na preocupação do professor da Universidade de Florença, influenciaria na própria teoria política, na definição de seus imperativos. Para Sartori, a política deve ser uma “meta dirigida à boa vida política”, ou seja, que não pode ser ela “somente uma questão de ‘quem parte o bolo de que modo’; e que a política não pode ser reduzida ao mero problema de ‘quem consegue o quê, quando e como’”¹¹⁹, reduzindo, assim, o valor humano à mera capacidade de consumo:

O que obtemos, de tangível, da liberdade? Nada, ou em linguagem econômica crua, somente a liberdade de morrer na penúria. No entanto, a liberdade constitui sempre aquilo que o povo tem mais desejado e procurado em toda a história do Ocidente. Poderia bem suceder que conseguíssemos ‘obter mais’, economicamente falando, de uma ditadura industrial bem arregimentada. Mas serão as mercadorias tudo o que desejamos na vida?¹²⁰

A sobreposição da forma econômica que cultua um valor hedonístico aos bens, refletirá diretamente na concepção dos valores sociais e os indivíduos exigiriam um Estado protetor dessas necessidades, ao mesmo tempo em que estaria menos ciente da importância de um Estado que garantisse – e concedesse – suas liberdades.¹²¹ A liberdade efetiva não significa simplesmente a capacidade de consumo, mas o grau de desenvolvimento econômico de determinadas sociedades – como o caso do Brasil – e o desequilíbrio acentuado na distribuição de renda, com certeza é uma fator de restrição contundente.

¹¹⁸ SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Tradução de Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962, p. 18-19.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 212.

¹²⁰ Idem, p. 213.

¹²¹ Nesse sentido “a sociedade confusa”, numa das conclusões de Giovanni Sartori sobre a Teoria Democrática, onde se define enquanto democrata-liberal. (Idem, p. 464-479.)

Nesse sentido, o contexto histórico atual, pede um Estado intervencionista, um Estado social.

Para Franz Neumann, à sociedade moderna é necessária a liberdade política para a conservação de sua liberdade econômica, sendo que ambos os elementos são indispensáveis, e completa: “não existe uma teoria moderna de direito e de Estado que não aceite tanto a força como o Direito, mesmo que a importância dada a cada um desses componentes tenha variado de acordo com a situação histórica.”¹²²

A atividade do poder na esfera pública e, portanto, da esfera política de um Estado de direito, se desenvolve estritamente sob as normas instrumentalmente reguladas e autorizadas pelo ordenamento jurídico, caracterizado pela supremacia da lei sobre a administração, não podendo esta agir sem a conformação daquela. Não se resume, contudo, a um mero instrumental técnico de limitações do poder o Estado de direito; mais que isso, é resultado da concepção adotada sobre a eficácia e alcance dos direitos fundamentais, definindo seu papel. A esfera política deverá – embora sob as influências econômicas inevitáveis –, se pautar em tais valores na definição de suas ações positivas, afinal, não há como desvencilhar os direitos fundamentais da própria concepção da Constituição e do Estado de direito¹²³.

Claus Offe, procurando definir um conceito de cidadania e a relação dos cidadãos com o Estado, propõe dimensioná-lo dentro de um eixo evolutivo do Estado moderno, traçando sinteticamente sua evolução em três etapas básicas que, “em primeiro lugar aparece a solução ‘liberal’ dos problemas da autoridade estatal como uma ameaça à vida, à propriedade e à identidade cultural e religiosa”¹²⁴, garantindo-se constitucionalmente a liberdade de certas esferas de atividade e de existência isenta do controle estatal, constituindo um conjunto de mecanismos institucionais protetores que se traduz no “Estado de direito”, como mecanismo de equilíbrio dos controles administrativo, fiscal, militar e ideológico acumulados pelo Estado. “Em segundo lugar, uma vez que o Estado moderno não possui um mandato ‘meta-social’ universalmente reconhecido sobre quais suas atividades possam se basear ou de onde possa vir sua legitimidade, ele se volta

¹²² NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 32.

¹²³ Esse era o núcleo das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa, onde a noção da limitação jurídica do poder estatal era definida mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes.

¹²⁴ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 270.

para o ‘povo’ como sua principal fonte de autoridade”¹²⁵, lê-se, princípio da “voz ativa” baseados no sufrágio universal, na liberdade partidária, nas eleições gerais, dentre outros. Em terceiro lugar, a dependência dos cidadãos do Estado é “devido à perda *tanto* das formas feudais paternalistas de ‘bem-estar’ *quanto* da autarquia econômica individual que a natureza de controle pelo mercado do capitalismo industrial é incapaz de compensar totalmente”¹²⁶, resultando num problema de toda a sociedade civil, que passa a depender das políticas econômicas e sociais estruturadas no Estado do bem-estar intervencionista.

Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, formando não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material,¹²⁷ conferindo ao ordenamento jurídico do Estado, então social, todo um conteúdo axiológico-político, ou seja, a concepção de um Estado que atue de forma ativa na realização da justiça social, o que vale dizer, na efetivação da igualdade material de forma a garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Exige-se, portanto, um modelo de Estado que privilegie e atue na criação de uma situação de bem-estar geral, cuja legalidade deve-se amoldar sob essas finalidades, como requisito validador de todo o ordenamento e do próprio Estado.

No âmbito de um Estado social de direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.¹²⁸

O Estado de bem-estar, no raciocínio de Niklas Luhmann, somente pode ser compreendido dentro da concepção de Estado social que se desenvolve nas regiões mais industrializadas do mundo reagindo frente às consequências da industrialização com medidas de prevenção social, entendendo que tal elemento ainda persiste como um importante objetivo estrutural, mas que nos dias atuais, o bem-estar significa e exige algo mais que mera assistência social – que pode até se chegar ao problema, mas não resolvê-lo

¹²⁵ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 270.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, p. 270.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59-60.

¹²⁸ Idem, *ibidem*, p. 63.

–, bem como algo mais que mera compensação das desvantagens e desigualdades sociais”¹²⁹, e acredita que:

La ayuda debe incorporar entonces una alteración de las estructuras cognitivas y motivacionales de la personalidad, de su percepción y de sus deseos, debe adaptarse a situaciones individuales, y esto sitúa al Estado social, técnicamente, ante los límites de su capacidad y, moralmente, ante el problema de la justificación de su intervencionismo.¹³⁰

Luhmann entende que só é possível uma “lógica do Estado de bem-estar” fundamentada no princípio da compensação, compreendida aquelas desvantagens que recaem sobre cada indivíduo como consequência de um determinado sistema de vida. Nesse sentido, o autor contextualiza essa questão numa referência a sistemas complexos de ação num contingente, afastando a fundamentação simplesmente racional que se retém nas pretensões de validade normativa, subestimando sistematicamente o problema da complexidade do mundo. No mesmo sentido, “a intersubjetividade do sujeito”, segundo Habermas.¹³¹

O único meio político que pode propiciar a realização do conteúdo do bem comum é, para Wambert Gomes Di Lorenzo, a democracia personalista, cuja denominação explicita “a concreção de uma teoria democrática que coloca a pessoa humana como causa, meio e fim da comunidade política”. E, por ser centrada em pessoas, é naturalmente e essencialmente plural e deliberativa, não sendo possível um regime ser pluralista sem ser democrático e vice-versa.¹³²

2.5.2. Os direitos fundamentais sociais como caráter transformador necessário

As Constituições dos Estados abrigam todos os princípios que definirão a atuação política, jurídica e judicial, podendo desprender uma estrutura sistêmica voltada a uma determinada finalidade que estará guarnecida de concepções mais liberais ou mais sociais, mas que penderá para esta principalmente quando o próprio contexto social assim exigir. Tal exigência resultará como uma necessidade para a própria transformação da sociedade, através da promoção do bem-estar social cuja efetividade somente será possível

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Traducción de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 1997, p. 31-32.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 32. Optou-se por manter a tradução espanhola da obra consultada.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 163.

¹³² DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 91.

pela *práxis*, exigindo-se o Estado ativo, ou seja, não meramente garantidor das liberdades formais, mas promotor da liberdade real por intermédio da realização da igualdade material.¹³³

Não basta, contudo, as garantias ou objetivos formalmente expressos como Konrad Hesse sustenta, “embora a Constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas” e complementa:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).¹³⁴

A função dos direitos fundamentais sociais deve ser compreendida como um dever objetivo dos poderes legislativo e executivo – passíveis de controle jurídico constitucional –, não como meras estratégias, métodos ou técnicas de positivação, mas, efetivamente, como normas jurídicas vinculantes¹³⁵, cujo aspecto será mais bem explorado oportunamente neste trabalho.

Esse é o elemento essencial que definirá o Estado democrático de direito, enquanto transformador da realidade, que embora confira relevância à lei, a compreende –

¹³³ Parece não restar dúvidas que a República Federativa do Brasil adotou o princípio do Estado social, embora não haja um dispositivo que expresse com todas as letras, como podem exigir alguns formalistas extremos. No próprio dispositivo preambular da Constituição já se pode observar sem muita dificuldade essa concepção: “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...” (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2.), destacando-se aquilo que sintetiza a função primordial do Estado brasileiro. Com licença retórica poder-se-ia concluir que a expressão “exercício dos direitos” onde “sociais” precede “individuais”, é a confirmação que a igualdade material daqueles é que permitirá o real exercício destes. Ademais, podem-se observar os objetivos fundamentais da República no seu artigo 3º, enumerando-se (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais; (iv) a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações; que determina, portanto, a forma de todo o sistema em função dessas realizações.

¹³⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

¹³⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 64.

e deve utilizá-la – como instrumento de intervenção na realidade social¹³⁶, uma vez que a ideia de democracia não se sustenta sem as condições materiais de existência. A igualdade declarada pelo sistema constitucional – formal – por intermédio dos direitos fundamentais sociais deve ser buscada materialmente, como explica Cristina Queiroz:

seu âmbito de aplicação não se reporta exclusivamente ao “princípio de igualdade” como critério directivo para a acção público-estadual. Pelo contrário, a realização desses direitos não depende unicamente da institucionalização de uma ordem jurídica nem tão pouco de uma mera decisão política dos órgãos de governo, mas da conquista de uma ordem social em que impere uma justa distribuição dos bens, a qual só poderá ser alcançada de modo progressivo.¹³⁷

Citando Böckenförde, a autora portuguesa destaca que para ser possível a conversão da liberdade jurídica em liberdade real, “os respectivos titulares necessitam de uma participação básica nos bens sociais materiais” que fazem parte da liberdade, consistindo em “pressuposto necessário da sua realização”, impondo, portanto, “uma relação fática entre os conceitos de ‘liberdade’ e ‘capacidade’”, onde o Estado surge como o competente para garantir tais pressupostos de uma atuação social através de suas prestações.

Luigi Ferrajoli reconhece a ligação entre democracia e igualdade, mas faz uma ressalva quanto à imagem de desigualdade antropológica que se evidencia pela igualdade formal:

Em efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico.¹³⁸

A concepção de Estado democrático resulta, portanto, num avanço por buscar igualdade efetiva por intermédio de intervenções que impliquem alterações sociais de forma a permitir as condições mínimas de vida – pelo menos num primeiro momento – aos

¹³⁶ José Afonso da Silva, nesse mesmo raciocínio, entende que a “lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, económicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência dos valores socialmente aceites”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.122.)

¹³⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 26.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 58.

seus indivíduos, de forma que possam autogovernar-se, ou seja, não consista a liberdade somente na ausência de interferência ou coação estatal, mas, também, de ausência de dependência.¹³⁹

Nesse mesmo raciocínio pode-se referenciar a autonomia da teoria crítica que a concebia como resposta à alienação e à reificação, onde jamais teve algo em comum com a permissão. A autonomia confere um elemento material necessário para que seja possível o exercício das faculdades humanas que dependem de certas pré-condições econômicas, políticas e sociais, onde os “partidários do socialismo democrático dedicavam-se a perseguir a igualdade material precisamente para que a ‘necessidade’ econômica não interferisse no exercício da ‘liberdade’”¹⁴⁰. A autonomia só faz sentido, portanto, se contextualizada às formas institucionais devidamente responsáveis e capazes de perceber as necessárias condições para que seja possível a realização das faculdades. Stephen Eric Bronner sintetizando o pensamento crítico acerca da autonomia¹⁴¹ e da necessária condição material para o desenvolvimento das faculdades humanas, aponta que:

É um mundo onde o espaço institucional e as condições materiais são criadas visando a uma revolução permanente e o enriquecimento da subjetividade. Certas formas de atividade política podem ajudar a atingir esse mundo e, por isso, a reificação não é intercambiável com a objetificação ou a mera externalização da subjetividade. Na verdade, pela mesma razão, nenhum desses conceitos é identificável com a alienação. A alienação gera pouco interesse em reformas ou revolução; ela carece de um referente determinado e, por essa razão, cria uma preocupação com o apocalipse e a utopia. [...] Tais preocupações são reais e não faz sentido condená-las como místicas e irracionais. [...] Há um sentido no qual a autonomia significa ter soberania sobre aquilo que Martin Heidegger chamou “a própria possibilidade”.¹⁴²

Quanto à questão da necessária condição material, John Rawls sustenta que o mínimo existencial está atrelado a uma situação equitativa de oportunidades e que sem ela os cidadãos não teriam condições de assumir a responsabilidade pela própria vida,

¹³⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 35.

¹⁴⁰ BRONNER, Stephen Eric. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Tradução de Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. Campinas: Papirus, 1997, p. 408-409.

¹⁴¹ Para a teoria crítica, autonomia significa ser capaz de escolher entre opções culturais e políticas. Pode-se concluir que não basta ter a condição material para tanto, mas ter a capacidade de escolha, o que não é possível com a chamada alienação. Essa capacidade somente é conquistada por intermédio da educação. A teoria crítica desempenha um papel importante no desenvolvimento de novas formas de pedagogia com a proposta de se constatar a superficialidade na transmissão da cultura e na negação de questões ligadas à qualidade da educação moderna. “Sem se referir à educação e à reflexividade, de fato, não faz sentido falar de autonomia. A indiferença definirá cada vez mais seu exercício. Uma escolha será a mesma que outra, mesmo se o leque de alternativas aumentarem. A autonomia, nessas circunstâncias, certamente vai degenerar para formas cínicas de anomia”. (idem, ibidem, p. 411-412.)

¹⁴² Idem, p. 410.

portanto, não poderiam ser considerados livres e iguais. Esse mínimo resulta do que chama “bens primários” e que a medida necessária para que possa emancipar o indivíduo não pode atrelar-se a comparações interpessoais, de forma que ao Estado restasse agir no sentido de “maximizar a satisfação das preferências ou aspirações racionais dos cidadãos”, mas deve estar vinculado a uma ideia de benefício racional comum a todos os cidadãos e sustentadas pelas mesmas bases¹⁴³, para que se constituam exigências válidas¹⁴⁴. O autor elenca cinco categorias nas quais os bens primários poderiam ser divididos:

- a) os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d) renda e riqueza; e) as bases sociais de auto-respeito.^{145 146}

O Estado deixando a passividade para a intervenção no domínio econômico e social, exigiu uma maior utilização das finanças públicas enquanto instrumental intervencionista, que pode ser identificada principalmente pela via da tributação, inaugurando o chamado período moderno das finanças públicas, passado do *L'État-Gendarme* dos liberais para o *Welfare State* que tinha a função de assegurar o bem-estar dos cidadãos.¹⁴⁷

O modelo de Estado passa por uma evolução no que diz respeito ao caráter comunitário, fazendo com que todos os direitos fundamentais passassem por

¹⁴³ Segundo Jürgen Habermas, na “Teoria da Justiça” de John Rawls, o autor se envolve com a questão da “auto-estabilização” e se apoiará no que chamou de “teoria fraca do bem” ao defender que instituições justas poderiam criar condições justas para que as pessoas possam concretizar seus planos de vida. A crítica de Habermas é que isso faria sentido se efetivamente existissem as instituições justas e que o problema estaria justamente no estabelecimento dessas instituições sem a coerção do direito, pois a auto-estabilização não se apóia nesse elemento. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p.84-85.)

¹⁴⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 226-227.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁶ Cabe apontar que John Rawls é um liberal, contudo, esse termo é dotado de uma acepção distinta do liberalismo que já foi tratado nesse trabalho. Há uma diferença na concepção do termo liberal adotado pelo norte-americano do adotado pelo europeu ou pelo brasileiro. A corrente liberal caracteriza-se, para aqueles, pela adoção de mecanismos oficiais que tem como escopo a promoção e elevação dos padrões de renda da minoria que é incapaz de fazê-lo através do próprio mercado. John Rawls defende a tese que a justiça consistiria num conjunto da vida humana, repousando num princípio igualitário de distribuição. A estabilidade das instituições democráticas-representativas dependeria do consenso social acerca de determinadas questões que se pautariam na (i) igualdade política; (ii) igualdade de oportunidades; (iii) respeito mútuo – exigências aceitas pelo liberalismo e pela social-democracia – e; (iv) garantia de reciprocidade econômica (igualdade de resultados) – que aproxima o autor ao ideário socialista. (Idem, *ibidem*, p. 5-8.)

¹⁴⁷ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

transformações¹⁴⁸: os chamados direitos de primeira geração (ou dimensão), que são os direitos de liberdade, que se circunscrevem às liberdades negativas como oposição à atuação estatal, se consolidam formalmente como garantias fundamentais, mas que para sua efetiva fruição pelos indivíduos restariam necessárias condições materiais para tanto, cuja função cabe aos direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos. Diferentemente daqueles primeiros, estes estão atrelados a uma atuação positiva do Estado, que se pode traduzir em prestações como forma de promoção da igualdade.

Tanto os direitos à liberdade como à igualdade tem como escopo o indivíduo. Outros direitos, enquanto resultados da própria evolução social e das relações sociais cada vez mais complexas, não são mais referíveis individualmente, como bem aponta Norberto Bobbio:

os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder, remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Esses novos direitos se refletem em agrupamentos de indivíduos que compartilham uma mesma situação, incorporando conteúdo de universalidade, consistindo nos chamados direitos de terceira geração, representando direitos de solidariedade vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à comunicação. O que distingue esses direitos é justamente a sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. Em face de sua implicação universal ou, no mínimo,

¹⁴⁸ Para Norberto Bobbio, do ponto de vista teórico, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...]: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.)

transindividual, demandam, para sua efetivação, esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial.¹⁴⁹

Pode-se desprender que os direitos e garantias individuais devem ser analisados além da esfera da titularidade individual em decorrência da evolução das próprias relações sociais¹⁵⁰ muitas vezes na esfera do difuso, de forma que não seja possível a determinação das titularidades e pretensões. Não há, também, qualquer relação de sobreposição nessas gerações de direitos, mas uma relação de complementaridade, compondo, portanto, sistemas e subsistemas jurídicos de direitos fundamentais de forma que os Estados e os povos efetivamente tenham, primeiramente, o *ánimus* de proteger e efetivar os direitos fundamentais que estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana que consiste, segundo Wambert Gomes Di Lorenzo, no

valor basilar do Estado. O Estado não tem outra razão de ser senão buscá-la e realizá-la. Trata-se de um valor encontrado a partir de premissas rigorosamente lógicas e universalmente verdadeiras, de um princípio que não pode ser objeto de escolha, porquanto, por si mesmo, é evidente, pois decorre das coisas postas, da natureza, do mundo real e concreto.¹⁵¹

Di Lorenzo conclui, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana é fundamento do próprio Estado, sem o qual perde a razão de existir.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 57.

¹⁵⁰ O progresso da civilização humana, contudo, não proporcionou uma diminuição na agressão dos direitos humanos, pelo contrário, cresceu, o que consiste numa verdadeira contradição histórica que Sérgio Resende de Barros chamou de “paradoxo da civilização”, e complementa o autor: “a negação dos direitos humanos pelos seres humanos se expande. Pela atividade individual (homicídios, assaltos, estupros, atentados, torturas, etc.) e coletiva (genocídios, holocaustos, extermínios, guerras, etc.), assim como pela passividade (endemias, epidemias, miséria, fome, etc.), os direitos da pessoa humana são violentados, tanto os fundamentais quanto os operacionais, em todos os países, tanto os desenvolvidos como os subdesenvolvidos. No globo terrestre, condições e estágios de cultura divergentes apontam para uma convergência de processo e resultado: a civilização humana progride, mas o desrespeito aos direitos humanos não regride”. (BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 446.)

¹⁵¹ DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 54.

3. Neopositivismo e neoconstitucionalismo

3.1. A mudança na função do Direito na sociedade moderna

Cabe uma análise do pensamento jurídico chamado positivista ou normativista e a mudança decorrente do movimento operário alemão de 1918, para uma melhor compreensão da mudança de paradigma da função do direito na República de Weimar e suas influências frente à teoria dos princípios e sua utilidade na atual concepção histórica.

Naquele pensamento jurídico o sistema é regulado pelas chamadas leis gerais que podem ser encontrados em esferas de livre arbítrio ou em instituições que orientam e controlam o comportamento. Nessa linha, a liberdade, no sentido legal, terá sempre um significado exclusivamente negativo. Para Franz Neumann, há quatro liberdades legais diferentes de uma maneira geral:

1) Liberdade pessoal, que compreende os direitos do indivíduo isolado, tal como o dispositivo de que uma pessoa só pode ser presa com base na lei e por meio de procedimento legal; inviolabilidade postal e domiciliar. 2) Liberdade política, que é política porque obtém o seu significado somente na base de uma vida social organizada dentro da estrutura do Estado. Inclui liberdade de associação e de reunião, liberdade de imprensa, e o direito ao voto secreto. Esses direitos são liberais e também democráticos. São liberais, uma vez que garantem liberdade para o indivíduo em certas esferas da vida e democráticos porque representam os meios para a determinação democrática da política do Estado. 3) Uma terceira categoria é constituída pela liberdade econômica, ou seja, a liberdade de comércio e indústria. 4) No período da democracia, os direitos políticos de liberdade encontram expressão também na esfera social com o reconhecimento do direito de associação na parte dos empregados.¹⁵²

Franz Neumann esclarece que se trata de uma classificação que não esgota a matéria lógica ou historicamente e que tais liberdades não são geralmente garantidas constitucionalmente como direitos irrestritos, o que seria absurdo, mas garantidas exclusivamente dentro da estrutura legal cuja interferência só pode dar-se, portanto, com base em dispositivos legais. “É a mais importante e, talvez a decisiva, contribuição do liberalismo que a interferência nos direitos reservados aos indivíduos não seja permitida numa base individual, mas somente com base nas leis gerais.”¹⁵³ Tal sistema legal, no entanto, era considerado hermético e sem fendas, onde restava ao juiz a mera aplicação das prescrições, caracterizando tal pensamento jurídico de positivismo ou normativismo, e a

¹⁵² NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 40.

¹⁵³ Idem, *ibidem*.

interpretação das leis pelos juízes era chamada de dogmática (na Alemanha) e exegética (na França). “Nenhuma decisão do juiz, muito menos qualquer opinião de indivíduos, poderia ser citada como lei até que o legislador as incorporasse no código”.¹⁵⁴

A teoria do domínio do direito, da negação do direito natural e da absoluta subordinação dos juízes às leis, segundo Newmann, exteriorizava tanto a força como a fraqueza da burguesia, pois a proposição da supremacia da lei instituída implica que qualquer possibilidade de mudança social também deveria ser por intermédio da legislação. O interesse na prioridade da legislação era mantido porque as classes médias, pelo menos na Inglaterra e na França, participavam suficientemente do processo legislativo, podendo, dessa forma, concretizar seus interesses diretamente, o que significa dizer que há uma função ideológica nessa doutrina de disfarçar quem efetivamente detém o poder do Estado. Se somente através das leis é possível interferir na liberdade e na propriedade e se a burguesia decisivamente se encontra representada no parlamento, “então essa doutrina significa que a classe social, que é o objeto da intervenção, determinará ela mesma o conteúdo dessas interferências e providenciará para que seus interesses sejam protegidos”.¹⁵⁵

Durante a segunda metade do século XIX e o princípio do século XX há um verdadeiro e completo repúdio do direito natural, definido por Windscheid, citado por Newmann: “É verdade, e não nos importamos de dizê-lo: O direito que temos e o que criamos não é o direito. Aos nossos olhos não há direito absoluto. O sonho do Direito Natural já se dissipou.” “Depois de 1848, a independência do juiz já não foi mais contestada. Ele aplicava as leis literalmente. A discricção que está bem visível nos ‘princípios gerais’ (*Generalklauseln*) não tem papel algum”.¹⁵⁶

O sistema legal definido nesse período se centraliza em volta dos elementos (i) pessoal, (ii) político e (iii) liberdades econômicas que impliquem a prioridade dessas liberdades com respeito ao Estado. A estrutura do sistema é assim resumida por Newmann:

1. *A estrutura formal do sistema legal* – Essas liberdades foram garantidas pelo direito formal e racional, isto é, por leis gerais e por sua estrita aplicação por juízes independentes, pela rejeição de legislação pelo Judiciário e pela oposição aos ‘princípios gerais’ (*Generalklauseln*). 2. *A estrutura material do sistema legal* – Esse sistema legal foi orientado, economicamente, na direção da livre concorrência. Encontrou expressão nas garantias auxiliares à propriedade

¹⁵⁴ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 46-47.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 48-49.

¹⁵⁶ Idem, p. 54-56.

particular e à liberdade de contrato e empresa. 3. *A estrutura social do sistema legal* – Socialmente, foi orientado em direção a uma situação em que a classe trabalhadora não constitui uma séria ameaça. 4. *A estrutura política do sistema legal* – Politicamente, foi orientado em direção a um sistema no qual prevaleciam a separação e a distribuição do poder político: na Alemanha, para uma situação da qual a burguesia não representa um papel político decisivo; na Inglaterra, por outro lado, para uma em que a burguesia determinava sobre o conteúdo da lei e na qual o poder do Parlamento se distribuía entre a coroa, a aristocracia e a burguesia.”¹⁵⁷

Com a República de Weimar, a Alemanha, em pleno período do capitalismo monopolizador, inicia mudanças definitivas na teoria e na prática legal, definidos pelo movimento operário de 1918, onde as classes médias já não tinham mais como ignorar a existência de conflitos, mas tinham que, além de reconhecê-los, procurar elaborar uma constituição de acordo com eles. Nesse sistema, a formação de decisões políticas teria a participação dos órgãos de organizações sociais autônomas e não somente dos desejos individuais dos eleitores, o que caracterizou tal sistema como um tipo de democracia coletivista. Nesse sistema pluralista a luta de classes não era ignorada, mas tentava transformá-la em uma espécie de cooperação entre as classes. “Por aí se vê que a democracia de Weimar repousava, de maneira decisiva, na ideia da paridade – uma paridade entre grupos sociais, entre o *Reich* e os Estados e entre as várias Igrejas.” Na segunda parte da Constituição do *Reich* podia ser observado a expressão constitucional do equilíbrio das classes, cujo título era: “Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais da Cidadania Alemã”. Essas mudanças na estrutura política e econômica foram acompanhadas por profundas transformações na teoria e na prática legal, mas, “mesmo que o princípio da igualdade perante a lei fosse também supostamente compulsório para o Legislativo, não se seguiria, de forma alguma, que tal igualdade fosse conseguida *somente* por meio de leis gerais”, de qualquer forma, a Constituição de Weimar acaba por representar o auge da crise do Estado liberal – século XVIII – e a ascensão do Estado social – século XX – definindo o marco do movimento constitucionalista que consagraria os direitos sociais, redefinindo e reorganizando o Estado em função da sociedade e não mais do indivíduo.¹⁵⁸

Nessa nova realidade, o Supremo Tribunal da Alemanha começou a aceitar o princípio da revisão judicial fazendo, assim, a discussão da estrutura formal das leis

¹⁵⁷ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 56-62.

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*.

ultrapassou a mera teoria e, portanto, permitindo ao juiz o exame das leis, que passou a representar uma redistribuição de poder entre o Estado e a sociedade:

Quanto maior for o poder do Estado, tanto mais prontamente se submeterão os juízes à sua autoridade, e quanto mais fraco for, tanto mais procurará servir aos interesses particulares das classes. O reconhecimento da revisão judicial teve repercussão favorável sobre a ordem social existente, e isso é demonstrado de maneira irrefutável por uma análise de todas as decisões afirmativas quanto ao poder de revisão do tribunal.”¹⁵⁹

Entre 1918 até 1932, há uma quase completa aceitação da doutrina da chamada escola do “direito livre” que tinha como premissas (i) a destruição da racionalidade e calculabilidade do Direito, (ii) a restrição do sistema de contratos, prevalecendo a ideia do comando sobre a disposição do contrato e (iii) o prevalecimento dos “princípios gerais” sobre as verdadeiras normas legais, que resultou em transformação de todo o sistema legal, pois dependia de uma ordem de valores extralegais, negando, portanto, a racionalidade formal, o que permitiria ao juiz uma grande quantidade de poder discricionário e elimina a linha divisória entre o Judiciário e o Executivo, de modo que as decisões administrativas – isto é, decisões políticas – tomam a forma de decisões dos tribunais civis ordinários.

A liberdade a ser concedida aos juízes frente aos dispositivos legais deve ser tão ampla quanto possível, de modo que o seu poder discricionário e livre se possa elevar ao nível do princípio básico da aplicação da lei. Há, contudo, que se fazer uma distinção entre os aspectos teóricos e políticos da escola do direito livre: “até onde a escola do ‘direito livre’ exige uma nova teoria da aplicação do direito e da lei, ela pede também a sua substituição do direito formal-racional pelos ‘princípios gerais’.”¹⁶⁰

Nesse ponto defendido por Franz Neumann cabe uma ponderação: ao judiciário não cabe atuar como legislador positivo, no entanto, deverá utilizar de métodos hermenêuticos que ultrapassem a mera interpretação formal e aplicação pura da regra. Os princípios deverão ser considerados como um subsistema que pautam as decisões quando na análise de cada caso concreto.¹⁶¹

Na crítica a John Rawls, Habermas, aponta a necessidade de uma teoria da justiça estar pautada nas necessidades da vida moderna e “contar com uma variedade de

¹⁵⁹ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 63.

¹⁶⁰ Idem, p. 65.

¹⁶¹ Sobre essa temática ver item 4.4.1.

formas e planos de vida coexistentes e que encontram a mesma justificativa”¹⁶² e não simplesmente num pluralismo de cosmovisões que o autor americano tratou na questão da “auto-estabilização”¹⁶³. A teoria da justiça não pode ultrapassar as questões políticas e morais fundamentais que devem se limitar aos valores neutros e aceitáveis em geral: “o que se procura são princípios ou normas que incorporam interesses generalizáveis”¹⁶⁴.

O pensamento jurídico passa por uma transformação, forçada pelo contexto histórico atual, com fortes reflexos do cenário mundial de fronteiras reduzidas em vários seguimentos (econômico, social, cultural, político). As decisões e ações eram livres, autônomas e soberanas na implementação de políticas públicas e realização de objetivos do Estado-nação, contudo, vê-se um cenário interdependente que muitas vezes não se faz distinção entre as fronteiras dos países. Com os mercados e a economia transnacionalizadas há uma necessária mudança nas concepções jurídicas e institucionais de forma a manter possível o funcionamento de todo esse complexo e que justifique os sistemas políticos e normativos – como o exercício legítimo da violência pelo Estado, os princípios da legalidade, da hierarquia das leis e da segurança do direito. Segundo o professor José Eduardo Faria:

Nessa ordem sócio-econômica de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica; suas “regras de mudança”, suas “regras de reconhecimento” e suas “regras de adjudicação”, que até então asseguravam a operacionalidade e funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora ineficazes; direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais há tempos institucionalizados são crescentemente “flexibilizados” ou “desconstitucionalizados”; conflitos coletivos de caráter pluridimensional cada vez menos se enquadram em textos legais originariamente concebidos para dirimir conflitos unidimensionais e interindividuais; a intensificação de situações de interdependência em escala mundial “desterritorializa” as relações sociais; a multiplicação de reivindicações por direitos de natureza supranacional relativiza o papel do Estado-nação.¹⁶⁵

A generalidade do direito positivo, ou seja, a tradicional abstração, generalidade e impessoalidade das normas¹⁶⁶, validadas por uma norma fundamental –

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 87.

¹⁶³ Ver item 2.5.2.

¹⁶⁴ HABERMAS, op. cit., p. 88.

¹⁶⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 14-15.

¹⁶⁶ No tocante à importância e generalidade das normas, Franz Neumann: “Na idade do liberalismo, o direito natural desceu ao mesmo nível da democracia e a teoria do contrato social encontrou aceitação. A generalidade do direito positivo adquire uma posição de importância central no sistema legal. Somente uma norma, que tem um caráter geral, é considerada como lei”. (NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 37-38).

constitucional –, passa por um desafio na sua efetividade frente ao surgimento das novas demandas de ordem econômica que definem necessidades específicas até então inexistentes, ou pelo menos, ausentes de tamanha complexidade.¹⁶⁷ A norma legal e o código de leis como principal forma sob a qual aparece essa norma legal, concebida como um julgamento hipotético do Estado com referência à futura conduta dos seus súditos¹⁶⁸, torna-se insuficiente às novas relações, proporcionando uma erosão no *monismo jurídico* – princípio básico do Estado-nação – e permitindo o advento de um *pluralismo normativo*¹⁶⁹ que permita a existência de distintas ordens jurídicas autônomas que devem se valer de novos conceitos, premissas e revisão de suas categorias tradicionais e convencionais.¹⁷⁰

3.2. Função dos princípios e do sistema de normas, possível no Estado democrático

Roque Carrazza, fazendo referência a Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, traça uma interessante analogia entre o que se pode dizer sobre sistema jurídico e a construção de um edifício:

o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes “alicerces” e estas “vigas mestras” são os princípios jurídicos [...].¹⁷¹

¹⁶⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

¹⁶⁸ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 38.

¹⁶⁹ O sentido utilizado para sistema *monista* e *pluralista* no texto, consiste nas questões de sistemas de direito interno e internacional, mas, há uma necessidade frente às novas perspectivas fáticas, também se valer de uma concepção democrática pluralista, ou seja, de uma maior participação do cidadão na “criação” do direito, mesmo que atrelado a limites imperativos. Essa participação ultrapassaria os limites herméticos do sistema positivado e estaria atrelada à efetivação das igualdades materiais por intermédio dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, e de uma nova hermenêutica como ferramenta de emancipação do judiciário para suprir a necessidade de se “dizer” o direito na sua acepção plena.

¹⁷⁰ FARIA, op. cit., p. 15-16.

¹⁷¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32-33.

Carrazza compreende a função vinculativa dos princípios constitucionais como elementos de validação material das normas infraconstitucionais e que nenhuma interpretação poderá ser reconhecida juridicamente se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional.

Serão, portanto, os princípios constitucionais, verdadeiras opções políticas¹⁷² fundamentais de um dado sistema jurídico e que deverão ser obedecidos pelos intérpretes na construção das normas jurídicas e, portanto, na busca das significações dos textos, como expõe Luís Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁷³

Tanto as regras quanto os princípios são elementos que constituem um sistema jurídico ou sistema normativo, afinal, ambos são normas¹⁷⁴. Como ressalta Alexy, tanto as regras quanto os princípios dizem o que deve ser, pois podem ser formulados através das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.¹⁷⁵

¹⁷² O termo “opções políticas fundamentais” foi utilizado no sentido de se identificar quais orientações o legislador constituinte originário se pauta ao definir as matrizes que todo o ordenamento jurídico positivado de um determinado país deverá observar ao prescrever suas regras. Uma distinção útil, clara e precisa entre “políticas” e “princípios”, pode-se observar na obra “Levando os direitos a sério” de Ronald Dworkin: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.)

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149.

¹⁷⁴ É importante identificar que se está tratando de normas de conduta e não aquelas chamadas normas de organização, como bem distingue Miguel Reale. As normas de conduta – primárias – são aquelas que têm o objetivo de disciplinar os comportamentos dos indivíduos ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral, conseqüentemente, as relações intersubjetivas. Há normas, entretanto, que possuem um caráter instrumental – secundárias –, que tem como objetivo estruturar o funcionamento de órgãos ou a disciplinar processos técnicos de criação, identificação e aplicação de normas. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96-97.)

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

A norma jurídica (princípios e regras), segundo Paulo de Barros Carvalho, é exatamente o juízo ou pensamento que a leitura do texto normativo – suporte físico – provoca no espírito do leitor. A norma jurídica consiste na “significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo”. Para Carvalho, os suportes físicos dos textos normativos fazem referência a algum objeto do mundo, ou significado, do qual se extrai um conceito ou juízo, ou seja, uma significação, e conclui:

Se pensarmos que a norma é um juízo hipotético-condicional (*se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y*), formado por várias noções, é fácil concluir que nem sempre um só texto (de lei, p. ex.) será suficiente para transmitir a integridade existencial de uma norma jurídica. Às vezes, os dispositivos de um diploma definem uma, algumas, mas nem todas as noções necessárias para a integração do juízo e, ao tentar enunciá-lo verbalmente, expressando a correspondente proposição, encontramos-lo incompleto, havendo a premência de consultar outros textos do direito em vigor.¹⁷⁶

Carvalho faz uma nítida distinção entre texto de direito positivo e norma jurídica o que lhe permitiu, ao tratar de sistema jurídico, a ressalva se está se referindo ao sistema do direito positivado, de linguagem prescritiva, ou ao sistema da ciência do direito, de linguagem descritiva. Essa distinção também foi abordada por Miguel Reale que trata o sistema de normas positivadas como sendo o objeto de estudo da ciência do direito¹⁷⁷. Naquele sistema – positivo – pode haver a ocorrência de contradições, o que não pode ocorrer no sistema da ciência do direito. Essa distinção consiste, efetivamente, dos planos de investigação da linguagem, que parece ser útil para a definição da extensão exata das regras e da importância e aplicabilidade dos princípios, mas, principalmente para a determinação da validade normativa, pois, “sem validade não há norma, sem norma não há direito, logo sem validade não há que se falar em sistema do direito positivo”¹⁷⁸, como bem aponta Tárek Moysés Moussallem ao tratar sobre fontes do direito tributário.

Na mesma esteira de investigação da validade a distinção entre esses dois sistemas, será útil, também, para que o aspecto *valor* seja considerado juntamente com o *fato* quando na análise e interpretação *normativa*, como propõe Reale ao definir uma noção lógico-descritiva de direito, conjugando uma estrutura dimensional:

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de

¹⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

¹⁷⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 175.

*convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.*¹⁷⁹
(destaques no original)

Reale propõe complementar essa noção lógico-descritiva realçando a ideia de justiça e, portanto, propondo uma noção mais ética do direito que é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu *dever-ser* histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores. É nesse contexto que o autor parece propor uma análise de validade normativa, ou seja, na perspectiva do fato há que se ter necessariamente a realização ordenada do bem comum; na perspectiva da norma a ordenação bilateral-atributiva de fatos sob o domínio dos valores; e na perspectiva do valor, indissociável a concretização da ideia de justiça.

Lourival Vilanova sintetizou da seguinte forma: “o Direito como experiência, tomado na totalidade integrada de sentido (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema”. Para o autor, portanto, são dois sistemas: (i) um cognoscitivo e outro (ii) prescritivo. É importante destacar, principalmente para um dos objetos de análise desse trabalho que é a norma da tributação, que não há que se considerar o sistema da ciência do direito isoladamente, pois se prescindir da positividade se restringiria a um metassistema ou meta-linguagem-material, complementa o autor:

Tampouco a Ciência-do-Direito é um sistema de conhecimentos sobre o sistema do Direito positivo meramente reprodutivo dos conteúdos normativos das proposições constituintes desse sistema-objeto. Um projeto de Constituição, de codificação, de lei, um texto normativo que carece de vigência, representa *direito possível*. Não direito real, efetivo, positivo. Nenhuma fonte (normativa) positivou as proposições que estatuíam sobre condutas em suas possibilidades de interferência (Del Vecchio). O texto normativo que não chegou a ter vigência pode ser de interesse do conhecimento dogmático, mas por via indireta; não por si mesmo, e sim, em função da realidade que pretendia normar, ou como dado explicativo para o Direito em vigência. Em rigor, todavia, o sistema da ciência jurídica orienta-se para o sistema do Direito *positivo*.¹⁸⁰

Sem as proposições normativas do Direito positivo, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico, contudo, Vilanova identifica que a ciência do Direito não pode ser convertida em fonte técnica de produção do sistema jurídico, fazendo alusão ao positivismo crítico de Kelsen, afinal, a sistematização do Direito é inacabada e que resulta de um processo de racionalização do sistema da cultura que provém do legislador – no

¹⁷⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

¹⁸⁰ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p.158-159.

sentido amplo – ou das fontes normativas indicadas pelo sistema, logo, “o conhecimento científico do Direito positivo não produz normas jurídicas, nem a totalização dessas normas na forma de sistema”. Vilanova conclui que o sistema jurídico é *sistema aberto*,

em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas de consequências, onde se dá a *função prescritora* da norma de direito.¹⁸¹ (destaques no original)

A unidade de um sistema de normas¹⁸² não escapará de um referencial superior de fundamento de validade que é a Constituição positiva, a norma fundamental, mas que esta também não escapará de seus pressupostos ou condições da experiência – considerando como suporte de validade um postulado ético-social, ou seja, que a mera juridicidade não é Direito.¹⁸³

A estrutura básica da sociedade, para John Rawls, é o objeto primário da justiça social, ou seja, a forma pela qual os direitos e deveres fundamentais são distribuídos pelas instituições sociais mais importantes (a constituição política e os principais acordo econômicos e sociais) e como são determinadas as divisões de vantagens na cooperação social,¹⁸⁴ cuja concepção de justiça para a estrutura básica tem valor intrínseco, um ideal social. Ao propor uma teoria da justiça, Rawls generaliza e abstrai a um plano superior a teoria do contrato social de Locke, Rousseau e Kant:

Para fazer isso, não devemos pensar no contrato social como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa

¹⁸¹ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 168.

¹⁸² O termo “sistema de normas” entendido como de um determinado Estado: “Do ponto de vista jurídico positivo, os sistemas parciais (estatais) se excluem e só se interpenetram através das fontes normativas indicadas pela Constituição positiva de cada um”. (Idem, ibidem, p. 171.)

¹⁸³ Para Lourival Vilanova considerar esse caráter axiológico prejudica a *potência da Lógica*, pois o desdobramento formal-lógico dos sistemas começa com a aceitação do postulado da norma fundamental. (Idem, p. 172.)

¹⁸⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7-8.

maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.¹⁸⁵

Os princípios atribuidores de direitos e deveres básicos e a determinação de benefícios sociais são, portanto, numa ação conjunta, na visão de Rawls, comprometimentos conjuntos e definidos na carta constitucional da fundação de sua sociedade. Esse seria o Estado natural da teoria tradicional do contrato social. Uma situação hipotética que o autor utiliza para a condução de uma concepção de justiça é a ideia da *posição original*, onde os consensos fundamentais alcançados são equitativos. A justiça seria uma posição mais genérica dentre as escolhas das pessoas em conjunto e que deverá regular todas as subsequentes críticas e reformas das instituições: depois de haver escolhido uma concepção de justiça, podemos supor que as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados.

A ideia da posição original de Rawls permite conceber a aceitação pública dos princípios correspondentes da justiça ao ser reconhecido de forma geral. Tal aceitação, por óbvio, não será em nenhuma sociedade aceita de forma literal e voluntariamente pelos homens, pois cada pessoa se encontra ao nascer numa posição particular dentro de alguma sociedade específica e a natureza dessa posição afeta substancialmente suas perspectivas de vida. Uma sociedade, contudo, que promova a satisfação dos princípios de justiça como equidade, estará se aproximando de um sistema voluntário cujos princípios se coincidiriam com aqueles que as pessoas livres e iguais¹⁸⁶ aceitariam em circunstâncias equitativas, ou seja, seus membros são autônomos e as obrigações que eles reconhecem são auto-impostas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

¹⁸⁶ A concepção de pessoa utilizada por John Rawls é a elaborada a partir da ótica da cultura política pública de uma sociedade democrática definida pelas constituições e declarações de direitos humanos, bem como na tradição histórica da interpretação desses textos (tribunais, partidos políticos, homens de estado, literatura do direito constitucional, jurisprudência e escritos duradouros relacionados com a filosofia política de uma sociedade). A partir desse sentido, os cidadãos serão tidos como pessoas iguais “na medida em que se considera que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais [...], formalizada pela igualdade de seus representantes [...] simetricamente situados naquela posição e têm direitos iguais no tocante aos procedimentos que adotam para chegar a um acordo”. E serão tidos como livres “na medida em que consideram a si mesmos e aos demais como detentores da faculdade moral de ter uma concepção do bem [...] e consideram a si mesmos como livres na condição de fontes de reivindicações legítimas que se autenticam por si mesmas”. (Idem, *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 26-32.)

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 14-15.

O envolvimento em cooperação social é possível durante toda a vida do cidadão, que são as pessoas consideradas possuidoras das chamadas duas “faculdades morais”: (i) capacidade de ter um senso de justiça, de compreender e aplicar os princípios de justiça política determinadores dos termos equitativos de cooperação social, agindo a partir deles e não apenas de acordo com eles; (ii) capacidade de formar uma concepção do bem, de considerar uma vida digna de ser vivida. Em resumo, Rawls sustenta que as pessoas possuem capacidades não só para envolver-se numa cooperação social mutuamente benéfica durante a vida toda, mas também honrar os termos equitativos dessa cooperação por eles mesmos.

A justiça como equidade, na visão de Rawls, é moldada para uma sociedade democrática como um sistema de cooperação¹⁸⁸ entre cidadãos livres e iguais, que busca responder que princípios lhes são mais apropriados, ou então “que princípios são mais apropriados para uma sociedade democrática que não só professa, mas pretende levar a sério a ideia de que cidadãos são livres e iguais, e tende concretizar essa ideia em suas principais instituições”.¹⁸⁹

Rawls propõe a seguinte formulação dos princípios da justiça para instituições:

Primeiro Princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo Princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade): Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar): O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos: (a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades

¹⁸⁸ Sérgio Resende de Barros entende que a solidariedade social é uma necessidade de comunidade e consiste nas ações concretas de cada ser humano, correlacionados entre todos, de “atender às necessidades individuais, nas condições desenvolvidas em comum, incluindo as de governabilidade da sociedade [...] que constituem valores comunitários permanentes e [...] que assumem e resumem na qualidade de valores principais ou princípios axiológicos”. (BARROS, Sérgio Resende de. *Direito humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 403-404.)

¹⁸⁹ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55.

daqueles que têm uma oportunidade menor; (b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.¹⁹⁰

“A redescoberta dos ‘princípios gerais’ serve para destruir um sistema de lei positiva que havia incorporado muitas reformas sociais importantes; ela destrói a racionalidade do Direito”¹⁹¹, segundo Franz Neumann. As funções dos princípios gerais mudam de acordo com suas estruturas dentro do sistema econômico. Os princípios gerais sempre são invocados quando partes que não tem os mesmos direitos se envolvem em qualquer intercâmbio e que uma parte mais poderosa força outra menos poderosa ou o Estado. Nesse ponto o direito racional cessa dando lugar aos “princípios gerais”, onde o juiz toma uma decisão que terá uma ordem política ou administrativa pela qual se ajustam interesses antagônicos, sendo que tal ordem toma a forma de uma decisão do tribunal.

“A verdade de uma doutrina dependerá da extensão até onde ela inclua liberdade concreta e dignidade humana, da sua capacidade para prover ao desenvolvimento máximo das potencialidades humanas. É assim, no desenvolvimento histórico e na disposição concreta das doutrinas do Direito Natural, que a sua verdade deve ser determinada.”¹⁹²

Nesse raciocínio, conclui-se que o Direito natural deve postular a existência de um sistema de normas independentes da decisão do poder do soberano e, disso, surge um ponto crucial: é possível construir regras universalmente válidas, que não sejam arbitrariamente impostas de cima, mas surgindo do livre consentimento do indivíduo? Para Franz Neumann, uma resposta afirmativa requer a presunção de que o homem é dotado de razão e a forma política para se conseguir esse consentimento livre do homem é o contrato social, ponto onde as doutrinas do Direito Natural e as teorias do contrato social entram em contato, e sintetiza da seguinte forma:

1. Toda teoria de Direito Natural, quer conservadora, absolutista, revolucionária, democrática ou liberal, é baseada no ponto de vista de que o homem é uma criatura racional. 2. Daí se segue que o homem somente, e não pessoas artificiais como firmas sociais ou Estados, podem basear seus direitos na lei da natureza. 3. O Direito Natural insiste assim na universalidade do direito e na impossibilidade de reduzir o homem à condição de escravo. 4. Implica a impossibilidade de justificar, racionalmente, qualquer espécie de tirania ou opressão. 5. A mais verdadeira de todas as doutrinas do Direito Natural é a democrática. Onde quer que exista uma teoria de Direito Natural democrático, o liberal só tem uma

¹⁹⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 333-334.

¹⁹¹ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 68.

¹⁹² Idem, p. 83-84.

função subsidiária. 6. Sempre que as doutrinas de Direito Natural deduzirem complicados sistemas com postulados políticos e sociais (quer seja propriedade particular, quer socialismo), eles são arbitrários e não tem valor algum. 7. Os princípios que ainda são válidos, embora não exclusivamente derivados do Direito Natural, são a generalidade do direito, a igualdade do homem, a proibição de decisões legislativas individuais, a impossibilidade de legislação retroativa, especialmente em Direito Penal, e um Judiciário independente.”¹⁹³

De todos os elementos apontados na síntese de Neumann, resta destacar dois que terão por ora, maior utilidade: (i) Estado democrático como verdadeira doutrina do Direito Natural e o (ii) Judiciário independente. Na esfera da função dos princípios, a independência deste é que será possível a efetivação daquele com toda sua carga verdadeiramente transformadora.

A liberdade do homem e, portanto, sua sobreposição à alienação do poder político, somente será possível através de um sistema democrático institucionalizador da liberdade política e, portanto, da oportunidade.

Para que esse sistema permaneça estável, deverá possibilitar, efetivamente, um governo expresso nos direitos civis e, portanto, evitando a destruição das minorias e a opressão dos dissidentes; um sistema político que possa se adequar ao progresso histórico e a educação de seus cidadãos.^{194 195}

No sistema democrático há restrições voluntárias do poder político, que por sua vez resta atrelado à responsabilidade dos seus detentores para com o povo, pois a democracia não é um Governo popular direto, e sim um Governo parlamentar responsável. O poder político deverá, ainda, ser racionalmente empregado de forma negativa para refrear o poder social privado bem como positivamente para garantir uma existência digna. Há quem entenda a democracia como um sistema de liberdades (*Freiheitsrechte*) que repousa no direito natural. A grande tarefa continua sendo, portanto, o desenvolvimento racional do poder político que deve ser plenamente responsável e que não deve ser exercido com arbitrariedade.

¹⁹³ NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 103.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, 206-207.

¹⁹⁵ Com relação aos perigos da alienação do cidadão face ao poder político democrático, Franz Neumann aponta como sendo o mais perigoso, a rejeição total do sistema político sem uma oportunidade de articulação eficaz de qualquer alternativa, resultado do mau funcionamento do Estado democrático, caracterizado pela “crescente complexidade dos Governos; o crescimento da burocracia na vida pública e particular; a concentração do poder social particular; a transformação dos partidos políticos em máquinas empedernidas que, devido ao alto custo da politicagem, tendem a excluir os novatos do mercado político.” (Idem, p. 210-211.).

Essa tarefa se exterioriza ainda mais importante ao se considerar a observação que Manoel Gonçalves Ferreira Filho tece acerca do poder político no sistema democrático, onde nenhum arranjo institucional, esboçado teoricamente ou realmente praticado, logrou permitir que o povo, a maioria, se governe por si próprio. Essa conclusão se baseia na simples impossibilidade que a maioria se governa a si própria e à minoria, portanto, não há como entender a Democracia como governo do povo. O governo é sempre exercido por uma minoria, sempre é uma minoria que governa enquanto a maioria não faz mais que obedecer. A democracia realmente possível, para Ferreira Filho, “consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum”.¹⁹⁶

Dessa forma, não há dificuldades em afirmar que não é suficiente para se fazer uma democracia, a existência de instituições e das Constituições; essas consistem em condições importantíssimas que podem propiciar ou recusar o advento de uma elite democrática e o exercício por esta do poder, mas será necessária uma adaptação do modelo institucional constitucionalista pluralista, cuja exigência traz a questão do Estado de direito como fundamento filosófico da Democracia, cujos valores de liberdade e igualdade sintetizam os direitos fundamentais decorrentes para o homem de sua própria natureza como pessoa.

Considerando que o poder tende ao abuso, este somente poderá ser evitado quando há uma subordinação do próprio Estado à lei, enquadrada num estatuto jurídico superior a ele, ou seja, a subordinação do Estado a uma Constituição que não possa ser modificada senão por um processo especial e salvaguardando a liberdade, denotando, assim, a estrutura básica do Estado de direito: a legalidade e o controle judiciário.

O Estado de direito pressupõe que a lei e, portanto, o Direito, seja apenas a norma que vise à Justiça, a norma que, direta ou indiretamente, incorpore um conteúdo de justiça. Deflui, pois, da filosofia jusnaturalista, da concepção segundo a qual há um Direito anterior e superior ao direito positivo de cada Estado, direito esse que serve de medida da justiça e da injustiça desse direito positivo, de seu valor e de sua desvalia. Assim sendo, o *Estado de Direito é o Estado de Justiça*.¹⁹⁷

¹⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 21.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 32.

A ação do Estado¹⁹⁸ deve assegurar, portanto, uma situação tal em que todos possam expandir suas virtualidades de forma a realizar-se plenamente, e que cada um tenha suas necessidades atendidas num nível condigno e em que cada um tenha reconhecida a sua condição de homem. “Tem, pois, o Estado uma missão positiva: garantir para todos o mínimo, em alimentação, saúde, habitação, educação, vestuário, etc., compatível com a dignidade humana.”¹⁹⁹

Cabe uma interessante pontuação de Darcy Azambuja ao identificar que as doutrinas individualistas e solidarista (social), do ponto de vista negativo, ou seja, do que o Estado não pode fazer, chegam ambas às mesmas conclusões; já do ponto de vista positivo, ou seja, do que o Estado deve fazer, aí é que surge a grande divergência entre os posicionamentos daquelas:

por exemplo, a concepção individualista entende que cada indivíduo tem o direito de aplicar sua atividade no domínio que melhor entender. Todo o homem tem direito de trabalhar, dizem os individualistas. Todo o homem tem o *dever* de trabalhar, afirmam os solidaristas. Todos têm direito à instrução, dizem aqueles; todos têm o dever de instruir-se, corrigem estes.²⁰⁰

Nesse sentido pode-se dizer que doutrina solidarista criou as obrigações positivas do Estado: os chamados direitos sociais. Se o indivíduo deve desenvolver suas aptidões físicas, morais e intelectuais em benefício da sociedade, essa doutrina conclui, portanto, que o Estado deve propiciar e favorecer essas atividades.

O dever do Estado – da sociedade política – é em primeiro lugar a realização do bem público da coletividade, seja de ordem material ou moral. A medida, ou dimensão desses bens, estarão diretamente atreladas ao contexto histórico, ou seja, submetido à ordem temporal.

Todos esses benefícios, que formam o bem público, são oferecidos a todos e não a indivíduos determinados, são *distribuídos* entre os membros da coletividade política. O Estado, pois, produz e distribui os benefícios do bem público, mas essa distribuição não deve ser arbitrária, ao bel-prazer e capricho dos titulares do poder. Deve estar subordinada a uma regra obrigatória, que será uma regra de justiça social, pois se trata da distribuição de benefícios sociais; será uma regra

¹⁹⁸ “Se o Estado é uma forma natural da sociedade humana e tem por fim realizar o bem comum dos que o constituem, a autoridade, elemento essencial do Estado, é também natural e necessária nas sociedades humanas. [...] O poder político é natural e necessário, que um dos elementos da soberania é a força, e que ambos se legitima pelo consentimento da consciência social e pela realização do bem público. Mas a liberdade é também um elemento natural e necessário na sociedade, porque o homem é um ser livre e inteligente.” (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 170-171.).

¹⁹⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 33.

²⁰⁰ AZAMBUJA, op. cit., p. 187.

de *justiça distributiva*. Não só os benefícios, como também os encargos, devem obedecer a uma norma de justiça distributiva, que, assim, compreende a admissão aos empregos, o gozo dos serviços, os impostos, etc.²⁰¹

A justiça distributiva, conclui-se, é a própria igualdade civil na sua concepção material e, aceita como princípio absoluto, impossibilita o Estado de excluir qualquer indivíduo da participação nos benefícios que tem por fim oferecer. A proteção do Estado a este ou àquele indivíduo, contudo, deverá ser na intensidade que a necessidade material de cada um exigir. Alguns podem dispensar determinadas proteções, outros, entretanto, em condições desiguais são desprovidos de tal forma que pode afetar até a segurança da própria vida. A justiça distributiva deve se realizar com proporcionalidade e não de forma quantitativa apenas, em função da igualdade formal.

3.3. Nova dogmática constitucional e a normatividade dos princípios constitucionais e constitucionais-tributários

Das abordagens a respeito das teorias da argumentação jurídica de Viehweg e Perelman, sustentando a possibilidade de um pensamento racional além da lógica dedutiva, e as especificidades argumentativas e delimitações de Alexy, no primeiro capítulo desse trabalho; as constatações do Estado como resultado histórico e sua evolução de uma concepção meramente liberal – das garantias formais das liberdades individuais – para uma concepção social – da necessária igualdade material como condição do exercício efetivo das liberdades, resultantes dos direitos sociais –, tratado no segundo capítulo; e da mudança da função do Direito e a função dos princípios na visão de Franz Neumann, abordado até esse ponto do terceiro capítulo, juntamente com as concepções de justiça de John Rawls e a moralidade jurídica de Dworkin; pode-se concluir por uma concepção e sentido profundo de democracia.

Nesse mesmo raciocínio, José Manuel Cabra Apalategui, citado por Écio Oto Ramos Duarte, entende que o processo de democratização ocidental consiste na quebra da autoridade institucional dos órgãos públicos vinculando-os a uma justificação racional das decisões de forma que a base de argumentos permita o controle intersubjetivo. Duarte, ainda sobre a questão, aponta que

a incorporação dos conteúdos do direito racional moderno (direitos fundamentais, princípio da democracia, Estado de direito e Estado social) às

²⁰¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962, p. 386.

atuais constituições ocidentais provocará uma abertura da discussão jurídica no âmbito dos postulados da correção moral, exigir-se-á, desde aí, uma atitude de redefinição da tarefa metodológico-jurídica, que, agora, precisará desenvolver um procedimento embasado na efetivação daqueles conteúdos.²⁰²

Todo o ordenamento jurídico deverá ser vinculado à supremacia da Constituição que exercerá uma força de atração sobre todas as atividades do Estado, fazendo com que as mesmas sejam submetidas à sua normatividade, superando o modelo positivista baseado em regras “por um modelo edificado sobre um sistema de direitos fundamentais estruturado sobre o conceito de dignidade da pessoa humana”²⁰³.

Konrad Hesse afirma que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e a sua eficácia estará ligada diretamente com essa realidade e à qual confere forma, tornando-se força ativa influenciando e determinando a realidade política e social. Essa força, em primeiro plano, dependerá da convicção da inviolabilidade da Constituição principalmente pelos responsáveis pela vida constitucional, portanto, “a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, uma questão de vontade normativa”²⁰⁴.

Écio Oto Ramos Duarte faz uma interessante síntese das propriedades e teses atribuídas ao paradigma neoconstitucionalista, as quais se apontam: (i) pragmatismo: no sentido de determinar um conceito de direito útil, voltado à prática, contrapondo-se ao tradicionalismo positivista ao recepcionar a dimensão política do direito; (ii) ecletismo metodológico: a necessidade de uma interpretação entre a orientação analítica e a hermenêutica; (iii) principialismo: teoria dos princípios, enquanto parâmetros de controle racional das ponderações; (iv) estatalismo garantista: os conflitos devem ser solucionados por intermédio de instituições estatais para a consecução da segurança jurídica, atreladas à tutela dos direitos fundamentais; (v) judicialismo ético-jurídico: exigência da elaboração de juízos de adequação e de justificação com natureza ética conjuntamente com as técnicas estritamente subsuntiva-jurídicas; (vi) interpretativismo moral-constitucional: o exercício da discricionariedade judicial deve levar em conta os valores morais da pessoa humana com a aplicação da Constituição, reduzindo-se o discurso jurídico e aumentando o discurso moral; (vii) pós-positivismo: superação do método de análise da mera descrição da

²⁰² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 58.

²⁰³ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

²⁰⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

organização do poder ou de como funciona o direito positivo, de forma a atender a exigência de justiça, ou seja, a análise seria substancial e não meramente formal; (viii) juízo de ponderação: quando insuficiente os critérios tradicionais para resolver antinomias normativas, a ponderação dos princípios seria exigida como uma maneira de solução; (ix) especificidade normativa: adoção do modelo prescritivo de Constituição; (x) ampliação do conteúdo da Grundnorm: a validade da norma fundamental está ligada aos fundamentos de legitimação dos sistemas democrático-constitucionais, e não a uma neutralidade, e tais conteúdos são morais, onde uma norma extremamente injusta não pode ter o caráter de norma jurídica; (xi) conceito não-positivista de direito: os princípios juridicamente válidos elevam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral, atribuindo, assim, às Constituições atuais, além da força formal de validade, uma densidade material normativa.²⁰⁵

Na interpretação do sistema jurídico deverá ser considerado que as normas constitucionais revestem de um caráter fundamental e determinante, e considerando seu teor político constitutivo de valores, fará que sua densidade material lhes atribua uma posição suprema das demais normas do sistema.

A própria ideia de sistema se liga à aplicação da interpretação no âmbito da hermenêutica constitucional, mas qual é o âmbito dessa investigação? A resposta a essa indagação faz parte do estudo de Peter Häberle.

Häberle identifica num primeiro momento que a teoria da interpretação constitucional se pautava em duas questões essenciais: (i) a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional²⁰⁶ e (ii) a indagação sobre os métodos – processo e regras de interpretação.²⁰⁷

A problemática que levanta, no contexto sistemático, é quanto aos participantes da interpretação, que provoca a práxis em geral. O autor aponta que existe um círculo

²⁰⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 64-72.

²⁰⁶ Interessante destacar que as tarefas mencionadas por Häberle, muitas delas diretamente ligadas aos estudos feitos nos tópicos anteriores desse trabalho: “justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade, justiça material, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, ‘harmonização’, força normativa da Constituição, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum”. (HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 11.)

²⁰⁷ Idem, ibidem, p. 11.

muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, numa análise genérica, sendo necessário, portanto, uma preocupação de destaque da doutrina sobre o tema, principalmente tendo em vista uma concepção teórica, científica e democrática. Reduzir o âmbito de investigação à interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados consistiria num modelo vinculado de uma “sociedade fechada”; considerar uma teoria de interpretação constitucional voltada à questão da realidade constitucional exigirá se perguntar de forma mais decidida sobre os agentes conformadores dessa realidade, o que remeterá a uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta. A tese proposta por Häberle consiste:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a uma só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade²⁰⁸.

Considerando que a Constituição consiste numa unidade pautada sobre princípios constitucionais que exprimem valores essenciais, políticos e ideológicos, o intérprete deve reconhecer em cada Constituição quais são esses valores. Num Estado democrático de direito esses valores estão ligados diretamente à concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, segundo leciona Juarez Freitas, ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação, pois o “intérprete sistemático deve assimilar que, para além de unilateralismos e de simplificações reducionistas, a visada de conjunto torna cognoscível o Direito em sua riqueza valorativa”²⁰⁹, deve, portanto, haver uma transcendência da antiga inconsistente técnica de decompor em elementos simples, e complementa:

Por isso, não se deve descurar da elaboração de uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, que ultrapasse, de um lado, os passivismos e os emotivismos e, de outro, que estimule, numa era de indeterminações exacerbadas, a vinculação do intérprete menos ao texto do legislado fugaz e episódico, mas aos princípios fundamentais do ordenamento [...]. É dizer, de acordo com diretrizes legítimas que devem ser contempladas com primazia pelo

²⁰⁸ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12-13.

²⁰⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

positivador derradeiro – o intérprete, na sua interação prudente e comedida com o ordenamento e com as reivindicações do caso.²¹⁰

Para Freitas, o legislador está vinculado na sua produção normativa positivada aos princípios, bem como o julgador no caso concreto e, certamente, a tal vinculação não escapará o aplicador quando na definição de suas políticas públicas.

A interpretação sistemática deve considerar a abertura do sistema, pois o contexto histórico-social não é estático e, portanto, suas mudanças requerem contínua transformação de conteúdos e formas interpretativas que busquem a melhor resposta às exigências de legitimidade e de fundamentação.²¹¹ Interpretar uma norma consiste interpretar o sistema inteiro e a interpretação sistemática em meio à multiplicidade axiológica deve resguardar e manter a unidade na construção e reconstrução do Direito.

A hierarquização de princípios, regras e valores na interpretação tópico-sistemática²¹² opera escalonando-os, renovando os seus significados, e, quando configurada qualquer antinomia lesiva ou para evitá-las, os princípios devem ocupar o lugar de diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, situando-se na base e no ápice do sistema, funcionando como fundamento e cúpula do próprio sistema, ou seja, a interpretação sistemática decorrerá da interpretação constitucional e decorre da existência do Estado democrático de direito, nesse sentido, esclarece Luís Roberto Barroso:

O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares. No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento,

²¹⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

²¹¹ Nesse sentido, ver item “1.6. Por um pensamento sistemático-substancial do Direito Tributário” e, complementando, na ideia de Canaris, a incompletude do conhecimento científico e a modificabilidade da própria ordem jurídica, determinará a inafastável característica de abertura do Direito, tornando o sistema jurídico viável a partir da realidade. Importante ressaltar observação feita por Freitas sobre a questão da tal abertura, que “deve ser traduzida como possibilidade de modificações restauradoras do sistema objetivado, não apenas em função das alterações legislativas, mas por intermédio da interpretação como fonte material de notável valia. A aceitação desta característica de abertura não implica acolhimento acríptico da categoria de mobilidade do sistema ou de partes do sistema”. (Idem, *ibidem*, p. 65.)

²¹² “*Sistemático* porque atuante o ‘metacrítério’ racionalizador da hierarquização, que tende a propiciar fundamentação ao processo de compreensão para além da dicotomia ortodoxa de sujeito e de objeto. *Tópico* porque a interpretação acontece como processo empírico e aporético, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos por força da intervenção do intérprete na decisão eletiva entre os sentidos necessariamente múltiplos. [...] a Tópica nada mais é aqui que um meio auxiliar, tratando de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, determinar sistematicamente a resolução.” (Idem, p. 151-152.)

encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas do âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa ideia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição [...]. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta.²¹³

O Estado democrático de direito consubstanciado no Estado Constitucional, consiste numa evolução do mero Estado de direito e que constitui em mudança de paradigmas, que muito bem ilustra Paulo Caliendo: (i) no Estado de direito prevalece o princípio da segurança jurídica e do consenso; enquanto no Estado Constitucional prevalece o equilíbrio entre o consenso e o conflito, com base no pluralismo de valores e seu confronto real; (ii) no Estado de direito há uma tentativa de preservar um modelo de coesão social; no Estado Constitucional são os direitos fundamentais que constituem o substrato do *ethos* social; (iii) o Estado de direito representa uma situação ideal de indivíduos ou de uma estrutura social homogênea; o Estado Constitucional reconhece a base fática plural e conflituosa; (iv) no Estado de direito a hermenêutica consiste no raciocínio subsuntivo da regra do Direito ou o silogismo legal; no Estado Constitucional há uma dogmática fluída, cuja interpretação consiste na concreção de valores através da aplicação de princípios ou jurisprudência de valores; (v) no Estado de direito apresenta-se uma homogeneidade do Estado legislativo, direito posto, onde a lei é pacificadora de conflitos sociais; no Estado Constitucional há a heterogeneidade do ordenamento jurídico como problema, onde a lei representa um compromisso entre valores pluralistas.²¹⁴

Estes são os fundamentos que sustentam na natureza valorativa da solução de conflitos no ordenamento jurídico constitucional e que determina uma interpretação sistemática na elaboração de uma nova dogmática, aberta e flexível. Como defende Juarez Freitas, uma interpretação tópico-sistemática de forma que hierarquize prudencialmente princípios, regras e valores, redimensionando as questões de antinomia e que os princípios ocupem a posição de cúpula do sistema, carregando as regras de valores e numa necessária resolução de conflitos onde os fundamentos ou princípios estiverem no mesmo nível ou seja impossível solucionar o conflito, caberá a verificação com base no sistema constitucional.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 135-136p.

²¹⁴ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 259.

Considerando a ordenação de todo o sistema jurídico por meio de princípios, regras e valores e, ainda, sua fundamentalidade qualificada constitucionalmente, uma interpretação sistemática do direito tributário consiste que os princípios desempenhem um papel determinante e de prevalência sistêmica, carregando as normas de comportamento com seus conteúdos axiológicos, direta ou indiretamente. Os princípios, portanto, detêm forma jurídica normativa e conteúdo moral, dando sentido de racionalidade prática e, portanto, superando a tese positivista (que separa o direito e a moral).

Analisando a questão dos princípios, Paulo de Barros Carvalho conclui que possuem prescritividade normativa e entende que até mesmo o preâmbulo detém característica de prescritividade constitutiva dos textos jurídicos, nesse sentido, sobre o preâmbulo da Constituição brasileira, leciona que

no subdomínio das significações dos enunciados, cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, em função de sua hierarquia e pelo próprio efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional. É o que se vê no caso da “segurança”, do “bem-estar”, do “desenvolvimento”, anunciados no preâmbulo como valores supremos a serem perseguidos por uma sociedade que se apresenta “fraterna, pluralista e sem preconceitos”.²¹⁵

Para Carvalho, os princípios mesmo que implícitos, com forte carga axiológica, são formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas, devendo repercutir em todas as normas do ordenamento e, portanto, deverá ser levado em conta na atividade interpretativa das formulações legais, ou seja, vinculativo do legislador num primeiro plano. Todo processo de positivação das normas jurídicas devem se iniciar desses primados que irradiarão seus valores em toda a ordem legislada até atingir as regras terminais do sistema, timbrando os preceitos que ferem diretamente as condutas em interferência intersubjetiva, com a força axiológica dos mandamentos constitucionalmente consagrados.

Em conferência proferida no XXII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado em São Paulo, nos dias 22 a 24 de outubro de 2008, Paulo de Barros Carvalho enfatiza que o sistema constitucional tributário brasileiro dispõe de todos os princípios e

²¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, Curitiba, n. 9, p. 343-344, 2008. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/112/100>>. Acesso em: 11 outubro de 2010.

valores necessários para a organização das condutas necessárias para implantação dos tributos,

o que precisa é que haja uma vontade política de todos nós de implantarmos esses princípios. [...] A proposta seria a seguinte: que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que cada um deles no âmbito das respectivas competências fizessem um esforço de racionalização das suas legislações. [...] A tese é a seguinte: toda a linguagem do direito positivo, seja ela em forma declarativa, indicativa ou teórica, em forma interrogativa, em forma expressiva de situações subjetivas, na forma que for, é sempre prescritor de condutas. Nós devemos sempre construir os enunciados de tal modo que eles apresentem o deontico que está vivo neles²¹⁶.

A nova dogmática constitucional exige um método sistemático de interpretação e organizado topicamente pelos valores constitucionais dos direitos fundamentais, o que remete a uma provocação da práxis em geral, Carvalho, citando Rui Barbosa, conclui: “Não há numa constituição cláusulas a que se deve atribuir meramente valor material de conselhos, avisos ou lições. Todas elas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular, aos seus órgãos”.

A “força imperativa de regras” que atribui Rui Barbosa e Carvalho às disposições constitucionais, cabe apenas um ajuste terminológico: tanto as regras quanto os princípios são normas, resta identificar como é que se operam os princípios e as regras num sistema normativo, ou seja, como deverão ser considerados para a interpretação e aplicação do direito.

3.4. Os direitos fundamentais como sistema de princípios

Dworkin, ao tratar sobre as diferenças entre princípio e regras, aponta que se trata de questão lógica, distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem:

as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.²¹⁷

²¹⁶ CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, XXII. São Paulo: ArqDigital, 2008. DVD 12.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

Outra distinção apontada por Dworkin é quanto à dimensão do peso ou importância dos princípios, que as regras não possuem. As regras são funcionalmente importantes ou desimportantes, dependendo do papel que desempenha, se maior ou mais importante na regulação do comportamento; mas é impossível dizer que uma regra é mais importante que outra, tanto que se há conflito entre regras, uma não poderá ser válida e a solução da antinomia se utiliza de fundamentações e considerações que vão além delas próprias (outras regras hierarquicamente superiores; mais específicas; ou mais recentes).

Robert Alexy ao distinguir princípios de regras abordou especialmente os critérios da (i) generalidade – onde os princípios possuiriam um alto nível enquanto as regras um baixo nível, pois estas possuem seu campo de aplicabilidade previamente delimitado, o que não ocorre com aquelas, enquanto os princípios fazem referência a valores, as regras trazem descrições de estado-de-coisas; (ii) grau e qualidade – os princípios são mandamentos de otimização que expressam direitos e deveres *prima facie*, enquanto as regras expressam direitos e deveres definidos, não cabendo as variações possíveis nos princípios; (iii) natureza deontica e dos direitos envolvidos – que na interpretação das regras o operador deontico rígido, cujo comando é inflexível, já nos princípios, o operador deontico é flexível, devendo ser realizado na melhor maneira possível, dentro de limites práticos e jurídicos²¹⁸; (iv) resolução dos conflitos e colisões – entre os princípios envolvidos (colisão) a solução é encontrada pela aplicação do peso ou sopesamento, ou seja, pela prevalência de um princípio a outro num determinado caso concreto e não de prevalência de um princípio sobre o outro; já as regras quando se conflitam, deve-se resolver pela invalidação de uma delas.

Conforme leciona Canotilho, “os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”²¹⁹. A positivação de direitos fundamentais no âmbito constitucional, significa incorporar na ordem positiva os direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo cuja proteção estará sob a forma

²¹⁸ Nesse sentido, o próprio Alexy explica: “Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quanto os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. [...] Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie*”. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre, 2008, p. 37.)

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

de normas – regras e princípios²²⁰ – de cúpula do sistema, onde tais valores devem ser protegidos racionalmente.

Para Alexy, o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico, resulta da soma de dois fatores: (i) fundamentalidade formal – decorrente de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídicos, vinculando diretamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; (ii) – fundamentalidade substancial – pois com os direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.²²¹

Ingo Wolfgang Sarlet ao analisar a temática sobre um sistema de direitos fundamentais, entende que, ao se reconhecer a existência desses sistemas, não poderá ser um sistema lógico-dedutivo, autônomo e autossuficiente, mas, sim, um sistema aberto e flexível. Essa característica permitirá, por exemplo, que tal sistema seja receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos que, integrado à ordem constitucional, permitirá a influência de novas demandas do contexto social:

Este entendimento se harmoniza, de outra parte, com a concepção, que hoje pode ser tida como dominante na doutrina, de que a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental (no sentido material e formal) da comunidade, e à medida que superada a doutrina liberal-burguesa da rígida separação entre Estado e sociedade, um sistema aberto de regras e princípios.²²²

No sentido formal, os direitos fundamentais estão ligados ao plano constitucional positivo, resultando, portanto, como parte da própria Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico. Enquanto normas constitucionais, por sua vez, submetem-se aos limites formais e materiais de reforma, além de serem consideradas normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas. No sentido material, os direitos fundamentais são elementos constitutivos da Constituição material, o que significa que contemplam a própria estrutura básica do Estado e da sociedade.

Quanto às funções dos direitos fundamentais, Canotilho sintetiza da seguinte forma: (i) função de defesa ou de liberdade – consiste na defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado, cumprindo a função de direitos de defesa no plano

²²⁰ Com relação ao duplo caráter das normas de direitos fundamentais ver ALEYX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141-144.

²²¹ ALEYX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 521-522.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 75-76.

jurídico-objetivo negativo, ou seja, proibindo as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, e no plano jurídico-subjetivo positivo, ou seja, o poder dos indivíduos exercerem positivamente seus direitos, liberdade positiva, e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas, liberdade negativa; (ii) função de prestação social – consistem no direito do particular a obter algo através do Estado, como saúde, educação, segurança social; (iii) função de proteção perante terceiros – consiste no dever do Estado proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, bem como concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar a observância dos direitos fundamentais; (iv) função de não discriminação – dever de o Estado tratar seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.²²³

O que se verifica é que há um sistema de normas de direitos fundamentais e que juridicizadas no plano constitucional lhes atribuem hierarquia constitucional, normas de cúpula. Essa qualidade não seria suficiente para a institucionalização desses direitos se não lhes fosse característica a força de imposição extrema, vinculando os três poderes. Além da hierarquia e força de imposição extremas, os direitos fundamentais protegem questões especiais, o que denotam sua importância e relevância. Uma quarta característica é a medida máxima de necessidade de interpretação, que necessita de ponderação e que, como parte de um exame de proporcionalidade, consiste no problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais.²²⁴

Em palestra proferida por Alexy na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1998, tomou a Constituição brasileira para citar exemplos da problemática da interpretação dos direitos fundamentais. Dentre os exemplos, cita o *caput* do artigo 5º, onde determina a fórmula clássica que todos os homens diante da lei são iguais, mas que considerando a necessária ponderação, não significa que não pode ser diferenciado e complementa: “essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo montante; isso mostra que diferenciações são permitidas se para ela existem fundamentos razoáveis”²²⁵.

Ao fazer uma relação entre direitos fundamentais e democracia, Alexy traça três formas de se ver essa relação: (i) um ingênuo, (ii) um idealista e (iii) um realista. No

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410.

²²⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre, 2008, p. 49-51.

²²⁵ Idem, *ibidem*, p. 51.

modo ingênuo não há conflito entre direitos fundamentais e democracia, ambos são coisas boas e pode-se tê-las ilimitadamente. Já no modo idealista há o reconhecimento do conflito entre democracia e direitos fundamentais, mas que se resolve numa sociedade politicamente perfeita, mas tal ideal não é possível. O modo de ver realista será o único correto para aqueles que querem institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é, pois a relação entre os direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas visões em sentido contrário e, com isso, na realidade, por uma contradição. A primeira diz que (i) direitos fundamentais são democráticos, pois somente com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade é que se pode assegurar o desenvolvimento e existência de pessoas; a segunda diz que (ii) direitos fundamentais são não-democráticos, pois desconfiam do processo democrático.²²⁶

A proposta de solução é o que Alexy chamou de representação política e argumentativa do cidadão, ou seja, não só no parlamento, mas também no tribunal constitucional, onde haverá uma representação mais idealística que no parlamento. No tribunal é que se poderão resolver as falhas do processo político e, portanto, não será contra o povo, mas em nome deste, contra seus representantes políticos, e completa:

A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático.²²⁷

Dessa forma haveria a reconciliação entre os direitos fundamentais e a democracia.

No Estado social, como o brasileiro, onde se reconhece numerosos direitos fundamentais individuais e sociais, a teoria dos princípios é capaz de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais como também possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade, não deixando à pressão de se caracterizarem como meras proposições programáticas. Segundo Alexy, a teoria dos princípios pode levar a sério a constituição sem exigir o impossível: ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser

²²⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre, 2008, p. 52-53.

²²⁷ Idem, *ibidem*, p. 54.

ponderados e assim, estão sob uma reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade, resolvendo o problema de colisão da vinculação.

4. O direito tributário no contexto do Estado democrático social de direito

4.1. Dimensão financeira do Estado frente ao ideário liberal

O Estado moderno, além dos aspectos políticos e econômicos, possui, também, uma dimensão financeira relacionada com as atividades exercidas na esfera das finanças públicas. Essas atividades sofreram modificações nas suas finalidades e mecanismos de manutenção conforme o Estado foi se transformando historicamente.

Tomando como ponto de partida o fim do sistema feudal pode-se identificar que a atividade financeira, num primeiro momento, se baseava no patrimonialismo, cujas receitas eram basicamente provenientes das rendas patrimoniais ou dominiais do príncipe, denominando-se Estado patrimonial. A receita extrapatrimonial tributária era secundária e o tributo era apropriado de forma privada, resultado do exercício da jurisdição, de modo transitório e sujeito a renovações anuais, ou seja, não fazia parte da esfera da publicidade. Nesse modelo não há distinção entre o público e o privado, entre a fazenda do príncipe e a fazenda pública e, na fase final do absolutismo, há uma centralização dos tributos na pessoa do rei e, conseqüentemente, a redução dos poderes periféricos, surgindo a legalidade como limitação do poder e garantia da fiscalidade periférica.²²⁸ Historicamente, o modelo patrimonialista se desenvolveu até o final do século XVII e início do século XVIII.

Embora tenha havido uma transferência para o rei ou para o príncipe o poder de exigir impostos no Estado moderno, em alguns países que aderiram ao patrimonialismo, havia a manutenção do direito a rendas fiscais e patrimoniais a senhorio e à Igreja; explica Ricardo Lobo Torres:

É o resquício do feudalismo, que vai declinar no Estado de polícia e que só desaparecerá com o advento do capitalismo e do liberalismo. A fiscalidade tripartida entre a realeza, o senhorio e a Igreja aparece com diferentes intensidades na Alemanha, na Itália, na Espanha e em Portugal, sendo que neste último o fenômeno surge independentemente do fato de lá não ter-se instalado jamais um vero regime feudal. Nos países em que a estrutura patrimonialista era

²²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 13-14.

frágil, como na Inglaterra e Holanda, ou em que desde cedo se manifestou o absolutismo, como na França, o senhorio não manteve o poder fiscal”.²²⁹

Sistemas tributários irracionais compostos essencialmente de tributos diretos faziam incidir sobre os pobres ao mesmo tempo em que concedia imunidades à nobreza e ao clero. A concentração da riqueza estava nas mãos dos reis enquanto as populações amarguravam a pobreza. Além desses fenômenos, outros caracterizaram o Estado patrimonial do ponto de vista financeiro: (i) concentração de receitas nas rendas domaniais e na venda de cargos públicos; (ii) exploração de monopólios; (iii) déficit e crises financeiras constantes pela insuficiência de receita; (iv) inflação, representada pela quebra da moeda; (v) empréstimos não honrados gerando dívidas públicas; (vi) desequilíbrio financeiro e gastos exagerados para manter a casa real, os dotes das princesas e as despesas de guerras²³⁰, principalmente dos séculos XVI e XVII. Embora tenha se iniciada a elaboração orçamentária, racionalização da cunhagem da moeda e desenvolvimento das técnicas contábeis e controle dos gastos públicos, bem como o aperfeiçoamento da burocracia fazendária, “se mantém ineficiente e irracional, tendo em vista que os funcionários incumbidos de zelar pelo tesouro usam de violência na cobrança dos tributos e fazem fortuna pessoal pela corrupção”.²³¹

Nesse modelo patrimonialista já se tinha a noção que o significado do tributo consistia no preço pago pela liberdade, na medida em que as prestações fiscais substituem os deveres pessoais e alivia as proibições jurídicas, distanciando o indivíduo do Estado como condição de garantia pacífica da convivência humana. O preço da liberdade, contudo, restringe praticamente à substituição das obrigações militares: os liberados da obrigação do serviço militar pagam impostos, enquanto aqueles que permanecem com esse dever, ficam livres do tributo – que era o caso da nobreza. Havia uma opressão da liberdade desvalorizando-se a riqueza individual e o trabalho que produzia, além da

²²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

²³⁰ As guerras e, conseqüentemente a necessidade do aumento das tropas, foi o que Montesquieu denominou de “enfermidade contagiosa” dos Estados, porque “assim que um Estado aumentava aquilo a que ele denominava suas tropas, os outros imediatamente também aumentavam as suas. [...] Os grandes príncipes, não se contentando em comprar as tropas dos menores, procuraram de todas as formas comprarem alianças, o que significa, em quase todos os casos perderem o próprio dinheiro. A consequência de tal situação é o aumento perpétuo dos tributos; e o que inutiliza todos os remédios futuros, é o não se contar mais com as rendas, e se fazer guerra com o próprio capital. E não raro vêem-se Estados, hipotecando seus fundos mesmo durante a paz, empregar, para a sua própria ruína, meios a que chamam extraordinários. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. 1º vol. São Paulo: Edigraf, 1960, p. 253.)

²³¹ TORRES, op. cit., p. 14-15.

proibição do luxo e da usura. O tributo era utilizado como instrumento de confisco, incidindo sobre a pobreza, em vez de se proteger o mínimo existencial e o mínimo de propriedade – ideais defendidos no liberalismo.²³²

Num segundo momento, historicamente século XVIII, há uma centralização da fiscalidade na pessoa do soberano e aumento das receitas tributárias, que corresponde à fase do absolutismo esclarecido, caracterizando o Estado de polícia. Esse modelo se desenvolve principalmente na Alemanha e na Áustria e posteriormente na Itália, Espanha e Portugal. Caracteriza-se por ser modernizador, intervencionista, centralizador e paternalista e visa, sobretudo, à garantia da ordem, da segurança e da administração do bem-estar dos súditos e do Estado. Economicamente corresponde ao mercantilismo como forma de fortalecimento do Estado através do desenvolvimento das manufaturas e do comércio. Socialmente há a luta contra as fontes periféricas de poder, inclusive do poder fiscal da nobreza e da Igreja. A distinção entre o público e o privado e entre as rendas patrimoniais e o tributo, começa a se definir.

A liberdade, nesse modelo de Estado de polícia, passa a se afirmar como liberdade do príncipe e não mais estamental, não se esgotando, contudo, na figura daquele, mas como liberdade do povo ou da burguesia ascendente – liberdade no Estado. A felicidade transforma-se no objetivo ou na finalidade do Estado – finalidade que é, sobretudo, financeira ou tributária, garantida pela atividade de polícia. Buscam-se o bem-estar e a segurança do príncipe e dos vassalos.

A promoção do bem estar dos súditos do Estado faz elevar as necessidades financeiras e novos tributos passam a incidir sobre as riquezas dos súditos e deixam de ser esporádicos e destinados a atender somente as necessidades públicas, mas passa a exibir finalidades extrafiscais: financiamento das empresas; intervenção na economia; emprego de recursos em monopólios. O Estado de polícia se caracteriza pelo centralismo administrativo e pela organização da burocracia onde a administração fiscal assume papel relevante na estrutura estatal.

O tributo deixa de ser considerado como instrumento que libertava o homem da obrigação do serviço militar e que, por outro lado, oprimia a liberdade pela condenação da riqueza, do trabalho e da usura – no Estado Patrimonialista – e passa a ser compreendido como fiador da conquista da riqueza e da felicidade, da liberdade de trabalho e do

²³² TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 37-38.

incentivo ao lucro no comércio e no câmbio – no Estado de polícia. Em outras palavras, o tributo passa de opressão da liberdade a preço da liberdade.²³³

Esse modelo começa a se definir quando os recursos dominiais e os ingressos regalistas não são mais suficientes para suprir as despesas da guerra. Além disso, outras causas contribuíram: (i) o enriquecimento da burguesia; (ii) a estrutura obsoleta do sistema tributário baseado em impostos territoriais; (iii) a perda do crédito público devido ao não adimplemento dos empréstimos; (iv) corrupção dos funcionários; (v) privilégios fiscais e isenções injustas do clero e da nobreza; (vi) insegurança quanto às prestações devidas pelos contribuintes. A centralização da fiscalidade nas mãos do rei vai perdendo força e inicia-se sua substituição pelo liberalismo, pelo capitalismo e pelo Estado fiscal.²³⁴

O modelo de Estado fiscal surge simultaneamente com o desenvolvimento do capitalismo e do liberalismo em substituição daquele modelo. Enquanto o Estado de polícia se pautava no absolutismo político e na economia mercantilista, o novo modelo passa a se apoiar numa estrutura econômica capitalista e no liberalismo político e econômico²³⁵. Nesse modelo, a receita pública passa a se fundar nos empréstimos autorizados e garantidos pelo Legislativo, mas principalmente, nos tributos derivados do trabalho e do patrimônio do contribuinte – rendas do Estado²³⁶. A principal fonte de receita, portanto, deixa de ser originária, ou seja, proveniente do patrimônio do príncipe. Há uma separação entre fazenda pública e fazenda do príncipe e entre política e economia.

²³³ TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 83.

²³⁴ Idem, *ibidem*, p. 54.

²³⁵ No aspecto econômico, havia uma necessidade de se romper com as concepções do mercantilismo para que se pudesse impor a ideia de que a vida econômica se autocompõe através de mecanismos naturais, sem a necessidade da intervenção do Estado para que seja possível o enriquecimento da nação. A liberdade das trocas, somente, já seria condição suficiente da ordem econômica. (DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Tradução de António Borges Coelho. 7ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1993, p. 145.)

²³⁶ “As rendas do Estado representam uma porção que cada cidadão dá, do seu próprio bem, para fazer jus à segurança da outra, ou para que dela possa gozar agradavelmente. Para bem fixar essas rendas, é preciso que se tome em consideração, tanto a necessidade do Estado, quanto as necessidades dos cidadãos. É preciso que não se tire ao povo, privando-o de suas necessidades reais, a fim de favorecer as necessidades imaginárias do Estado. As necessidades imaginárias são aquelas exigidas pelas paixões e pelas fraquezas, daqueles que governam, a fascinação de um projeto extraordinário, o desejo doentio de uma glória vã, e certa debilidade de espírito contra as fantasias. Não há nada que a sabedoria e a prudência devam melhor regular do que a porção que se tira, e a porção que se deixa aos súditos. Não é sobre a base daquilo que o povo pode dar, que é preciso calcular as rendas públicas, mas sim sobre aquilo que ele deve dar; e se o cálculo for feito sobre aquilo que ele pode dar, será preciso ao menos calcular sobre aquilo que ele poderá sempre dar.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. 1º vol. São Paulo: Edigraf, 1960, p. 242.)

Efetivamente se inicia a era dos tributos e da burocracia fiscal, atingindo alto grau de racionalidade.²³⁷

Com o capitalismo os Estados resolvem as crises financeiras baseando-se na garantia dos empréstimos e com a receita de impostos, agora garantida por regras burocráticas que passaram a aperfeiçoar a máquina administrativa, bem como pela extinção dos privilégios do antigo modelo e da reforma dos sistemas tributários. O Estado fiscal consiste numa figuração do Estado de direito, onde toda uma estrutura jurídica foi criada pela burguesia e, que dentre as inovações legais, destaca-se a criação de instrumentos jurídicos como as sociedades anônimas e de contratos nominados, todos servindo como base material aos impostos, principalmente o imposto sobre a renda.²³⁸

O tributo sofre uma profunda modificação²³⁹ deixando de ser “transitório e vinculado à necessidade conjuntural para ser cobrado permanentemente com base na riqueza e na capacidade contributiva de cada qual”,²⁴⁰ como resultado da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão²⁴¹, ideais defendidos pela doutrina liberal. O Estado fiscal adota a publicidade bem como as limitações ao poder de tributar passam a ser expressas, enquanto garantia e preservação da propriedade privada.

A ideia de liberdade individual – com a reserva de um mínimo de liberdade intocável pelo imposto, limita-se a soberania fiscal através da transferência de imunidades

²³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 97-98.

²³⁸ Segundo John Hicks, um imposto de renda eficiente seria a resposta para uma evolução dos tributos diretos que consistiria num modelo mais eficaz que aquele incidente sobre o comércio, que representam grandes perdas para o país como um todo. No entanto, para haver um imposto de renda eficiente, deve haver meios aceitos de apurar a renda – conceito econômico sofisticado. Com a instituição das companhias de responsabilidade limitada ou sociedade, dá-se um passo para esse mecanismo. Limitando a responsabilidade dos sócios há a necessidade de se criar uma proteção aos credores, sob pena de não se permitir empréstimos à companhia. Tal proteção surge como uma obrigação da companhia no pagamento de dividendos sobre o capital, obrigando que ela determine os lucros distribuíveis com precisão. Esses lucros, então, corresponderiam à base impositiva do imposto de renda. Enquanto esse mecanismo não se aperfeiçoava, resta lançar mão dos impostos sobre as propriedades mais facilmente avaliáveis. (HICKS, John. *Uma teoria de história econômica*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 85-87.)

²³⁹ Ainda sobre a questão de mudança na tributação, Boisguillebert, citado por Henri Denis, propõe uma reforma fiscal cuja essência consiste na supressão das isenções dos ricos e na criação de um imposto sobre o rendimento de todos os bens, suprimindo-se também os impostos sobre propriedade, o imposto indireto sobre o a venda do vinho e aduaneiros. O que defendia, basicamente, era que os impostos não poderiam incidir sobre o consumo, fonte do desenvolvimento da riqueza, de forma que se limitasse sua procura, sustentando a tese, portanto, da liberdade de mercado, aspecto essencial da economia capitalista. (DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Tradução de António Borges Coelho. 7ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1993, p. 147-151.)

²⁴⁰ TORRES, op. cit., p. 98.

²⁴¹ “Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 22 jul. 2010.

e privilégios do clero e da nobreza para o cidadão e pela proibição do confisco tributário – são tratadas nesse modelo de Estado fiscal de direito, em contraposição à liberdade estamental do Estado patrimonial – com a tripartição do poder impositivo e com a reserva das imunidades e privilégios pelo clero e pela nobreza – e da liberdade do príncipe – marcado pela centralização do poder tributário e às críticas às imunidades e aos privilégios.

Permite-se que o Estado exerça o poder tributário sobre a parcela não excluída pelo pacto constitucional, adquirindo tal imposição a característica de preço da liberdade. O imposto, item mais importante da receita do Estado Fiscal, é, por conseguinte, uma invenção burguesa: incide sobre a riqueza obtida pela livre iniciativa do indivíduo, mas nos limites do consentimento do cidadão.²⁴²

A liberdade individual do Estado fiscal de direito, envolve noção de igualdade identificada com a legalidade, fundamentada na representação e, por vezes, com a ideia de felicidade.

As ideias de liberdade e tributo, segundo Ricardo Lobo Torres, se coloca simetricamente ao que se desenvolveu entre as de liberdade e igualdade, marcando duas correntes principais do liberalismo:

de um lado o *liberalismo igualitário, revolucionário* ou *radical*, com a figura exponencial de Rousseau, que absolutizava o conceito de liberdade e atribuía à igualdade certo conteúdo político e econômico; de outra parte, o liberalismo de tipo inglês, *moderado* ou *doutrinário*, que defendia, com Tocqueville, Benjamin Constant e outros, o conceito *negativo* de liberdade política e civil, restringindo a igualdade aos aspectos formais e isonômicos da ausência de constrição estatal.²⁴³

Para os liberais radicais não se pode conceber a ideia de que o tributo possa servir de base ao exercício da liberdade²⁴⁴, enquanto para os moderados havia um vínculo essencial entre as ideias de tributo e liberdade, com a necessária proteção da igualdade contra o poder fiscal²⁴⁵.

²⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 109.

²⁴³ Idem, p. 110-111.

²⁴⁴ “Num Estado verdadeiramente livre, os cidadãos fazem tudo com os seus braços e nada com o dinheiro; longe de pagar para se isentarem dos seus deveres, pagariam para que eles próprios os desempenhassem. Estou bem longe das ideias comuns; considero as corveias menos contrárias à liberdade do que as taxas”. (ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Rogério Fernandes et al. Lisboa: Portugália, 1968, p. 181-182.)

²⁴⁵ Para Montesquieu, a relação entre a soma dos tributos e a liberdade possui uma regra-geral: “podem-se lançar tributos mais elevados, em proporção à liberdade dos súditos; e se é forçado a moderá-los, à medida que a servidão aumenta. Existe nos Estados uma compensação quanto ao peso dos tributos: é a liberdade. E existe nos Estados despóticos um equivalente para a liberdade que é a modicidade dos tributos”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. 1º vol. São Paulo: Edigraf, 1960, p. 249-250.)

A legalidade tributária – adotada como princípio – foi incorporada pelos textos constitucionais do Estado de direito, expressa, portanto, através do primado da lei formal, que se constituirá na razão do Estado liberal e referencial teórico para o desenvolvimento da ideia de liberdade positiva. O conceito de legalidade e o de soberania, caracterizam a liberdade fiscal no Estado de direito ao se definir que o próprio povo é que se tributa através de seus representantes.²⁴⁶

4.2. A função intervencionista do Estado frente à globalização e seu aspecto sócio-econômico

Não há outra possibilidade democrática quanto ao titular do poder constituinte senão o povo. A concepção de povo vai além das de cidadãos ativos, proprietários, proletários ou eleitores, mas culmina no sentido político, compreendendo um grupo de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações políticas.

[...] só o *povo real* – concebido como *comunidade aberta de sujeitos constituintes* que entre si “contratualizam”, “pactam”, e consentem o modo de governo da cidade –, que tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.²⁴⁷

A compreensão atual do poder constituinte superou a teoria clássica que o concebia como autônomo, incondicionado e livre. A concepção atual consiste numa vinculação jurídica do poder constituinte à vontade do criador, o povo ou nação, que é estruturado e obedece a padrões culturais, ético, sociais, o que, para alguns, se caracteriza numa espécie de jurisdicização e evolução do poder constituinte, não sendo fruto, portanto, de um vácuo histórico-cultural.

Compreendido o Estado enquanto espécie de sociedade política, estará sendo determinada sua situação de acordo com o contexto histórico-social.

O século XX foi marcado por diversos conflitos armados, inclusive duas grandes guerras, expressivas mudanças sociais e culturais – como movimento feminista,

²⁴⁶ “Esse *legislativo* é não apenas o *poder supremo* da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de *lei* se não for *sancionado pelo legislativo* escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário à *lei*, o *consentimento da sociedade*, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida.” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 503.)

²⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

defesa dos negros e dos homossexuais –, e grandes revoluções tecnológicas, destacando-se comunicações e informática. Nesse século desembocam todas as correntes filosóficas e os movimentos políticos se acentuam.²⁴⁸

Nesse século, um novo modelo de Estado surge, o social, em resposta à fase liberal, resultado de transformações em sentido democrático, onde características intervencionistas se firmam. O surgimento e desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas aspirações; a emancipação dos povos coloniais e a constituição de novos Estados; e a organização da comunidade internacional e proteção internacional dos direitos do homem, orientam para um novo modelo de Estado e Constituição:

Assim, revelam-se de alcance quase universal a promessa de direitos econômicos, sociais e culturais a para das liberdades e garantias individuais (por vezes, em contraposição a estas), o sufrágio universal, os partidos de massas, a tendencial substituição das formas monárquicas por formas republicanas, a generalização das Constituições e o enriquecimento do seu conteúdo (nem sempre de sua garantia), o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos sociais e de interesse e o papel político que procuram desempenhar, o crescimento da função administrativa, o realçar do Poder Executivo em detrimento do Parlamento. Necessário é, contudo, captar, ao lado e para além dos textos jurídicos, as realidades políticas.²⁴⁹

O início do século XXI também é marcado por grandes transformações e instabilidade, onde praticamente desapareceram todos os regimes totalitários e autoritários, ou estão em queda irreversível; surge o Estado de fundamentalismo islâmico, pautando em lei religiosa e civil; o Estado social começa a demonstrar sinais de crise ideológica, financeira, administrativa e comerciais; a degradação da natureza e do ambiente acentuada; desigualdades econômicas; exclusão social; manipulação comunicacional; cultura consumista de massas e a erosão de valores éticos familiares e políticos.²⁵⁰

No Fórum Econômico Mundial²⁵¹ de 2009, em Davos, na Suíça, realizado entre os dias 28 de janeiro a 1º de fevereiro de 2009, foi promovida pela rede de televisão

²⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 49.

²⁴⁹ Idem, *ibidem*.

²⁵⁰ No mesmo sentido Wambert Gomes Di Lorenzo faz uma análise e constata que a questão da crise do Estado social é de caráter, também, antropológico. Há um problema do homem que é anterior ao próprio capitalismo e à questão social, que acaba por exteriorizar a própria crise do homem. O problema do Estado social, para o autor, “reside na sua matriz individualista, importa entender que seu erro fundamental é confundir indivíduo com individualismo”, e levanta questões sobre as quais denominou “individualismo possessivo”, “totalitarismo liberal” e “materialismo liberal”. (DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 19-24).

²⁵¹ Todas as informações a respeito do Fórum Econômico Mundial podem ser acessadas pela página oficial na internet através do endereço eletrônico: <http://www.weforum.org>.

CNBC, segundo a versão eletrônica da revista Carta Capital²⁵², um debate entre renomados comentaristas econômicos e economistas sobre a atual crise global (2008-2009).

A intenção do debate era responde a três perguntas acerca da crise: (i) qual a presunção presente na formulação das políticas que maior dano causou para a economia global; (ii) quais as falhas da regulação que causaram o maior choque sistêmico; (iii) quais as falhas genuínas do mercado.

Buscou-se uma posição coletiva agregando-se as contribuições individuais e algumas tendências ficaram claras: falsa crença no poder do mercado de se autorregular; incentivos para se tomar grandes riscos; analfabetismo financeiro por parte dos agentes econômicos; baixa governança e falta de transparência das instituições financeiras; fundamentalismo econômico; crença na modelagem matemática sobre o bom senso; impunidade; falta de orientação ética e moral. Parece ter ficado claro, ainda, que os Estados serão parceiros da economia, que a intervenção estatal faz parte da nova agenda anticrise.

“Os principais defeitos da sociedade econômica em que vivemos são a sua incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza e das rendas²⁵³.” Keynes, nas conclusões sobre sua teoria geral do emprego, do juro e da moeda, defendia a intervenção do Estado para estimular a economia:

O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte através de seu sistema de tributação, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas. Por outro lado, parece improvável que a influência da política bancária sobre a taxa de juros seja suficiente por si mesma para determinar um volume de investimento ótimo. Eu entendo, portanto, que uma socialização algo ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não se vê nenhuma razão evidente que justifique um socialismo do Estado abrangendo a maior parte da vida econômica da nação. Não é a propriedade dos meios de produção que convém ao Estado assumir. Se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete. Ademais, as medidas necessárias de socialização podem ser introduzidas gradualmente sem afetar as tradições generalizadas da sociedade²⁵⁴.

²⁵² Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/app/coluna.jsp?a=2&a2=5&i=3244> em 27/07/2010.

²⁵³ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 341.

²⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 345.

A Associação Keynesiana Brasileira²⁵⁵, em documento intitulado “Dossiê da Crise”, aponta a necessidade do Estado enquanto agente interventor do mercado, criticando o posicionamento dos neoliberais²⁵⁶ e neoclássicos quanto à condição de mercado autorregulador, se opondo, assim, ao Estado:

... quando vemos o Estado surgir em cada país como a única tábua de salvação, como o único possível porto seguro, fica evidente o absurdo da oposição entre mercado e Estado proposta pelos neoliberais e neoclássicos. Um liberal pode opor coordenação do mercado à do Estado, mas não pode se colocar, como os liberais se colocaram, contra o Estado, buscando diminuí-lo e enfraquecê-lo. O Estado é muito maior do que o mercado. Ele é o sistema constitucional-legal e a organização que a garante; é o instrumento por excelência de ação coletiva da nação. Cabe ao Estado regular e garantir o mercado e, como vemos agora, servir de prestador de última instância²⁵⁷.

Não é foco dessa reflexão apontar as diferenças principiológicas de cada teoria ou escola, mas, apontar que é inevitável a presença do Estado no mercado, na economia, enquanto sistema constitucional-legal e instrumento da ação coletiva da nação. A forma e intensidade da intervenção estatal é que pode trazer divergências. O ponto principal e objeto de análise é evidenciar que uma das formas de intervenção estatal é através da tributação. O foco, contudo, não está nas consequências econômicas da tributação, mas nas influências econômicas sobre a determinação do ordenamento jurídico tributário e, conseqüentemente, na sua *práxis*.

A tributação é um *fenômeno intersistêmico* que envolve a Política, a Economia e o Direito. No caso da Política pode ser lido como uma relação entre poder e não poder (limites) tributar, ou seja, exigir prestações pecuniárias compulsórias de particulares; no caso da Economia a tributação pode ser entendida como um elemento relativo à programação dos agentes econômicos sobre o que terão ou não nas situações de produção, acumulação e circulação de bens em uma dada sociedade. Por sua vez, o Direito irá considerá-la como um conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como os outros se comportem nas

²⁵⁵ ASSOCIAÇÃO KEYNESIANA BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb>>. Acesso em: 27/07/2010.

²⁵⁶ “Como a escola liberal clássica, os neoliberais acreditam que a vida econômica é regida por uma ordem natural formada a partir das livres decisões individuais e cuja mola-mestra é o mecanismo dos preços. Entretanto, defendem o disciplinamento da economia de mercado, não para asfixiá-la, mas para garantir-lhe sobrevivência, pois, ao contrário dos antigos liberais, não acreditam na autodisciplina espontânea do sistema. Assim, por exemplo, para que o mecanismo de preços exista ou se torne possível, é imprescindível assegurar a estabilidade financeira e monetária: sem isso, o movimento dos preços tornar-se-ia viciado. O disciplinamento da ordem econômica seria feito pelo Estado, para combater os excessos da livre-concorrência, e pela criação dos chamados mercados concorrenciais, do tipo do Mercado Comum Europeu. Atualmente, o termo vem sendo aplicado àqueles que defendem a livre atuação das forças de mercado, o término do intervencionismo do Estado, a privatização das empresas estatais e até mesmo de alguns serviços públicos essenciais, a abertura da economia e sua integração mais intensa no mercado mundial.” (SANDRONI, Paulo (Org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 421.)

²⁵⁷ ASSOCIAÇÃO KEYNESIANA BRASILEIRA. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/dossie-crise.pdf>>. Acesso em: 27/07/2010.

relações entre o poder de tributar e as limitações a este poder, determinando as sanções pelo descumprimento dessas normas condicionais²⁵⁸.

O sistema tributário deve ser analisado considerando a interrelação entre os subsistemas da sociedade dando-lhe, assim, um sentido dinâmico de resposta à complexidade do sistema social e ao risco. Completa, Silveira: “por sua vez, as trocas entre os diversos subsistemas deverão ser realizadas de modo equilibrado, ponderando corretamente os ditames da justiça e da eficiência econômica.²⁵⁹”

As análises da economia dos processos de transformação e transfigurações da riqueza, frente à mundialização do capital, e seus reflexos sociais, devem servir como fundamento para a modalização do sistema jurídico – tributário, enquanto campo da atual análise – como elemento do processo de efetivação de uma ordem social preconizada constitucionalmente.

As transformações que o trabalho sofre dentro de um processo de racionalização econômica resultante do capitalismo industrial, onde os indivíduos passam a se caracterizar engrenagens de uma grande máquina – integração funcional – provoca uma mutação cultural onde o salário torna-se o fim essencial da atividade desenvolvida, provocando uma desintegração social. Há uma degradação das redes de solidariedade, de coesão familiar, do sentimento de pertencimento em contraposição à valorização do indivíduo socializado pelo consumo, onde cada um vai à procura de sua própria vantagem individual²⁶⁰. Segundo Gorz, isso necessitará de um reforço dos poderes prescritivos do Estado:

no lugar da regulação incitativa pelo interesse individual ressurgem a necessidade da regulação prescritiva. Regulamentação da circulação, da taxa dos empréstimos, normas de poluição; planos de ocupação do solo; limites de velocidade; seguros obrigatórios; fiscalização, repressão de fraudes, serviços públicos etc. Tudo isso são entraves pelos quais o Estado responde à dimensão coletiva das buscas individuais, restringindo-as por contra-finalidades que visam a impedir a ruína de todos²⁶¹.

Richard Sennett também analisou como as transformações econômicas estão moldando os valores sociais e individuais, implicando uma mudança nas relações de trabalho e nos hábitos de consumo. As transformações nas estruturas das grandes empresas

²⁵⁸ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 7.

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 8.

²⁶⁰ GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de Ana Montoia. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 53-56.

²⁶¹ Idem, ibidem.

ocasionadas pela mudança nas políticas de investimentos dos novos atores econômicos (fundos de pensão e investidores privados); na mudança da esfera do poder econômico em busca de resultados em curto prazo; e devido ao desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e manufatura, propiciou a transformação do prestígio moral do trabalho, gerando falta de lealdade, confiança informal e conhecimento institucional acumulado. Um sentimento de inutilidade do trabalhador. As desigualdades tornam-se cada vez mais vinculada ao isolamento gerando o que parece ser uma política de consumo como forma de sustentação do sistema, impossibilitando o progresso coletivo²⁶².

O Estado legítimo deverá ser aquele que se fundamenta exclusivamente nos interesses coletivos, nas questões de interesse geral, da sociedade, para que se possa ser aceito como “o Estado protetor, o Estado-providência que oferece ao trabalhador-consumidor funcional compensações sociais pela perda da sua autonomia. Essas compensações adquirem a forma do direito a pensões e serviços sociais.”²⁶³,

Tais serviços sociais serão custeados por receitas públicas, principalmente as derivadas – tributárias – e, portanto, deve aquela dinâmica na transformação do trabalho frente à dimensão econômico-social, ser balizadora das normas de arrecadação e destinação dessas receitas.

A grande empresa e suas novas características estruturais – mundial –, “ao se lançar na concorrência global, necessita cada vez mais do apoio dos estados nacionais dos países de origem”²⁶⁴, analisou Belluzzo em 1997, e completou:

O Estado está cada vez mais envolvido na sustentação das condições requeridas para o bom desempenho das suas empresas na arena da concorrência generalizada e universal. Elas dependem do apoio e da influência política de seus estados nacionais para penetrar em terceiros mercados (acordos de garantia de investimentos, patentes etc.), não podem prescindir do financiamento público para suas exportações nos setores mais dinâmicos e seriam deslocadas pela concorrência sem o benefício dos sistemas nacionais de ciência e tecnologia.

No que se refere às relações internacionais de mercado e a expectativa de balanço anual superavitário, além dos acordos e influências políticas, o Estado interfere, no âmbito da tributação, com modificações de alíquotas de determinados impostos

²⁶² SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 23-163.

²⁶³ GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de Ana Montoia. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 53-56.

²⁶⁴ BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mallo. Dinheiro e as transfigurações da riqueza. In: TAVARES, Maria da Conceição e FIORI, José Luís (org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 192.

regulatórios, fomentando a saída e/ou desestimulando as entradas. No mercado interno, poderá o Estado intervir de forma a fomentar a produção, com a redução de alíquotas e promoções de incentivos fiscais-tributários.

Até esse ponto da reflexão salientou-se que: (i) a intervenção do Estado na economia é inevitável frente à dimensão sócio-econômica da globalização; (ii) a intensidade e forma de intervenção deve-se pautar na efetivação do Estado enquanto confirmador dos interesses sociais definidos constitucionalmente; (iii) a tributação é elemento de intervenção.

A globalização não se resume ao seu aspecto econômico, embora seja a primeira perspectiva quando se debate o assunto. Economicamente pode significar:

(i) internacionalização da produção e das trocas econômicas; (ii) internacionalização do comércio; investimentos estrangeiros diretos; (iii) redes de corporações internacionais; (iv) abandono da regulação dos fluxos financeiros e do comércio, o que conduz ao aumento da mobilidade do capital e da propriedade, das mercadorias, dos serviços e do trabalho; (v) regime diferenciado de livre competitividade no comércio em escala global; (vi) mercados mundiais; (vii) novos deslocamentos e relocalizações de atividades econômicas dentro das nações e entre elas e (viii) aumento da competitividade entre os países²⁶⁵

Também há o aspecto político e cultural. No político pode-se referir ao crescimento das interações políticas transnacionais; ideias e instituições que se tornam globais; seguridade social e políticas sociais – ou o “Estado de Bem-Estar Social”.

No cultural pode-se entender como a livre e instantânea circulação de conhecimentos e informações; homogeneização das culturas mundiais ou processos de mudanças culturais; exposição dos indivíduos a uma variedade de ideias, instituições, produtos e modos de vida.

A análise das dimensões da globalização é extremamente útil e necessária para se verificar o impacto nas políticas sociais. A globalização econômica afeta tais políticas, mas, os fatores políticos e culturais, nacionais e/ou globais, também farão parte nessas determinações e permitirá compreender as políticas sociais em nível nacional, bem como sua formação e a identificar o papel do Estado no mundo globalizado.

²⁶⁵ KUHNLE, Stein. A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto. In: DELGADO, Mauricio Godinho e PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTR, 2007, p. 88-100.

Neste ponto da reflexão, resgata-se o elemento principal de análise que é o papel da tributação nesse contexto delineado, especificamente no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Considerando esse cenário, Jorge Miranda questiona: “de que modo e em que medida tudo isto irá repercutir-se nas Constituições?” e continua:

E em que medida cabem no âmbito do Estado e não exigem, antes, por um lado, um novo papel da sociedade civil e, por outro lado, uma reforçada cooperação internacional? Como tornar a globalização o caminho para uma comunidade de homens e mulheres livres e iguais à escala planetária, em vez de ser um instrumento ao serviço de mais ricos e de mais poderosos? Como conjugar o Direito constitucional como um Direito internacional assente em princípios supra-estatais de *jus cogens*?²⁶⁶

É justamente a medida de intervenção do Estado que se mostrará determinante para sua legitimidade.

O Estado legítimo deverá ser aquele que se fundamente exclusivamente nos interesses coletivos, nas questões de interesse geral, da sociedade, para que se possa ser aceito como “o Estado protetor, o Estado-providência que oferece ao trabalhador-consumidor funcional compensações sociais pela perda da sua autonomia. Essas compensações adquirem a forma do direito a pensões e serviços sociais”²⁶⁷.

Canotilho entende que as influências do fenômeno da globalização, da internacionalização e da integração interestatal põem em crise a ideia de unidade política soberana do Estado, mas que enquanto comunidade juridicamente organizada, continua sendo um modelo operacional, pois “é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas e é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois arbítrios dos modelos anteriores: a autocracia *absolutista* e os privilégios orgânico-corporativo medievais”.²⁶⁸

4.3. A função e o dever fundamental de pagar tributo

As transformações que os Estados sofreram, principalmente os ocidentais, resultaram em mudanças estruturais significativas, bem como em suas funções. O Estado

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

²⁶⁷ GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho*: Crítica da razão econômica. Tradução de Ana Montoia. 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 53-56..

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

deixou de ser um mero financiador da segurança jurídica, mas passa a ter um papel ativo a fim de alcançar uma ordem mais igualitária, socialmente mais justa e atuando também na economia de forma que permita um crescimento sustentável, promovendo políticas de redistribuição de renda e riqueza.

Nesse contexto também se encaixa o modelo adotado pelo Brasil, expressamente declarado em sua Constituição. Pode-se afirmar que essas transformações resultaram historicamente como forma de adaptação das tradicionais ideologias liberais burguesas para as novas realidades e condições sociais da civilização industrial e pós-industrial. Como bem sintetiza o professor Juan Manuel Barquero Estevan da Universidad Autónoma de Madrid,

Duas foram as condições históricas para a transição para este modelo: em primeiro lugar, o desafio histórico de superar uma série de problemas revelados, especialmente no período entre guerras (trabalhadores elevada taxa de desemprego, o estresse na luta de classes, a fuga para o totalitarismo, etc) que eram insolúveis nos moldes do Estado liberal e da sociedade do capitalismo avançado de, por outro lado, novas possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico da era industrial. É gerada, neste contexto, a crença de que simples e pura racionalidade econômica pode não ser tão racional em termos sociais limitadas e devem ser corrigidos por um certo grau de racionalidade política.²⁶⁹

Essas transformações estruturais e funcionais do Estado são refletidas nas Constituições, que passam a adotar expressamente um modelo de Estado providência e social. Essas decisões fundamentais, no âmbito constitucional, trazem consigo o caráter inalienável desta opção para o legislador ordinário, bem como resulta num critério fundamental das atuações das autoridades públicas administrativas e judiciais.

As atribuições dos poderes estatais passam por uma série de alterações que afetam diretamente suas atuações.

Todo o sistema jurídico deverá, por fim, observar como critério formal e material de validade aquelas determinações constitucionais do modelo de Estado adotado.

²⁶⁹ “Dos habrían sido las condiciones históricas para el paso a ese modelo: por un lado, el reto histórico de superar una serie de problemas puestos de manifiesto, particularmente, en el periodo de entreguerras (alto paro obrero, tensión en la lucha de clases, huida hacia los totalitarismos, etc.) y que resultaban irresolubles dentro de los moldes del Estado liberal y de la sociedad del capitalismo avanzado; por otro, las nuevas posibilidades ofrecidas por el desarrollo cultural y tecnológico de la época industrial. Se genera, en ese contexto, la convicción de que la simple y pura racionalidad económica puede no ser tan racional en términos sociales, y que más bien debiera ser limitada y corregida por un cierto grado de racionalidad política”. (ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La función del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 20.)

Nesse contexto, as finanças públicas também devem ser adequadas a tais preceitos e, conseqüentemente, os sistemas tributários.

Há uma mudança qualitativa fundamental no sistema tributário e todo o ordenamento fiscal que se relaciona especificamente às atribuições da Fazenda Pública, agora não mais simplesmente financeira, com o objetivo de manutenção da máquina administrativa, mas como financiadora de políticas públicas capazes de atingir aqueles objetivos constitucionais estabelecidos.

A compreensão do direito tributário cada vez mais está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício dos direitos fundamentais, leciona Regina Helena Costa.

Para a professora é fato que vem se firmando universalmente uma visão humanista da tributação, vez que não se trata mais em mera busca de recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, assegurar a efetiva possibilidade do exercício de direitos públicos subjetivos.

Assim é que a tributação constitui instrumento para o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais; bem como na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁷⁰

Nesse mesmo raciocínio, Di Lorenzo, entende que é fundamental na organização do Estado, da sociedade e da comunidade doméstica, a subsidiaridade. Para o autor, consiste num critério de ação na economia, na política e no Direito, cuja amplitude funcional “dá-se por não ser domínio de uma ciência em particular, mas um postulado da razão prática”:

De forma resumida, pode-se afirmar que estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários a sua dignidade, não deve haver interferência das ordens que lhe são superiores – família, sociedade, comunidade política, Estado ou ordem internacional – na sua realização. Todavia, não sendo possível à pessoa realizar sozinha sua dignidade, é dever da ordem que lhe é superior subsidiá-la.²⁷¹

²⁷⁰ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

²⁷¹ DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 103.

Esse princípio da subsidiariedade^{272 273} determina uma hierarquia de esferas no dever de prestar auxílio, que tem início na própria pessoa e termina somente na ordem internacional. Diz respeito, portanto, “à concreção do conjunto de circunstâncias necessárias para que a pessoa alcance seu fim último. A essa série de meios circunstanciais deu-se o nome de bem comum, e ao fim último deu-se o nome de *dignidade*”.²⁷⁴

Nessa perspectiva de se alcançar o fim último do Estado, o bem comum, e considerando o que se delineou sobre a questão da busca da igualdade material para que seja possível a realização da liberdade do indivíduo nos tópicos anteriores desse trabalho, cabe analisar a tributação sob uma ótica de dever fundamental. Nesse sentido, em estudo sobre “Direito *versus* dever tributário”, Marcelo Martins Altoé expõe o seguinte:

Não podemos olvidar que os direitos subjetivos devem andar lado a lado com os deveres jurídicos, não por serem estes considerados como limitadores dos direitos jurídicos ou porque são a estes conexos ou dependentes, mas sim porque objetivam, em última análise, proteger o próprio direito subjetivo do titular ou de outros titulares dos mesmos direitos, ou de outros a eles correlatos.²⁷⁵

Para que seja possível a efetivação dos direitos sociais e a manutenção das funções administrativas do Estado, não poderia se pensar num sistema tributário onde o modal deontico consistisse em mera permissão, onde não houvesse o elemento compulsoriedade. É assim que se conclui sem dificuldades que pagar tributos é uma questão de dever fundamental.

A professora Regina Helena Costa lembra que “na contemporânea concepção de Estado, a tributação constitui autêntico *poder-dever*, cujo exercício traduz-se no emprego de instrumentos que lhe possibilitem a obtenção de recursos necessários ao desempenho de suas atividades”²⁷⁶, e complementa:

²⁷² Analisando o princípio da subsidiariedade, Di Lorenzo conclui que há duas dimensões: (i) uma negativa e (ii) outra positiva. Naquela a ordem maior deve se omitir quando a ação está ao alcance da ordem menor, enquanto nesta, deverá a ordem maior subsidiar a ordem menor quando não alcançar isoladamente os bens que lhes são necessários. Quanto às aplicações do princípio, permite-se classificá-lo em subsidiariedade (i) negativa; (ii) positiva; (iii) direta; (iv) indireta; (v) jurídica; (vi) operativa; (vii) regulativa; (viii) indutiva; (ix) dedutiva; (x) política. (DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 54.)

²⁷³ Há uma relação direta desse princípio com os direitos de defesa – ou direitos a ações negativas – do Estado, e os direitos a ações positivas do Estado, que trata Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.196-203.)

²⁷⁴ DI LORENZO, op. cit., p. 104.

²⁷⁵ ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. Série Temas Fundamentais de Direito v. 9. São Paulo: RT, 2009, p. 75.

²⁷⁶ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4.

A esse direito estatal, consubstanciado na supressão de parcela do patrimônio dos sujeitos, para a sustentação das necessidades coletivas, consoante um regime jurídico vinculante, corresponde, evidentemente, um *dever*, por parte daqueles, de satisfazer tal obrigação, em prol da sociedade. Em síntese, ao *direito* estatal de tributar corresponde um *dever* dos particulares de arcar com o ônus de serem tributados, o que lhes viabiliza o exercício de *outros direitos*.

Num Estado democrático de direito, deveres fundamentais²⁷⁷ se colocam, em primeiro lugar, numa posição de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade, segundo Canotilho, que complementa:

Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa [...] a simetria de direitos e deveres mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais. O fundamento constitucional é [...] a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito.²⁷⁸

Na busca de um conceito de deveres fundamentais, José Casalta Nabais, leciona que constituem uma categoria jurídico-constitucional própria, que traduz na mobilização do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum, o que colocaria os deveres fundamentais numa posição paralela aos direitos fundamentais: “nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”²⁷⁹.

A partir dessa concepção geral de deveres fundamentais, Nabais conclui que o imposto²⁸⁰ se apresenta como um dever fundamental, isto é, um instituto jurídico disciplinado no nível constitucional, deixando de ser uma simples relação de poder, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas como contributo

²⁷⁷ No mesmo sentido, José Casalta Nabais: “quanto à explicação lógica ou racional dos deveres fundamentais podemos dizer que duas linhas de orientação têm sido desenvolvidas, a saber: a que os remete para suportes basicamente formais, como são o da estadualidade ou soberania do estado constitucional e o da socia(bi)lidade do indivíduo, e a que os reconduz a suportes essencialmente materiais, como é o da reciprocidade ou da igual liberdade de todos os cidadãos e o da dignidade da pessoa humana”. (NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54-55.)

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531-532.

²⁷⁹ NABAIS, op. cit., p. 64.

²⁸⁰ Cabe esclarecer que Nabais trata em “dever fundamental de pagar imposto” e o tópico do trabalho em “dever fundamental de pagar tributo”, contudo, não há conflito de termos. Ocorre que o professor português, embora reconheça a distinção entre o gênero tributo e a espécie imposto, considerará qualidades fiscais ou extrafiscais do imposto quando este tiver uma tarefa específica definida pela Constituição, mas que terá uma função instrumental, atrelada essencialmente aos direitos fundamentais e os impostos que não possuem essa tarefa, ou seja, são essencialmente arrecadadores, estarão atrelados essencialmente ao princípio da capacidade contributiva. (Idem, *ibidem*, p. 223-251).

indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em Estado.^{281 282}

Nabais trata dos limites materiais da tributação dos quais, relevante oportunizar nesse trabalho, a questão que aborda sobre o princípio do Estado social. Uma vez expresso esse princípio em nível constitucional, caberá ao Estado a atenuação ou diminuição pelos poderes públicos das desigualdades fáticas de natureza econômica, social, e cultural, de forma que se assegure uma igualdade jurídico-material, não podendo se exigir, contudo, uma igualdade absoluta ou uma igualdade sem liberdade, mas sim uma maior igualdade na liberdade. O princípio do Estado social deverá, portanto, assegurar a possibilidade real de desenvolvimento da personalidade do indivíduo em sociedade garantida juridicamente. Para isso, de um lado deverá garantir a liberdade aos que dispõem das condições fáticas da mesma através essencialmente da abstenção ou não intervenção estatal; por outro lado, garantir a mesma liberdade aos que estão desprovidos da mesma através da ação e intervenção do Estado, por intermédio de prestações sociais ou direitos sociais.²⁸³

Quanto mais houver cidadãos desprovidos dessas condições fáticas, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Para isso, segundo Alexy, existem duas formas fundamentais: (i) por impostos ou outros tributos, proporciona-se ao Estado o dinheiro necessário para cuidar do mínimo existencial dos carecidos; (ii) diretamente de um cidadão para outro, consistindo numa redistribuição direta (exemplificando: o legislador define prescrições que dificultam a rescisão ou elevação do aluguel; proteção de rescisão; férias anuais etc.). Com relação àquela primeira forma, que é objeto desta análise, o autor faz a seguinte ressalva:

²⁸¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedian, 2009, p. 185.

²⁸² A posição adotada pelo trabalho releva as destinações especiais determinadas pela Constituição a alguns tributos de forma a permitir classificá-los enquanto espécie autônoma, as contribuições especiais, cuja qualidade a doutrina nacional chama de parafiscal. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração uma classificação com critérios constitucionais, podem-se desprender cinco espécies tributárias: (i) impostos, com função preponderantemente arrecadadora, mas que pode servir como instrumento extrafiscal de intervenção; (ii) taxas, cuja materialidade está vinculada a uma atuação estatal referível e específica ao contribuinte; (iii) contribuições de melhoria, que poderá ser exigida em função de valorização de imóvel particular em decorrência de obras públicas; (iv) empréstimos compulsórios, que poderão ser instituídos em situações especialíssima previstas no artigo 148 da Constituição brasileira; e (v) contribuições especiais, cujo produto da arrecadação tem uma destinação definida constitucionalmente, como por exemplo aquelas destinadas ao custeio da seguridade social. Todas essas espécies são deveres fundamentais, mas, os impostos e as contribuições especiais devem receber atenção especial na análise desse trabalho. (MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 217-225.)

²⁸³ Idem, ibidem, p. 574-575.

O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de atuação geral. Como o estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é oportuno citar imediatamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção.²⁸⁴

Na verdade consiste no contrário: a cobrança de tributos serve imediatamente só à produção da capacidade de atuar financeira do Estado que, genericamente, é um pressuposto de sua capacidade de atuar, contudo, o Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada. Não resta dúvidas que para Alexy os direitos sociais (coletivos) devem ter uma proteção maior que os bens individuais, com os devidos limites do Estado, mas no tocante ao dever de pagar tributos não haverá necessariamente um benefício para a coletividade.

A proteção pelo dever fundamental de pagar tributos deverá ser *prima facie* a busca de um ideal de justiça tributária que necessitará atender ao princípio da capacidade contributiva, fundamentado pelo princípio da igualdade tributária, e do instrumento da extrafiscalidade, que serão analisados no próximo item desse trabalho.

4.4. Direito tributário na perspectiva do pensamento sistemático e o financiamento do Estado social

4.4.1. O método tópico-sistemático de interpretação no direito tributário

A base do pensamento sistemático do direito tributário está diretamente ligado à determinação de sua função no Estado democrático de direito: o financiamento do Estado social. Esse modelo é definido constitucionalmente e, portanto, sujeitará o sistema tributário ao sistema constitucional de interpretação, cuja ordem veiculou os direitos fundamentais que se definem como os veículos introdutórios dos direitos da pessoa humana que por sua vez se fixam em bases axiológicas. O pensamento sistemático, como bem resume Caliendo,

representa um esforço conjugado de diversos autores, como pressupostos teóricos diversos, mas que possuem como pontos em comum a aceitação de três

²⁸⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre, 2008, p. 61.

pilares conceituais: a constitucionalização dos direitos fundamentais, a reintrodução do problema da justiça e uma nova hermenêutica jurídica.²⁸⁵

Considerando que o direito tributário consiste num subsistema constitucional, como proposto no decorrer deste trabalho, pensá-lo sistematicamente consiste numa necessidade para que possa efetivamente se confirmar como instrumento de concretização do Estado democrático.

No direito tributário o pensamento sistemático se diferencia dos pensamentos conceituais e normativista na medida em que (i) seu núcleo conceitual se fixa nos direitos fundamentais do contribuinte e na justiça fiscal; enquanto naqueles se apoiarão unicamente nos conceitos tributários ou na norma jurídica-tributária; (ii) a Constituição contempla o sistema tributário com base na ideia da proteção e promoção dos direitos fundamentais; já naqueles a Constituição não trata do problema da tributação nem dos direitos fundamentais ou o direito tributário é que contempla o Direito Constitucional numa relação de norma inferior e superior; (iii) os fundamentos do poder de tributar possuem pilares na justiça fiscal e nos direitos do contribuinte; enquanto o pensamento conceitual e normativista se pautam na soberania fiscal ou na competência tributária; (iv) a relação jurídica tributária se caracteriza na cidadania fiscal tendo a justiça fiscal como ponto de equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais; já naqueles se restringirá a um dever geral de submissão e concorrência do sustento público ou enquanto uma mera espécie de relação jurídica.²⁸⁶

A observância da capacidade contributiva tende a superar a mera pretensão de se materializar a igualdade substancial negligenciada pelo liberalismo para permitir uma nova forma de leitura do sistema constitucional tributário e sua efetivação no plano infraconstitucional através de arrecadação de valores pecuniários com vistas aos serviços públicos prestacionais, que fazem parte da essência das funções do Estado. A garantia dos próprios direitos fundamentais individuais reclama um dispêndio estatal e uma prestação positiva para sua perpetuação nas futuras gerações.

Toda a interpretação do direito tributário, como já se destacou, ainda hoje é influenciado predominantemente pela interpretação descritivo-formalista, ou seja, se valoriza fundamentalmente a hermenêutica positivista. Essa forma de interpretação do sistema tributário, quando da criação das normas, o “fato gerador” – fato ou conjunto de

²⁸⁵ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 237.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*.

fatos ou o Estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado – é o centro principal de preocupação de toda a produção tributária, onde os seguintes elementos são relevantes para a sua caracterização, segundo Amílcar de Araújo Falcão:

- a) a previsão em lei; b) a circunstância de constituir o fator gerador, para o Direito Tributário, um fato jurídico, na verdade um fato econômico de relevância jurídica; c) a circunstância de tratar-se do pressuposto de fato para o surgimento ou a instauração da obrigação *ex lege* de pagar um tributo determinado.²⁸⁷

Falcão identifica tal importância da concepção do fato gerador, considerando como o núcleo de estudo de todo o direito tributário, onde vários autores do ramo entendem que toda a teoria do direito tributário material passa pelo desenvolvimento da própria teoria do fato gerador.

Não é proposta do presente trabalho retirar a importância da análise do fato gerador, por óbvio: é essencialmente importante. Não significa, contudo, que a análise da tributação e a compreensão de toda a estrutura do sistema tributário não devam passar por uma validação frente ao sistema dos direitos fundamentais. Esse é o novo elemento a ser incorporado na análise sistemática do direito tributário.

Na esfera da interpretação do sistema pelo contribuinte ou tributado, também houve uma predominante preocupação por essa hermenêutica formal, com bases cartesianas, buscando-se dentro do próprio sistema tributário positivado, lacunas interpretativas para justificar uma elisão fiscal, o que poderia denotar numa própria contradição com o próprio princípio da capacidade contributiva e da isonomia.²⁸⁸

O que se pretende é evidenciar a necessidade de uma nova hermenêutica, além da preocupação legal-formal e sim pautada nos elementos substanciais do sistema de direitos fundamentais.

No contexto do Estado democrático, Alberto Nogueira, sugere a efetiva, direta e ativa participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração, fiscalização e

²⁸⁷ FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

²⁸⁸ Esse assunto foi tratado em um interessante estudo realizado por Felipe Faria de Oliveira em dissertação de mestrado pela PUC-MG que resultou na obra “Direito tributário e direitos fundamentais”. Defende o autor que a elisão fiscal poderia contrariar o princípio da capacidade contributiva quando houvesse a utilização de meios para ludibriar o Fisco em busca de uma tributação menor bem como afetaria o princípio da isonomia ao exigir aprofundado estudo da legislação, possível para aqueles de maior expressividade econômica. (OLIVEIRA, Faria de. *Direito tributário & direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 150-156.)

controle das regras tributárias, podendo-se realizar através efetiva representatividade e por intermédio de instituições públicas e privadas, como Tribunais de Contas, Conselhos de Contribuintes e Orçamentos Participativos:

A ideia básica é a de eliminar os excessos e injustiça da carga tributária, de modo a torná-la equânime e efetiva, em harmonia com os princípios da justiça e da racionalidade. No contraponto, todos, dentro de suas reais possibilidades, devem pagar, pelo que nesse sistema não há lugar para sonegadores de impostos. A sonegação tem um duplo e sinistro efeito: favorece seu autor e penaliza o contribuinte cumpridor de seus deveres fiscais, pois é este que afinal acabará assumindo, com a inevitável elevação do tributo, o ônus não atendido por aquele. Além desse duplo efeito, sofrerá, difusamente, com a degradação dos serviços públicos que dependem para seu regular e satisfatório funcionamento em grande parte da receita tributária.²⁸⁹

Um segundo caminho, segundo o autor, passa pelo Poder Judiciário, que deve se desenhar como um dos canais de efetivação do sistema democrático, corrigindo desvios cometidos pelo Poder Legislativo e Executivo quando não observarem como escopo da tributação a própria efetivação da Constituição por intermédio da realização dos direitos fundamentais²⁹⁰, não significando, portanto, que deverá atuar como legislador positivo, impossibilidade esta já manifestada pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁹¹.

Ao judiciário, no entanto, para que tenha um papel que corresponda aos preceitos democráticos constitucionais, deverá se valer de uma interpretação tópico-sistemática que leve em consideração uma análise estrutural do sistema normativo para solucionar antinomias e conflitos normativos, não se restringindo apenas às técnicas hermenêuticas que se baseiam unicamente da análise lógica da linguagem.

Como forma de exemplificar a aplicação do método tópico-sistemático de interpretação tributária, pode ser citada a decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário (RE 388359/PE)²⁹², ao julgar inconstitucional o § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972, cuja redação foi alterada pelo artigo 32 da Lei nº 10.522/2002, originária da Medida Provisória nº 1.863-51/1999, que exigia depósito recursal como exigência para a interposição de recurso administrativo. Veleu-se a Corte em sua fundamentação, nessa

²⁸⁹ NOGUEIRA, Alberto. *A Reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 399-425.

²⁹⁰ Idem, ibidem, p. 399-425.

²⁹¹ Nesse sentido ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 432460 ED-AgR-ED/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 02/02/2010, publicado no DJ de 26/02/2010 p.1563. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 388359 /PE. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 28/03/2007, publicado no DJ de 22/06/2007 p.814. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

oportunidade, do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Em oportunidade anterior (RE 368441 AgR/SP)²⁹³ decidiu em sentido contrário, ou seja, pela legitimidade da exigência do depósito, valendo-se da prevalência da regra.

Como outro exemplo, pode-se valer da regra estabelecida pelo artigo 12 da Lei 7.713/88, ao prescrever que o imposto de renda incidirá sobre os rendimentos recebidos acumuladamente, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, descontados os valores das despesas judiciais e honorários advocatícios quando pagos pelo contribuinte. A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na fundamentação em agravo de instrumento²⁹⁴, aplica a regra do artigo 12 da Lei 7.713/88: “[...] Pela letra da lei, há incidência do imposto de renda sobre rendimentos recebidos acumuladamente. 3 – Assim, indefiro o pedido de antecipação de tutela.” Já a 1ª Turma do mesmo tribunal, por sua vez, na fundamentação em apelação²⁹⁵, aplica os princípios da isonomia e da capacidade contributiva:

1. Nos casos de valores pagos atrasada ou acumuladamente, oriundos de concessão ou revisão de benefícios previdenciários, a interpretação literal da legislação tributária implica afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva, porquanto a renda a ser tributada deve ser aquela auferida mês a mês pelo contribuinte, sendo descabido "puni-lo" com a retenção a título de IR sobre o valor dos benefícios percebidos acumuladamente, com alíquota máxima, por mora da autarquia previdenciária.

O que se pode verificar é que na primeira decisão utilizou-se um método de aplicação da regra pura e simplesmente, valendo-se da densificação do valores que esta carrega. Já na segunda decisão foi utilizado o método de análise tópico-sistemático das regras, princípios e valores, de forma que, neste caso, prevaleceu os princípios fundamentando-se na hierarquização prudencial entre as normas.²⁹⁶

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 368441 AgR/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 29/04/2003, publicado no DJ de 23/05/2003 p.39. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG 2009.04.00.004386-5/SC. Relator: Des. Federal Otávio Roberto Pamplona. Julgamento em: 16/02/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 10/01/2011.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 2008.71.08.004202-0/RS. Relator: Des. Federal Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 07/07/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 10/01/2011.

²⁹⁶ Nesse sentido: CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 263.

4.4.2. Novo paradigma da tributação frente aos direitos fundamentais individuais e sociais

Considerando que o Estado não resulta de uma convenção livremente aceita, mas impõe-se como uma necessidade natural e social, pode-se concluir que o tributo é pago em função de um ato de soberania e não de uma obrigação contratual. A teoria do lucro – tributo é pago em função de uma obrigação contratual –, portanto, foi superada pela teoria da capacidade contributiva que se fez necessária para que o tributo seja exigido não mais em função do que o contribuinte recebe do Estado – o que poderia levar uma carga tributária mais pesada aos indivíduos mais pobres – mas em razão da sua capacidade de contribuir. Essa teoria permite a compatibilização do interesse geral com o sacrifício proporcional, permitindo ser instrumento de definição de um sistema justo e necessário.²⁹⁷

Especificamente o imposto – espécie tributária – tem como função primeira a financeira, ou seja, busca necessária de recursos para contingenciar as despesas públicas, mas, possui também objetivos econômicos e sociais, indispensáveis à estrutura estatal, que poderá exercer função de (i) instrumento regulador da produção, cuja tarefa é diretamente econômica e indiretamente social, pois teria funções de regular concorrência estrangeira ou determinados setores da produção interna; (ii) de instrumento de repartição de riquezas, cujo objetivo equilibrador é diretamente social e indiretamente econômico, atuando como compensador de desigualdades e fortuna; (iii) ou agindo na circulação, cujo objetivo é ao mesmo tempo diretamente econômico e social, podendo o Estado, reduzir a abrangência de sua incidência por intermédio de isenções como medida de recomposição econômica.

O imposto terá uma finalidade financeira inicial e imediata, mas dentro da concepção de Estado social parece não consistir no principal objetivo. O principal objetivo é aquela finalidade mediata de natureza social. Se assim não fosse, ou seja, se a principal fosse aquela característica financeira para atender as despesas administrativas, o Estado seria um mero caixa de recebimentos-pagamentos, perderia toda sua dinamicidade, seria enfim o fiel retrato do Estado contemplativo, não correspondendo àquelas finalidades constitucionais em busca do bem comum.

Sobre o bem comum, já analisado nesse trabalho, como sendo o objetivo fundamental do Estado, Alfredo Augusto Becker observa que tais aspirações recentemente

²⁹⁷ SIDOU, J. M. Othon. Os tributos no curso da história. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (Org.). *Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Meio Jurídico, 2003, p. 388-389.

saíram do domínio do subjetivo, passando a ser uma regra de conduta social obrigatória e, fazendo referência a Georges Burdeau, dos fatores que motivaram essa conquista, aponta:

O primeiro fator foi a psicose da resignação: aquela ordem social ideal seria um bem terreno cuja obtenção exigiria enorme esforço; o homem conformava-se em não obtê-lo, pois julgava que deveria empregar todo aquele esforço, exclusivamente, na obtenção de bens *extraterrenos*. O segundo fator foi o prolongado isolamento do indivíduo humano dentro do meio social: até a formação das massas operárias provocada pelo desenvolvimento da industrialização, o isolamento do indivíduo paralisava o nascimento duma consciência coletiva que projetasse as ideias dos direitos aceitáveis por todos. O terceiro fator foi a errada mentalidade política dos súditos: os homens governados não podiam conceber que os governantes tinham por única obrigação satisfazer as exigências dos súditos.²⁹⁸

Conclui o autor gaúcho que os homens não acreditavam na conversão daquelas aspirações de bem comum ou felicidade terrena em princípio de ação, residindo apenas no plano utópico e que somente depois dos filósofos e reformadores sociais é que houve uma renúncia aos antigos credos políticos, sociais e religiosos – onde o homem deixa de ter uma visão unilateral de seu destino para uma concepção da obrigação moral da promoção da felicidade terrena e não somente extraterrena.

Para Becker, a efetivação da dignidade do homem deve possuir um instrumento útil: o direito positivo integralmente rejuvenescido, enquanto resultado da atividade jurídica. Nesse contexto, o direito tributário tem uma dupla tarefa: (i) agente revolucionário e (ii) financiador da revolução social; defendendo o que chamou de “genuínas potencialidades”²⁹⁹ do tributo, das quais se destaca a extrafiscalidade:

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de *arrecadação* de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de *intervenção* estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo.³⁰⁰

É imprescindível o papel do Estado como instrumento de liberdade do indivíduo, atuando na intervenção da ordem social e na economia privada, pois, como já

²⁹⁸ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 580.

²⁹⁹ Becker faz uma análise quanto aos tributos *in natura* e *in serviços* e recepciona essas “potencialidades”, como definiu, sendo parte da própria natureza jurídica dos tributos, a qual entende ser um engano da doutrina negá-las. (Idem, *ibidem*, p. 617-636.)

³⁰⁰ Idem, p. 587-588.

analisado nos tópicos anteriores desse trabalho, somente deste modo é possível a efetivação da dignidade humana. A forma de intervenção do Estado deve ser racionalmente pautada nos princípios constitucionais e definidores de suas políticas públicas e planejamento. O liberalismo repousa sobre um planejamento de manutenção de forças econômicas privadas, pautadas nas teorias naturais da economia política, por isso a rejeição pela intervenção estatal. O planejamento intervencionista do Estado destrói estes planejamentos egoístas, que consistem em instrumentos da liberdade de alguns, enquanto aquele instrumento da liberdade de todos. Essa liberdade garantida formalmente pelos instrumentos constitutivos dos Estados será possível, no entanto, somente com a existência de um equilíbrio material, ou seja, de igualdade substancial, ideia fundamental de uma democracia social que deve estar associada à função criadora do direito positivo, onde a regra jurídica encontra sua significação autêntica de instrumento criador e disciplinador de uma nova ordem econômica social.

A efetivação da igualdade tem como instrumental jurídico os direitos sociais fundamentais, mas, que jamais poderá alcançar seu objetivo sem uma intervenção do Estado na economia, como já discutido nesse trabalho e concluído por Georges Burdeau:

Nenhuma das reivindicações formuladas hoje como os direitos sociais poderá atingir seu objetivo sem a direção da economia. O direito ao trabalho e a garantia do salário, ou o direito ao lazer e à cultura pessoal, é evidente que sua aplicação está sujeita à organização da produção e do consumo sistematicamente concebido para dar a todos o que a social-democracia está autorizando a reivindicação. Seria ilusão pensar que conseguiriam realizá-los se o indivíduo da sociedade não pudesse planejar o funcionamento e utilização dos recursos coletivos. E isso é verdade tanto na prosperidade como na escassez. **(tradução do autor)**³⁰¹

Se imprescindível a intervenção do Estado para que se realizem os direitos sociais e conseqüentemente se efetive a igualdade³⁰², ao direito tributário não caberá outra

³⁰¹ “Aucune des revendications énoncées aujourd’hui sous le titre de droits sociaux ne peut atteindre son objet sans une direction de l’économie. Qu’il s’agisse du droit au travail, du salaire vital, de la sécurité ou du droit aux loisirs et à la culture personnelle, il est clair que leur réalisation est subordonnée à une organisation de la production et de la consommation systématiquement conçue pour donner à chacun ce à quoi la démocratie sociale l’autorise à prétendre. Il serait illusoire de faire prendre l’individu en charge par la société si celle-ci ne pouvait planifier l’exploitation et l’utilisation des ressources collectives. Et ceci est vrai aussi bien dans la prospérité que dans la pénurie”. (BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris, 1957, vol. VII, *apud* BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 593.)

³⁰² Ao cuidar dessa temática, Eros Grau apontou que as imperfeições do liberalismo estavam associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados e que a idealização de liberdade, igualdade e fraternidade, se contrapõe a realidade do poder econômico. Com relação especificamente à igualdade, reforça seu alcance meramente no nível formal com o liberalismo, onde sua inconsistência reside na abstração da lei, “ao passo que as relações sociais são reais”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20-21).

função que a de instrumento fundamental para a realização dessa intervenção, definindo o que se chamou de política fiscal.

A política pode ser autêntica ou falsa, benéfica ou prejudicial; pode se pautar em uma concepção individualista ou coletivista, mas, parece não caber uma neutralidade, pois poderia se infirmar inerte, negando a si mesmo. Dessa forma, poderá a tributação extrafiscal – como defende Becker – ser utilizada tanto como instrumento de reforma social quanto para impedir tal reforma e salvaguardar o regime capitalista puramente liberal. E ao buscar uma resposta de qual seria o objetivo do direito tributário, Becker conclui que não possui um objetivo próprio, como todo o direito positivo³⁰³, mas sua natureza é instrumental e, portanto, seu objetivo é “ser um instrumento a serviço de uma política; esta é que tem seus próprios e específicos objetivos econômico-sociais”³⁰⁴; será, então, a constituição do Estado que definirá os objetivos da política, não podendo ser de outra forma.

A extrafiscalidade³⁰⁵, portanto, consiste na possibilidade do Estado utilizar a tributação como instrumento de intervenção no campo econômico e social, especialmente, estimulando ou desestimulando comportamentos, para que possa colaborar na concretização das diretrizes constitucionais. Marcus de Freitas Gouvêa, em seu estudo sobre o tema, explica o conceito:

Ao traduzir este fenômeno em linguagem do Direito, é necessário sustentar um fundamento jurídico que permita ao Estado tributar, com vistas a objetivos diversos, distintos da arrecadação, afastando os interesses individuais contrários à incidência tributária. Revela-se, assim, outra faceta do corolário da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, no Direito Tributário. O Estado tributa com vistas a auferir receitas, e assim a supremacia do interesse

³⁰³ Como bem aponta Paulo Caliendo, há uma mudança na forma de interpretação das normas positivadas do direito tributário com a Teoria Geral de Becker. Há uma proposta de interpretação dinâmica da norma tributária, ultrapassando a exegética e alcançando a tarefa de conhecimento da totalidade da fenomenologia do sistema jurídico, estabelecendo uma relação com o conjunto de todo o ordenamento para que se possa identificar uma norma, ou seja, esta não se identifica com a lei ou artigo, mas com todo o conjunto das leis vigentes. (CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.252-254.)

³⁰⁴ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 596.

³⁰⁵ Não se confunde com a parafiscalidade tributária, onde nesse caso, o tributo possui uma exigência constitucional de destinação específica do produto da arrecadação para uma determinada finalidade social. Para Ricardo Lobo Torres essa característica da tributação resulta da *solidariedade de grupo*, que justifica a cobrança das contribuições sociais e econômicas e que informa o *princípio do custo/benefício*. Esses tributos, no ordenamento jurídico brasileiro correspondem às contribuições sociais de natureza previdenciária, as de natureza profissional e econômica, que passam a exibir na natureza causal ou finalística. (TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano SEABRA de (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 201.)

público consubstancia o princípio da fiscalidade; quando se apreciam objetivos outros, que se afastam da pura arrecadação, apresenta-se a extrafiscalidade.³⁰⁶

Para Gouvêa, a extrafiscalidade compreende a finalidade da norma tributária de realizar valores constitucionais, ou seja, instrumento de políticas públicas de eficácia *ex ante* reconhecida pelo Estado social, e destaca as seguintes justificativas para o manejo da tributação com fins não meramente arrecadatários: (i) desenvolvimento econômico – detalhando-se na acumulação de capital, na busca do pleno emprego, na distribuição de renda e riqueza, na geração de tecnologia, na preservação do meio ambiente, no desenvolvimento urbano e rural, na reforma agrária –; e (ii) desenvolvimento sociocultural – proteção à família, promoção da seguridade social, incentivo à cultura, à educação e ao desporto.³⁰⁷ A utilização do instrumento da extrafiscalidade estaria parametrizada em limites que classificou como (i) limites jurídicos principiológicos, que consiste na ponderação dos princípios constitucionais e dos demais princípios tributários e das outras áreas onde atua; (ii) limites jurídicos normativos, ou seja, as vedações do ordenamento com relação a determinados efeitos extrafiscais; (iii) limites lógicos, onde a extrafiscalidade for imprestável para atingir o fim pretendido; e (iv) limites econômicos, quando intransponível a situação econômica para uso desse instrumento.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro em julgamento no dia 06 de dezembro de 2005, de Agravo de Instrumento³⁰⁸, afastou a alegada ofensa ao princípio da isonomia em concessão de isenção tributária do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) nas saídas de açúcar de cana ocorridas nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) e da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), conforme prescrevia o artigo 2º da Lei 8.393/91 (dispositivo posteriormente revogado). Para a Corte Federal, a pessoa política ao isentar o IPI nessas situações relevou a função extrafiscal desse tributo, uma vez que os principais fundamentos da decisão se pautava de que tal isenção concedida conferia efetividade ao disposto nos incisos II e III do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, os quais definiam como objetivos da República Federativa do Brasil, dentre outros, garantir o desenvolvimento nacional e promover a superação das desigualdades sociais e regionais.

³⁰⁶ GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43.

³⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 134.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 360461 AgR/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 06/12/2005, publicado no DJ de 28/03/2008 p.1077. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

Para a Corte, o princípio da isonomia deve ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei e da igualdade perante a lei.

A atual ordem econômica, no caso brasileiro, por exemplo, é definida constitucionalmente e reflete uma posição ideológica de caráter social, indicando uma transformação na própria função do capitalismo.³⁰⁹ Para Eros Grau, a ordem econômica consiste no mundo do “ser” e que nas Constituições liberais não havia necessidade de dispor de forma expressa sobre uma ordem econômica, bastando definir a propriedade privada e a liberdade contratual, afinal, não havia reparos a fazer naquilo que se operava de fato, onde a ordem jurídica meramente a retratava. Haverá, contudo, uma transformação na ordem econômica a partir da instrumentalização de políticas públicas, o que pode ser observado, por exemplo, na Constituição brasileira em seu art. 170 ao definir que a ordem econômica deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ou seja, a ordem econômica liberal dá lugar à ordem econômica intervencionista. Eros Grau, contudo, ressalta que a introdução de disposições específicas quanto à conformação da ordem econômica no nível constitucional, não significa necessariamente uma ruptura dela e completa:

A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico. Assim, a transformação que nela – ordem econômica parcela da ordem jurídica – se opera não decorre senão da circunstância de alterar-se a sua compostura.³¹⁰

O que demarcaria a inovação do caráter interventor do Estado, constitucionalmente previsto, seria o refinamento do desempenho das funções estatais, ou seja, a nova ordem econômica (i) não se exaure no nível constitucional – exige normas que instrumentem a intervenção do Estado na economia: normas de intervenção; e (ii) seu novo caráter está relacionado à circunstância de sua integração em uma Constituição diretiva ou dirigente. “É no seio das Constituições diretivas que germinam as *novas* ordens econômicas (mundo do dever ser), consubstanciadas de constituições econômicas

³⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63-64.

³¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 73.

diretivas”³¹¹, que será composta por um conjunto de preceitos e instituições jurídicas garantidoras de elementos determinadores do sistema econômico.

Essa diretividade da Constituição é que determinará todo um ordenamento jurídico integralmente rejuvenescido (termo adotado por Becker), cuja tarefa atribuída ao direito tributário será de um impacto tributário de forma a destruir a velha ordem sócio-econômica (do modelo não intervencionista) e, simultaneamente, financiar as políticas públicas humanizadoras da sociedade.³¹²

Nesta perspectiva, o estudo do direito tributário carece de uma análise que não se restrinja a uma perspectiva negativa dos fundamentos constitucionais das limitações ao poder de tributar, de forma a somente identificar as inconstitucionalidades das iniciativas do Estado quando no seu exercício tributante. Nesse sentido paira a crítica de José Reinaldo de Lima Lopes, quando ressalta que há muito mais para se estudar além de análises de inconstitucionalidades no exercício do poder de tributar:

a compreensão das políticas públicas é essencial para compreender-se o regime das finanças públicas; e para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros.³¹³

Para que o sistema tributário seja um instrumento de efetivação de um Estado social, os fundamentos das limitações ao poder de tributar devem se pautar num pensamento sistemático, ou seja, como realização de um valor, promoção e proteção dos direitos fundamentais. A ampliação do sentido e alcance das limitações ao poder de tributar refere-se à concretização do Estado democrático em direção à cidadania.

O pensamento normativista de Becker representa uma virada no pensamento jurídico tributário, propondo um sistema positivado que não se caracterize como instrumento legitimador do poder, mas que revele sua potencialidade democrática ao assumir uma posição social composta de valores e diversidades de ideias. Para o autor, o pensamento conceitual do direito, de natureza política ou ética, era utilizado como um

³¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

³¹² BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 2004, p. 20.

³¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org). *Direito humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132.

mecanismo de manutenção do poder do qual, em matéria tributária, tinha o condão de aumentar a arrecadação de recursos dos particulares apenas com o intuito de sustentar uma classe dominante,³¹⁴ e os tributos eram manipulados sem qualquer conhecimento científico:

Durante muitos séculos, os tributos foram manipulados por Príncipes e Assembleias sem qualquer conhecimento científico sobre estas questões, simplesmente porque a Ciência das Finanças Públicas ainda não havia surgido. Em épocas mais próximas, no século XVIII, já se pode considerar existente um núcleo de princípios sobre as finanças públicas. Porém esses princípios eram de natureza econômica e a ordenação jurídica das finanças públicas continuava rudimentar até o fim do século XVIII.³¹⁵

Havia uma preocupação por uma teoria infirmadora de princípios dignificadores dos direitos frente à vontade do poder ou às necessidades da economia, para que fosse possível um sistema tributário efetivo e justo.

Para Becker, o método adequado e capaz de tanto é o normativismo, que identificaria um objeto próprio, separado da economia e da política, caracterizando-se enquanto ciência jurídica, o que permitiria a possibilidade de ação do indivíduo frente ao poder de agir tributário do Estado, bem como consistiria no próprio mecanismo de autorregulação deste, não incorrendo numa fundamentação do tributo simplesmente na soberania do Estado, “cujo raciocínio em síntese é este: o Estado tem necessidade de meios financeiros para custear suas atividades e com tal finalidade [...] tributa e tributa [...] porque é soberano”³¹⁶ tornando-se o tributo uma obrigação *ex-lege*.

A fundamentação do direito tributário na noção da soberania, base do pensamento conceitual, recebeu a seguinte crítica de Becker:

Aqueles que fundamentam o tributo na Soberania do Estado estão certos, mas (embora o fundamento não seja errado) eles constroem a teoria jurídica do tributo apenas sobre um fragmento das bases jurídicas integrais (note-se que não se está fazendo referência à *causa-impositionis* ética ou ao direito tributário natural); eles edificam todo o Direito Tributário sobre um fundamento considerado óbvio que, como será demonstrado, nada tem de óbvio.

³¹⁴ Sobre esse tema, ver item “4.1. Dimensão financeira do estado frente ao ideário liberal”.

³¹⁵ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 3.

³¹⁶ Idem, ibidem, p. 12.

A solução, portanto, seria um rigor na linguagem jurídica que sustentasse uma verdadeira ciência do Direito, substituindo as velhas estruturas conceituais por novos modelos e padrões.³¹⁷

Esse rigor linguístico foi adotado intensamente pelos estudiosos do direito tributário que construíram um raciocínio lógico-jurídico aprofundado capaz de alcançar grande clareza na análise lógico-semântica das normas jurídico-tributárias, entretanto, não houve um aproveitamento da teoria de Becker em toda sua plenitude, como bem aponta Paulo Caliendo, deixando de dar a adequada ênfase nos direitos fundamentais:

Essa situação talvez encontre explicação na própria obra de Becker, visto que podemos encontrar na postura desconfiada destes autores contra os direitos naturais uma certa atitude de menosprezo pela ideia de “direitos fundamentais”. Afinal, o que seriam *direitos fundamentais*? Seriam os velhos e metafísicos *direitos naturais* travestidos com uma nova roupagem? Foi esta desconfiança exagerada e desnecessária contra a nova teoria dos direitos fundamentais que prejudicou fortemente o pensamento normativista e o próprio positivismo jurídico, impedindo-o de ver a maior contribuição da ciência jurídica do século XX. O positivismo jurídico, eterno desconfiado, ficou refém de seus temores e praticamente perdeu décadas de desenvolvimento teórico, amargando um estancamento conceitual ao ponto de voltar-se tão somente para o estudo dos fundamentos de incidência, da linguagem e do sistema jurídico, sem conduzir a resultados práticos de progresso intelectual. A própria história do neoconstitucionalismo indicou a dificuldade do positivismo jurídico em tratar com a questão da justiça, dos valores e das soluções materiais.³¹⁸

Há certa incompreensão da função e estrutura dos princípios onde o próprio Becker ao lhe atribuir a qualidade de regras de Direito natural, entendia como valores metafísicos, inatingíveis, inexplicáveis e intocáveis pela ciência, não contribuindo para uma expressão linguística clara e objetiva e para a definição de um conteúdo determinado e racional. Isso fez com que o direito tributário se isolasse do debate das inovações do pensamento jurídico, estudados nos tópicos anteriores deste trabalho.

O normativismo de Becker constituiu numa importantíssima contribuição para uma mudança hermenêutica na análise do direito tributário, mas, “não avançou no estudo da estrutura lógico-semântica dos princípios e dos valores jurídicos”, como observa

³¹⁷ Paulo Caliendo faz uma interessante síntese do que significou a contribuição de Becker os estudos do Direito Tributário: “A partir destes postulados nasceu uma verdadeira revolução no pensamento jurídico-tributário que imantou e empolgou toda uma geração de juristas, na busca de uma renovação da teoria tributária e na sua blindagem contra os abusos do poder. A grande tarefa de renovação foi entregue aos intelectuais e a sua grande arma seria o manejo cuidadoso e criterioso da linguagem jurídica. Sua missão seria extirpar terapêuticamente todos os conceitos e princípios jurídicos dos males do sincretismo, superstições e fundamentos óbvios e assentá-los na base sólida de uma linguagem científica”. (CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.226.)

³¹⁸ Idem, *ibidem*, p.226-227.

Caliendo, complementando que somente com a convergência entre a teoria analítica e a continental que surgiriam as bases para uma teoria sistemática do direito tributário que superaria a teoria tradicional ao compreender que não há possibilidade de existir uma teoria que não se preocupe com o conteúdo material normativo.³¹⁹

É com o pensamento sistemático que se torna possível a inclusão de novos modelos e instrumentos hermenêuticos capazes de considerar os valores jurídicos e a concretização dos direitos fundamentais, determinando uma nova forma de interpretação jurídico-tributária.

Klaus Tipke evidencia a dimensão ética dos limites do poder de tributar, identificando fundamentos éticos claros na ordem jurídico-tributária, onde caberá ao Estado de direito a preservação e aplicação de regras justas para proteger seus cidadãos da injustiça, através de uma distribuição da carga fiscal justa. Tipke faz uma relação clara entre direito tributário e os direitos fundamentais de um Estado democrático:

[...] as relações entre Direito Tributário e Direito Social impulsionam-se em primeiro lugar a um nível constitucional: na medida em que o Estado social em razão da Constituição tem de garantir o assim chamado mínimo existencial-material sócio-cultural, influem os critérios jurídico-sociais sobre o Direito Tributário: o Estado não pode retirar algo do cidadão, que ele lhe deve dar, quando lhe falta.³²⁰

Há uma mudança de concepção no pensamento jurídico-tributário de Tipke, deixando de ser uma relação financeira ou de exercício do poder soberano, mas, enquanto matéria constitucional, a tributação se constitui no financiamento dos direitos fundamentais, núcleo básico do acordo político nacional e orientador da realização de uma sociedade democrática. O direito tributário, para o autor, está vinculado ao financiamento dos direitos sociais ou dos direitos fundamentais prestacionais:

O Direito Tributário é parte do Ordenamento Jurídico global. Elemento essencial de um Ordenamento é a liberdade de contraposição de seus valores fundamentais do Direito e da Justiça: se o legislador fixou esses valores fundamentais em uma parte do Ordenamento Jurídico, então ele deve em outros setores do Ordenamento Jurídico observá-los. Essa liberdade de contraposição valorativa do

³¹⁹ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.228-229.

³²⁰ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, vol. I, *apud* CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 230.

Ordenamento Jurídico como disciplinador do Direito é evidenciado pelo postulado “Unidade do Ordenamento Jurídico”.³²¹

Dessa forma, entende que o princípio fundamental da imposição deve ser segundo a capacidade contributiva econômica, onde o direito tributário busca recursos dos economicamente capazes para que o direito social garanta recursos aos economicamente carentes.

O princípio da capacidade contributiva³²² determina que cada cidadão contribua para a coletividade de acordo com a sua capacidade de fazê-lo, dessa forma, o ônus tributário deverá ser tanto maior quanto maior for a capacidade do indivíduo de arcar com tal ônus e, inversamente, tanto menor ou inexistente, quanto menor, ou nula, for tal capacidade. Esse princípio pode ser entendido como uma extensão do próprio princípio da igualdade, tanto no sentido de que a norma tratará igualmente aqueles com igual capacidade, como no sentido de tratar desigualmente aqueles com desigual capacidade econômica. Nesse sentido leciona Casalta Nabais:

Pois bem, o princípio da igualdade de tributação, assente no princípio da capacidade contributiva, diz-nos que as pessoas são tributadas em conformidade com a respectiva capacidade contributiva, o que significa, de um lado, que ficarão excluídos do campo da incidência dos impostos aquelas pessoas que não disponham dessa capacidade e, de outro lado, que face a detentores de capacidade contributiva, os contribuintes com a mesma capacidade pagarão o(s) mesmo(s) imposto(s) (igualdade horizontal) e os contribuintes com diferente capacidade pagarão diferentes impostos, seja em termos qualitativos, seja em termos quantitativos (igualdade vertical).³²³

A instituição dos tributos deverá, portanto, observar as riquezas de um indivíduo que será a definidora de sua capacidade econômica e, conseqüentemente, de sua capacidade de contribuir para o financiamento dos ônus públicos e do financiamento dos

³²¹ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 231.

³²² Amílcar de Araújo Falcão ao tratar do tema, salientou que há objeções quanto à validade científica desse princípio, principalmente quando entendida em sentido absoluto. Resta ressaltar que o autor pertenceu a uma escola tributária onde a preocupação fundamental era com a normatividade, com o sentido estrito da norma tributária, tanto que reconhece a importância desse princípio principalmente pelo fato de ter sido consagrado nos textos constitucionais positivados dos Estados modernos, representando em matéria tributária, a versão do princípio geral da isonomia. Segundo o autor: “tal qual acontece com a isonomia objetiva, também o princípio da capacidade econômica inserto nas Constituições é programático, diretivo ou diretório (*directory provision*), endereçando-se antes ao legislador do que à administração ou ao Judiciário e dependendo a sua concreta invocação pelo intérprete e pelo aplicador de princípios de atuação e de regulamentação a serem traçados pela lei”. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 30.)

³²³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedian, 2009, p. 443.

direitos sociais, que serão capazes de diminuir as diferenças materiais. Caberá ao legislador concretizar ou estabelecer a medida da capacidade contributiva.

Para Nabais, o princípio constitucional da capacidade contributiva se manifesta claramente autovinculativa do legislador, cabendo um teste entre o mencionado princípio e as normas (ou regras) legais segundo o que chamou de “esquema ternário”:

normas legais que estabeleçam diferenciações ou assimilações diferentes das da norma critério \leftrightarrow norma critério ou norma interposta que contém a concretização específica da capacidade contributiva \leftrightarrow princípio constitucional da capacidade contributiva. É que este princípio sempre é o critério da norma legal interposta, cuja força vinculativa ou paramétrica face às demais normas é mais heterónoma do que autónoma, pois que apenas subsistirá se e na medida em que não afronte o referido princípio.³²⁴

A tributação modalizada nesse preceito permite que haja uma tributação efetivamente capaz de se caracterizar enquanto instrumento de efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, da diminuição das desigualdades e dessa forma concretizando os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, preservando-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana ao não se tributar o mínimo existencial. Esse princípio, embora já existente no Estado liberal³²⁵, tem sua eficácia condicionada ao modelo de Estado democrático de direito e que será mecanismo de sua própria concretização, consistindo o modelo do Estado social como fundamento da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva, nessa linha de raciocínio, deve ser compreendido como extensão da justiça fiscal, uma vez que implica na repartição da carga tributária de acordo com a possibilidade de cada indivíduo suportá-la. A uniformidade tributária deve obedecer a um mesmo critério para todos os destinatários do dever de pagar impostos. Esse critério, segundo Nabais, não possui divergência, sendo aceito que a justiça fiscal se pauta na capacidade contributiva ou econômica ou capacidade de pagar³²⁶.

³²⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedian, 2009, p. 444.

³²⁵ Ver item “4.1. Dimensão financeira do Estado frente ao ideário liberal”.

³²⁶ Embora entenda o autor serem termos sinônimos, ressalta que prefere o termo “capacidade contributiva” que estará imune a interpretações que a conceba como “uma capacidade econômica qualificada, que tem em consideração não apenas as circunstâncias econômicas do contribuinte mas também as condições subjetivas ou pessoais deste. O que não se verifica, nem com a expressão ‘capacidade econômica’ que é geralmente entendida como o sentido amplo capaz de legitimar a tributação de pessoas desprovidas de capacidade contributiva, como será o caso daquelas cuja capacidade econômica não ultrapasse o mínimo de existência, nem com a expressão capacidade de pagar que, ao ser concebido em regras nos mesmos termos da capacidade econômica, se expõe a idêntica crítica [...]” (NABAIS, op. cit., p. 442.)

O princípio da capacidade contributiva no Estado democrático de direito passa a ser instrumento de concretização desse modelo na medida em que há um tratamento diferenciado ao deter a finalidade de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, diferentemente do modelo de Estado liberal. No caso brasileiro, pode-se afirmar que a tributação pautada no princípio da capacidade contributiva deve ser instrumento para se construir uma sociedade livre, justa e solidária, com a diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza e marginalização.

Para Ricardo Lobo Torres, no campo da capacidade contributiva é que se torna ainda mais importante a solidariedade, que enfrenta um problema ético de fundamentação ou justificativa:

As explicações positivistas fundavam-se em ideias economicistas como a da igualdade de sacrifício. O causalismo sociológico das décadas de 30 e 40 também abandonou a fundamentação ética, pois, ao indicar a capacidade contributiva como causa última ou imediata dos impostos, recusava a possibilidade de se “pretender descobrir as razões político-filosóficas dessa eleição por parte do legislador”. Com a reaproximação entre a ética e direito procura-se hoje justificar a *capacidade contributiva pelas ideias de solidariedade ou fraternidade*.³²⁷

A justificação da capacidade contributiva pelos ideais da solidariedade ou fraternidade permite a possibilidade da carga tributária recair sobre os mais ricos de forma a aliviar a incidência sobre os mais pobres e dela dispensado os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência. É um valor moral juridicizável que fundamenta a capacidade contributiva e que sinaliza para a necessidade da correlação entre direitos e deveres fiscais.

A concretização dos direitos fundamentais por meio do dever fundamental de pagar impostos, defendida por Cabais, não poderá, contudo, perder a perspectiva democrática do razoável e aceitável³²⁸.

³²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano SEABRA de (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 200.

³²⁸ “Isto quer dizer que os actuais impostos são um preço: o preço que pagamento por termos a sociedade que temos, por dispormos de uma sociedade que assente na ideia de liberdade ou, o que é o mesmo, assente o prévio reconhecimento de direitos, liberdade e garantias fundamentais dos indivíduos e suas organizações. O que significa, desde logo, que não pode ser um preço de montante muito elevado pois se o seu montante for muito elevado, não vemos como pode ser preservada a liberdade que é suposto servir. Por isso, os impostos não de constituir um preço aceitável, ou seja, um preço limitado. Um preço que, estou certo, muitas das sociedades, que nos antecederam, gostaria de ter pagado e algumas da actuais não enjeitariam suportar”. (NABAIS, Casalta. *Direito Fiscal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, *apud* CALIENDO, Paulo. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 233.)

Nessa perspectiva de respeito pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais, os preceitos jusfundamentais podem ser chamados a limitar o poder tributário do Estado tanto nesta dimensão objetiva, quanto na dimensão subjetiva, ou seja, direitos subjetivos públicos, servindo como teste ao Estado fiscal.

A tributação enquanto instrumento de desenvolvimento e de inclusão social, deverá valer-se, ainda, da seletividade e da progressividade tributária para que efetivamente se atenda ao princípio da capacidade contributiva³²⁹. O Estado poderá, assim, desenvolver políticas tributárias que visem uma tributação menos onerosa – ou nula – para aqueles produtos de maior essencialidade, principalmente os de primeira necessidade como alimentos, e uma tributação mais onerosa para aqueles menos essenciais.

Poderá desenvolver dentro da perspectiva da dignidade humana, uma busca da diminuição de desigualdades sociais ao se promover progressões tributárias que, dentro dos limites e garantias individuais, onerem as camadas sociais mais altas e favoreçam as mais pobres, seja com base na materialidade renda ou patrimônio.

O imposto incidente sobre a renda das pessoas físicas, por exemplo, é dotado de todos os preceitos e condições de, efetivamente, se conformar com o princípio da isonomia material. Necessita, no entanto, de uma profunda revisão na faixa de sua isenção de forma a não se tributar o mínimo existencial que contemple principalmente gastos com educação, cultura, alimentação e saúde.

Há, também, uma necessidade de se rever os conceitos de despesas necessárias bem como ampliação da faixa de dedução dessas despesas, de forma a permitir a determinação de uma base de cálculo que efetivamente denote acréscimo patrimonial.

Outro aspecto do imposto de renda que deve ser revisado é a aplicação do mecanismo da progressividade, ampliando-se as faixas de alíquotas de forma a aumentar a tributação para aqueles que têm maior capacidade contributiva ao mesmo tempo em que diminua para aqueles que tenham menor capacidade.

Tomando-se como base a tabela de incidência do imposto de renda válida para o ajuste de 2011, ano-calendário 2010, pode-se obter o seguinte gráfico de dispersão que demonstra a evolução da alíquota efetiva (considerando a parcela a deduzir) em função da base de cálculo:

³²⁹ Nesse sentido ver: Supremo Tribunal Federal. RE 396411 AgR/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 31/08/2010, publicado no DJ de 12/11/2010 p.95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

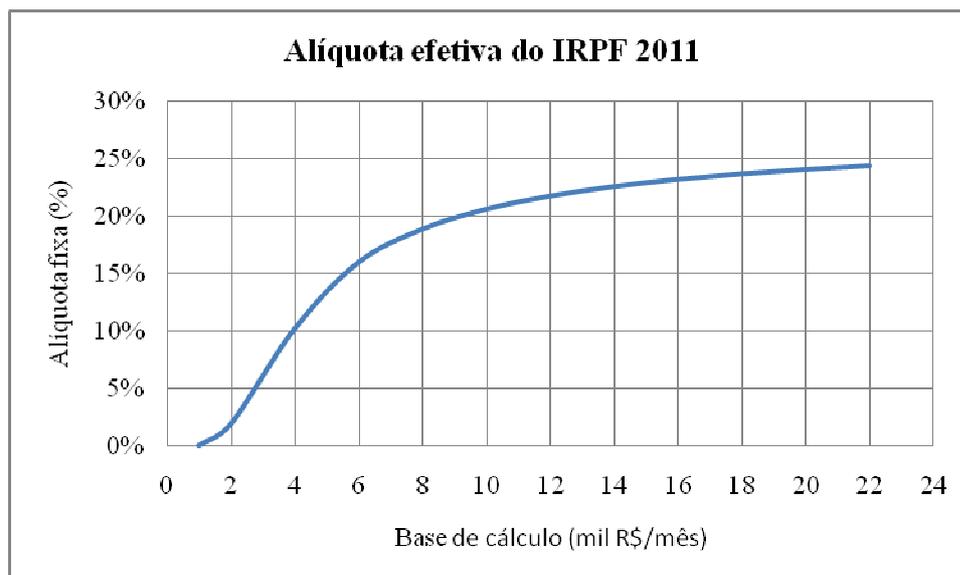


Figura 1.

O que se pode observar com facilidade é que a partir da base que se inicia a tributação, em torno de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), até a base de R\$6.000,00 (seis mil reais) mensais, há uma intensa evolução da alíquota efetiva e a partir desse ponto se inicia uma estabilização. Exemplificando: uma base de R\$2.000,00 (dois mil reais) sofre uma alíquota efetiva de 2% (dois por cento); dobrando essa base, ou seja, sob o valor de R\$4.000,00 (quatro mil reais) a alíquota salta para 10% (dez por cento), o que corresponde a uma carga tributária cinco vezes maior. O que deve ser revisto na progressividade do imposto de renda é que se torne um mecanismo de menor impacto para as faixas de menor renda de forma que a graduação das alíquotas efetivas seja menos acentuada. Outro aspecto importante é que deve haver uma permanente atualização das bases de incidência de forma a repor as perdas monetárias das rendas evitando, dessa forma, que a carga tributária não seja ainda mais intensa.

A técnica da progressividade tributária, também pode ser utilizada para o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) como meio de assegurar a eficácia da função social da propriedade prevista nos parágrafos 2º e 4º do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, conjugado com seus artigos 145, § 1º e 156, § 1º, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades e, recentemente, em decisão de recurso especial³³⁰.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 595080 AgR/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 31/08/2010, publicado no DJ de 01/10/2010 p.1299. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

Ainda dentro da perspectiva da tributação frente aos direitos fundamentais individuais e sociais, as contribuições sociais, as de intervenção no domínio econômico e as de interesses das categorias profissionais ou econômicas previstas no artigo 149 da Constituição Federal, inseriu no ordenamento jurídico o que pode ser entendido como uma espécie tributária distinta, caracterizada pela exigência constitucional da vinculação do produto da sua arrecadação a uma determinada finalidade. Essas exações são instrumentos de positivação do Estado social brasileiro que necessita de recursos orçamentários para o custeio de suas atividades relacionadas à ordem social, principalmente as decorrentes das contribuições sociais.

A temática das contribuições é extensa e permeada de várias discussões acerca de suas características específicas³³¹. No que tange ao foco do presente trabalho, contudo, cabe uma delimitação acerca da destinação do produto da arrecadação e da parafiscalidade.

A parafiscalidade não merece preocupação apenas dos estudiosos do direito financeiro, pelo contrário, o que se pode notar pelo sistema tributário definido pela Constituição Federal é que se imprimiu importância ao destino do produto da arrecadação, permitindo-se, assim, que haja a possibilidade de se determinar uma pessoa como sujeito da relação jurídica tributária distinta do titular da competência impositiva, sem descaracterizar-se enquanto tributo.

Um dos traços característicos das contribuições é a existência de benefícios individuais ou de grupos decorrentes das atividades especiais do Estado, sem as quais não há que se falar em competência para sua instituição. Deve-se, ainda, buscar critérios adequados para o rateio dos encargos a serem suportados pelo grupo, podendo variar conforme a espécie de contribuição instituída, bem como a situação específica de cada contribuinte dentro do grupo, considerados isoladamente, e a correlação entre a atividade estatal desenvolvida. Pode-se citar, por exemplo, a contribuição destinada ao custeio da seguridade social prevista no artigo 195 e sua base diversificada de financiamento.

A instituição das contribuições pelo legislador ordinário deverá observar limites formais informados pelo princípio da estrita legalidade – dentre outros princípios constitucionais-tributários –, não bastando, no entanto, a mera previsão dos critérios de incidência, mas de prescrições que identifiquem os motivos que ensejaram a sua criação ou

³³¹ Sobre o tema das contribuições: BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

o seu aumento e, ainda, que haja compatibilidade entre tais motivos e as disposições veiculadas.

É possível, também, verificar um limite quantitativo inerente às contribuições, como observa Paulo Ayres Barreto:

A somatória da arrecadação deve ser compatível com o custo da atividade a cujo custeio se destina. Se inferior, abre-se a possibilidade de alteração da regra-matriz de incidência, por lei, de forma a permitir um acréscimo do montante arrecadado. Se superior, tem-se a possibilidade de questionamento da exigência, uma vez que a contribuição destina-se a arrecadar exclusivamente os recursos necessários ao custeio da atividade que lhe deu causa.³³²

O que se percebe é que a Constituição Federal de 1988 impôs uma profunda alteração no regime jurídico tributário ao prever a instituição das contribuições, afastando a irrelevância da destinação do produto da arrecadação que trata o artigo 4º, inciso I, do Código Tributário Nacional. A destinação do produto da arrecadação, portanto, é parte integrante da regra-matriz dessa exação, ou seja, é decorrência da própria norma de competência para instituição de contribuição.

Dessa forma não é difícil concluir sob uma ótica de interpretação meramente lógica-normativista, que a inexistência de um dos elementos para a criação das contribuições – inexistência do órgão, despesa ou pessoa a financiar, em benefícios individuais ou de grupos – não legitima o exercício do poder de tributar. Numa análise tópico-sistemática alicerçada nos direitos fundamentais enquanto sistema de princípios vinculativos, pode-se concluir que a desvinculação ou o desvio, total ou parcial, do produto da arrecadação, suprime direitos e garantias individuais e sociais do contribuinte, sustentando a tese do direito de opor-se à cobrança.

Essas situações de desvio ou desvinculação foram tratadas como causadoras de verdadeiras anomalias em relação à norma de competência e ao destino do produto da arrecadação de diferentes matizes, como aponta Paulo Ayres Barreto:

(i) há previsão de desvinculação total ou parcial do produto da arrecadação, veiculada no bojo de Emenda Constitucional; (ii) a desvinculação é prevista no plano legal ou a lei instituidora da exação é silente sobre o destino do produto da arrecadação; (iii) o desvio do produto da arrecadação é fruto de disposição infralegal; (iv) o desvio dá-se no plano fático.³³³

³³² BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 212.

³³³ Idem, *ibidem*, p. 172.

No plano constitucional a Emenda Constitucional 27/2000 e posterior prorrogação pela Emenda Constitucional 42/2003, autoriza a desvinculação de órgão, fundo ou despesa de vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições da União, já instituídos ou que vierem a ser criados. Ocorre que, se a destinação é condição necessária para a legitimação das contribuições, a desvinculação do produto da arrecadação dessas exações gera efeitos jurídicos tanto na descaracterização da contribuição, transformando-a numa espécie de imposto – o que geraria conflitos de inconstitucionalidades em decorrência de materialidades idênticas às já existentes na Constituição – como na ofensa aos direitos e garantias individuais nos termos do artigo 60, § 4º da Constituição Federal, no que se refere à garantia que o montante cobrado do contribuinte a título de contribuição seja aplicado nos fins que lhes deram causa à sua instituição e, também, com relação à garantia de que novos impostos sejam não cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos demais tributos. Não é difícil concluir que é o caso de norma constitucional inconstitucional e que, portanto, deve ser retirada do ordenamento jurídico.

A desvinculação no plano legal e infralegal pode ocorrer em diversas situações, como exemplos: (i) por lei não orçamentária posterior à criação do tributo; (ii) alteração de um vínculo existente, criando uma nova destinação; (iii) ausência de previsão de destinação; (iv) previsão expressa de não vinculação; (v) desvinculação por lei orçamentária; (vi) alterações de critérios da norma de incidência por instrumentos infralegais. Poderá ocorrer, ainda, o desvio do produto da arrecadação no plano fático, onde o efeito jurídico consistiria na constituição do direito à repetição do indébito tributário pelo contribuinte e crime de responsabilidade pela autoridade administrativa.³³⁴

O Supremo Tribunal Federal assim já se manifestou sobre a destinação das contribuições, ainda que em voto vencido do Ministro Carlos Velloso:

Uma ressalva é preciso ser feita. É que caso há, no sistema tributário brasileiro, em que a destinação do tributo diz com a legitimidade deste e, por isso, não ocorrendo a destinação constitucional do mesmo, surge para o contribuinte o direito de não pagá-lo. Refiro-me às contribuições parafiscais – sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, C.F., art. 149 – e aos empréstimos compulsórios (C.F., art. 148).³³⁵

³³⁴ BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 182-183.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 183906 /SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 18/09/1997, publicado no DJ de 30/04/1998 p.18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26/01/2011.

O entendimento do Ministro é no sentido de que a destinação é elemento de legitimidade da contribuição e seu desvinculamento ou desvio é elemento de invalidação da exação.

No mesmo sentido, em Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Orçamentária, o Supremo Tribunal Federal conheceu por maioria de votos que é inconstitucional a abertura de crédito suplementar que destine o produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no artigo 177, § 4º, da Constituição Federal, diferentemente daquelas determinadas pelas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do mesmo dispositivo.³³⁶

Essas espécies tributárias chamadas de contribuições devem possuir não apenas a previsão legal da causa ou fundamentação que autoriza sua criação, mas, a efetiva aplicação do produto da arrecadação para aquela finalidade especificamente ensejadora de sua instituição.

Ao legislativo e ao executivo caberá obediência aos preceitos constitucionais na criação e aplicação da norma relacionada às contribuições, e ao judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, caberá a correção dos desvios que por ventura sejam cometidos, pacificando o entendimento no sentido da invalidação de normas tributárias instituidoras de tributos que não possuam todos os preceitos constitucionais, atribuindo ao contribuinte o direito de não recolher ou, então, de repetir o indébito tributário.

4.4.3. O direito tributário frente aos direitos difusos e uma breve análise sobre a questão ambiental

A análise da tributação sob a perspectiva de um sistema de direitos fundamentais inclui, também, os chamados direitos difusos, resultantes do Estado democrático de direito. Cabe ressaltar que não se trata aqui de interesses difusos dos contribuintes, mas aqueles direitos difusos de caráter heterogêneo e vago.

Na concepção de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais do homem são resultados históricos, frutos de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2925 /DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 19/12/2003, publicado no DJ de 04/03/2005 p.10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26/01/2011.

que surgirão gradualmente. Segundo o autor, juntamente com os direitos sociais, surgem os direitos chamados de terceira geração³³⁷, ainda de caráter heterogêneo e vago, onde ainda há muitos estudos com o objetivo de compreender melhor suas estruturas e alcances. Dessa categoria de direitos, segundo Bobbio, o mais importante são aqueles reivindicados pelos movimentos ecológicos e que todos tem direito a viver num ambiente não poluído.³³⁸

Bobbio destaca, ainda, que novas exigências sugerem direitos que poderiam ser classificados como de “quarta geração”, ligados às questões da manipulação genética e pesquisas biológicas. O autor, com isso, reforça a ideia de que os direitos nascem quando devem nascer:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.³³⁹

Gomes Canotilho aponta que os direitos chamados de terceira geração estariam relacionados com os direitos de solidariedade, onde se incluiriam os direitos de desenvolvimento e ao patrimônio comum da humanidade, pressupondo o dever de colaboração de todos os Estados e não mais da atuação individual de cada um. Nesse sentido é que o autor considera, também, como “direitos dos povos”, que por vezes são chamados de quarta geração.³⁴⁰

Embora haja algumas diferenças nas classificações dos direitos, restam de todos o reconhecimento enquanto garantias fundamentais e que os chamados de terceira e quarta geração exigirá esforços não só de um Estado individualmente, mas de todos eles, levando assim a problemática da efetivação desses direitos no plano internacional.

Com relação ao direito de um meio ambiente equilibrado e não poluído, pode ser entendido como difuso justamente pela sua característica indivisível, não sendo possível se determinar especificamente seus titulares. Os debates acerca da efetivação

³³⁷ Atualmente os autores vêm preferindo falar de “dimensões de direitos” ao invés de gerações, pois este último termo pode levar à falsa ideia de supressão de uma geração de direitos por outra, sendo que na verdade todas as *dimensões* dos direitos, que se diferenciarão basicamente em sua estrutura, coexistem.

³³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

³³⁹ Idem, *ibidem*, p. 6.

³⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386-387.

exigem esforços globais e não locais, além de políticas de desenvolvimento sustentável. Esforços locais resultariam ineficazes ao se considerar a inexistência de limites geográficos do meio ambiente natural, afinal, todo o planeta vem sofrendo com os efeitos da poluição antrópica sobre os recursos naturais, emissão descontrolada de gases tóxicos, destruição de áreas verdes, etc.

No exemplo brasileiro, a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é definida como bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Sua preservação vincula tanto poder público como a própria coletividade e a preocupação não é só para as gerações presentes como para futuras. Esse princípio deve ser levado em conta na ordem econômica determinando, assim, toda a sua organização em função daquele meio ambiente equilibrado, ou seja, é elemento da hermenêutica constitucional que vinculará todo o ordenamento jurídico infraconstitucional a esses preceitos na construção dos institutos jurídicos. A tributação não escapa a isso.

Não se pretende reduzir os direitos de “terceira dimensão” ao meio ambiente, mas utilizar este como mais um escopo da tributação, pois uma vez compreendido como princípio, constituirá toda a estrutura interpretativa sistemática que vem sendo proposta pelo presente estudo e que segundo Juarez Freitas, a verdadeira interpretação sistêmica compreende novas e realistas bases e “é a que se realiza em consonância com aquela rede hierarquizável, máxime na Constituição, tecida de princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interação com o intérprete, positivador derradeiro”³⁴¹.

Com os direitos fundamentais exercendo o papel de rede constitucional de princípios não há possibilidade de desvencilhar o sistema tributário de suas vinculações, devendo as normas positivadas serem construídas de forma a se adequar e concretizar os direitos fundamentais, inclusive os de terceira dimensão e, por conseguinte, o direito ambiental.

A concretização dos direitos difusos ambientais por meio da tributação tem como principal elemento a extrafiscalidade tributária, onde o Estado poderá intervir, por exemplo, no domínio econômico em função de políticas de efetivação daqueles direitos. O Estado pode, por exemplo, definir estímulos a implementação de políticas de prevenção de poluições nas indústrias ou tornar mais oneroso o consumo de bens ligados à degradação

³⁴¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

do meio ambiente, utilizando-se de mecanismos como benefícios fiscais ou oneração de atividades poluentes.

A extrafiscalidade pode ser um instrumento com perspectiva preventiva ao definir comportamentos adequados à manutenção do meio ambiente equilibrado, influenciando na atividade econômica de forma que caminhe para a direção do desenvolvimento sustentável. Esse mecanismo pode evitar que o Estado adote políticas públicas de repressão direta quando somente já manifesto o dano que, na maioria das vezes, é de difícil reparação, como aponta Clécio Santos Nunes:

É necessário realçar a importante colaboração dos mecanismos de tributação previstos na Constituição brasileira como instrumentos do Estado ao alcance de uma política de proteção ambiental mais efetiva. De fato, não há instrumento de atuação estatal mais presente na atividade econômica e com efeitos imediatos no mercado do que o tributo. É o meio de intervenção no domínio econômico flagrantemente cotidiano. É difícil conceber-se o Estado moderno nos sistemas capitalistas sem um amplo sistema tributário funcionando, pois que este é indispensável para a manutenção do Estado, seja em relação à estrutura institucional dos poderes, seja no que concerne a sua vocação de promotor de bens sociais.³⁴²

Anderson Orestes Cavalcante Lobato e Gilson César Borges de Almeida destacam que no Brasil a utilização dos tributos como mecanismos para preservação e proteção ambiental ainda é incipiente, não havendo um tributo específico com essa finalidade, cabendo à modalidade dos impostos no seu aspecto extrafiscal o emprego de recursos para fins de proteção do meio ambiente.³⁴³

Pode-se citar como exemplos de tributação com viés ambiental: (i) imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR – que exclui de sua base de cálculo as áreas de floresta nativa e outras consideradas pela legislação como de preservação permanente, conforme Lei nº 9.393/1996; (ii) imposto predial e territorial urbano – IPTU – frente ao artigo 182 da Constituição Federal, passa a ter uma finalidade extrafiscal onde, especificamente em seu § 4º, autoriza os municípios aplicarem a progressividade quando o proprietário não promover seu adequado aproveitamento; (iii) sistema de taxas de licenças ambientais e outras, em que pese as várias discussões acerca dessa temática.

Parece não restar dúvidas que a Constituição Federal de 1988 permite – e sob a ótica da interpretação tópico-sistemática defendida nesse trabalho, pode-se dizer que exige

³⁴² NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 9.

³⁴³ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; ALMEIDA, Gilson César Borges de. Tributação ambiental: uma contribuição ao desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 634-635.

– um modelo de tributação que também esteja voltada às questões de proteção ambiental e, portanto, efetivação desse direito fundamental de terceira dimensão. Deve-se, portanto, evitar criações de novos tributos ou de mera ampliação da carga tributária geral sem qualquer relação com a atividade estatal de proteção ao meio ambiente, como bem alerta Heleno Taveira Torres³⁴⁴. Torna-se fundamental, portanto, um modelo de tributo que pudesse satisfazer às expectativas de uma tributação ambiental, afinal, parece que a cobrança, por meio de impostos ou a definição de isenções, não parece se constituir no modelo tributário ideal – ou pelo menos único – a ser adotado pela legislação brasileira, pois pode se constituir em um expediente destinado à simples arrecadação.

Cabe destacar que o princípio do poluidor-pagador talvez seja o que mais dê sustentabilidade às teorias da tributação ambiental. Esse princípio determina que os custos de recuperação do ambiente afetado devem ser atribuídos ao poluidor, a quem deve ser imputado o custo social da degradação gerada, cujo intuito é criação de um mecanismo de responsabilidade pelo dano ambiental. Esse princípio teve origem no encontro dos países-membros do Conselho da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos (OCDE) em Estocolmo, no ano de 1972. Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em junho de 1992 na cidade do Rio de Janeiro (Eco-92), consagrou-se tal princípio. No ordenamento jurídico brasileiro esse princípio está positivado pelo artigo 4º, inciso VII e artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente Brasileira.

Sobre essa temática – direito tributário ambiental – muitos vem dedicando estudos para se identificar elementos capazes de sustentar modelos eficazes e ao mesmo tempo dentro dos parâmetros constitucionais.

Um estudo interessante foi elaborado por Marcelo Gomes de Moraes onde sustenta, por exemplo, a possibilidade de um tributo específico voltado à tributação dos chamados créditos de carbono³⁴⁵:

³⁴⁴ TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados tributos ambientais. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

³⁴⁵ Os *créditos de carbono* consistem em reduções certificadas de emissões – RCEs –, mecanismo criado pelo Protocolo de Quioto (1997) como alternativa para o desenvolvimento limpo, levando em consideração as dificuldades de se eliminar ou reduzir a emissão de gases até o prazo final do protocolo. Em breves palavras, comprovada a redução da emissão de gases do efeito estufa baseando-se em normas e critérios específicos e devidamente quantificado, tal redução é certificada, criando-se, assim, um verdadeiro mercado desses títulos, negociáveis entre aqueles (países e/ou empresas) que conseguem reduzir com aqueles que não conseguem a redução.

Considerando que são dois os requisitos (extrafiscalidade e a concretização do princípio do poluidor-pagador), a CIDE pode efetivamente se constituir em um importante tributo ambiental. Nesse contexto jurídico, social, econômico e financeiro, tem-se os elementos necessários para a proposta de criação de uma contribuição, a incidir sobre o mercado brasileiro de *créditos de carbono*. Em outras palavras, a instituição legal de uma possível CIDE-RCEs.³⁴⁶

O autor defende a arrecadação dessa CIDE-RCEs como um verdadeiro tributo³⁴⁷ ambiental. Considerando todos os aspectos da espécie tributária das contribuições à qual pertence, todo o produto da sua arrecadação deverá estar integralmente vinculada, por exemplo, ao combate do desmatamento, recuperação das florestas brasileiras, investimentos em programas e projetos tecnológicos e científicos para a transição da matriz energética mundial. Se concretizaria, ainda, o princípio do poluidor-pagador ao se imputar aos adquirentes das Reduções Certificadas de Emissões (RCEs) a sujeição passiva desse tributo.

A tributação deve, portanto, também ser elemento de efetivação dos direitos fundamentais difusos e dos de terceira dimensão como um todo, mas não esgota as práticas públicas na preservação do meio ambiente. Caberá ao Estado ações positivas tanto na linha de restauração do ambiente degradado como na prevenção. Para a atuação positiva do Estado necessitará de recursos e esses são provenientes principalmente da arrecadação tributária.

³⁴⁶ MORAES, Marcelo Gomes de. Tributação do mercado brasileiro de créditos de carbono: um novo enfoque. In: SOARES, Inês Virgínia Prado Soares; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org.). *Revista internacional de direito e cidadania*. Vol. 2, n. 3. Erechim: Habilis, 2009, p. 212.

³⁴⁷ Marcelo Gomes de Moraes faz a seguinte sugestão, de forma sintética, da estrutura de uma possível regramatriz de incidência do que chamou CIDE-RCEs: **Aspecto material** – aquisição dos créditos de carbono provenientes de projetos de MDL, desenvolvidos em território nacional; **Aspecto espacial** – créditos de carbono (RCEs) gerados de projetos de MDL desenvolvidos em território nacional; **Aspecto temporal** – momento do fechamento do negócio, a ser comprovado pela transferência da titularidade dos respectivos créditos (RCEs); **Aspecto pessoal** – sujeito ativo: União; sujeito passivo: adquirente (pessoa física ou jurídica) das RCEs; **Aspecto quantitativo** – valor de aquisição de cada crédito (RCE). (Idem, ibidem, p. 213.)

Conclusões

O presente trabalho teve como proposta inicial levantar a problemática do sistema jurídico sob a ótica de uma interpretação lógico-dedutiva, baseada em pressupostos positivista e num conteúdo normativo ontológico. A preocupação pela busca de uma certeza cartesiana do conhecimento científico no Direito, fez com que se fechasse num sistema autojustificável, abandonando os institutos jurídicos criados com base nos contextos-históricos e se valendo da validação meramente formal, não considerando os aspectos materiais dos direitos.

É imprescindível à hermenêutica jurídica a reconsideração dos direitos enquanto valores materiais conquistados ao longo da história, logo, a proposta é pela abertura da interpretação do Direito considerando um sistema de regras e princípios, fundamentalmente garantidos no plano normativo constitucional. A Constituição, portanto, passa a ser o núcleo validador e vinculador formal e material de todo o sistema jurídico.

O sistema jurídico hermético não tem como prever com exatidão em suas hipóteses normativas todas as condutas possíveis, da mesma forma que não poderá oferecer nessa concepção estritamente normativista, todas as soluções. Como elemento de uma hermenêutica renovada, buscou-se o método tópico de problematização como instrumental para a proposta de um método tópico-sistêmico de interpretação, identificando na Constituição os direitos fundamentais de todas as dimensões como *topoi*.

Para que seja efetiva a proposta de uma hermenêutica renovada, deve-se buscar compreender a evolução do Estado no decorrer da história e identificar, principalmente, as conquistas formais dos direitos e a necessidade de efetivação material destes. Percebe-se que aqueles direitos de liberdade conquistados pelas revoluções burguesas não seriam suficientes para garantir o seu exercício real, clamando assim por uma necessária evolução da concepção do liberalismo. A sociedade passou a necessitar cada vez mais da intervenção estatal, pois não realizou uma autocomposição de forma que todos tivessem condições de acesso proporcionais ou igualitários. A concepção do direito de liberdade está, portanto, intimamente ligada à concepção da igualdade. Com as revoluções industriais e dos mecanismos de acúmulo de capital, a exploração daqueles que detinham o poder econômico sobre os que apenas detinham força de trabalho se intensifica gerando grandes tensões. Nesse contexto é que uma nova concepção de Estado passa a ser exigido, de forma que intervenha nessa realidade proporcionando uma revolução de ordem social. Surge

então o que se chamou de Estado social, onde os direitos a ações estatais positivas tornassem possível a igualdade material, necessária para o exercício das liberdades individuais. Essa transformação significava um novo paradigma para o Estado, que não poderia mais ser passivo e teria que agir positivamente em função dos direitos sociais fundamentais.

O Estado social, contudo, não se livra de uma desestruturação democrática quando há uma sobreposição de valores e interesses estatais em detrimento das escolhas privadas. Há, então, uma necessária composição de valores individuais e sociais, o que passa a ser o elemento essencial do paradigma do Estado democrático de direito. É nesse contexto que toda a questão de uma nova hermenêutica se faz presente e necessária para que se influencie a construção dos princípios básicos do Estado e sua relação com a sociedade e nesse plexo constitucional, os direitos fundamentais constituem o núcleo irradiador de todo o sistema jurídico.

Para a concretização do Estado democrático de direito, não bastará, portanto, a observância de ritos de elaboração ou de procedimentos de criação de normas para que se tenha como válida, mas, necessitará de considerações morais, éticas e políticas. A segurança jurídica não deverá consistir apenas em argumento formal, mas material, de forma que se preencha a ordem jurídica com sua função social integradora, vinculando os juízos às condições de aceitabilidade racional construtiva e intersubjetiva na formação dos conteúdos jurídicos. É nesse contexto, portanto, que a participação efetiva dos indivíduos na construção do conteúdo normativo será mecanismo de efetivação de um Estado democrático de direito, ou seja, não consiste mais em conteúdo previamente definidos pelos sujeitos individuais – paradigma liberal – nem do dimensionamento social superdeterminado – paradigma social, mas com a participação cidadã na formação da vontade política.

O Direito não escapa do procedimento formal, contudo, não escapará, nessa concepção democrática e do novo paradigma hermenêutico, da aceitação dos destinatários da norma, que deverá ter como elemento material de validade as opções político-sociais definidos na Constituição, vinculando não somente o legislador, mas todo o aplicador da norma, seja na esfera geral e abstrata pelo Executivo, como na esfera do individual e concreto, pelo Judiciário.

O Direito exigirá dessa forma, um sistema positivado rejuvenescido que se justifique nas expectativas democráticas constitucionalmente determinadas pela vontade

política da sociedade, resgatando suas fundamentações materiais para promover uma institucionalização não coercitiva, mas participativa, de forma que possibilite ao aplicador da norma em sua dimensão geral e abstrata, atender àquelas expectativas. Ao aplicador da norma no caso concreto, restará um novo mecanismo hermenêutico capaz de afastar injustiça através da ponderação dos princípios constitucionais, de forma que o sistema positivado não seja a premissa maior na interpretação, mas o ponto de partida para a busca de uma solução nos moldes constitucionais.

Não restaram dúvidas quanto à existência de um sistema de direitos fundamentais enquanto princípios constitucionais e que desempenham papel de vinculação dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Todo o ordenamento jurídico deverá ser criado, aplicado e interpretado sob aqueles feixes de determinações. Nesse contexto é que o direito tributário adquire função de instrumento de efetivação do Estado social, na concepção democrática de Estado. Essa função de efetivação do Estado social se justificará ainda mais nos Estados onde o contexto-social denota uma desigualdade nas oportunidades de participação efetiva dos cidadãos mais acentuada, como é o caso do Brasil. O tributo não poderá, portanto, ser mero instrumento de arrecadação para a manutenção de uma estrutura estatal mínima, que garanta apenas os direitos fundamentais individuais de forma passiva, mas deverá se mecanismo de efetivação do constitucionalismo social – modelo definido pela Constituição de 1988 – de forma que diminua as desigualdades por intermédio da promoção de serviços públicos inclusivos.

A modalização do sistema tributário em função da efetivação do Estado social, não exige uma reforma constitucional tributária, mas exige uma moralização das normas no plano infraconstitucional, no efetivo exercício do poder de tributar dos entes políticos em todos os seus planos. A moralização das normas tributárias exige uma efetiva vinculação do legislador aos princípios constitucionais não só com a preocupação de limitar aquele poder de tributar, mas de efetivar os direitos fundamentais sociais em consonâncias com os direitos fundamentais individuais.

Isso seria possível através, principalmente, de uma efetiva obediência ao princípio da capacidade contributiva enquanto extensão do princípio da isonomia e principalmente como verdadeiro desdobramento da solidariedade social, exigindo do Estado não alcançar fatos e situações não denotadoras de capacidade econômica, bem como, dentro da possibilidade, atingir aquelas demonstrações de força financeira. A tributação poderá deixar de ser vista na perspectiva negativa do contribuinte somente

quando efetivamente se transformar em instrumento de viabilização da solidariedade no custeio do próprio Estado. A interpretação do sistema tributário deve ter a Constituição como referência próxima e não como parâmetro de conveniência, pois possui supremacia interpretativa e vinculativa, não meramente sugestiva.

A capacidade contributiva deverá, contudo, estar atrelada à aptidão real do contribuinte, não podendo ser definida objetivamente enquanto critério normativo, sendo possível somente ser aferida no momento da análise do caso concreto, ou seja, considerando as particularidades individuais que permita uma tributação compatível com a situação real do contribuinte. A norma tributária deverá permitir a utilização de mecanismos – proporcionalidade, progressividade, seletividade, não tributação do mínimo existencial – que permitam a verificação daquela situação real, que em última análise, consiste na busca de uma situação de igualdade do contribuinte de forma a corroborar com os fundamentos do Estado democrático.

O imposto de renda da pessoa física, por exemplo, é o tributo que tem todas as condições de efetivamente corroborar com os preceitos de isonomia material. A capacidade contributiva será efetivamente obedecida, quando houver (i) uma revisão das despesas consideradas não necessárias e, portanto, indedutíveis da sua base de cálculo; (ii) uma ampliação da faixa de dedução das despesas consideradas necessárias; (iii) efetiva e permanente manutenção da atualização da suas bases; (iv) revisão da faixa de isenção de forma a corroborar com a não tributação do mínimo existencial, de forma que se considerem as condições mínimas de educação, cultura, alimentação, saúde; (v) ampliação das faixas de alíquotas de forma a observar a progressividade e ampliar a tributação para aqueles que têm maior capacidade contributiva ao mesmo tempo em que diminua para aqueles que tenham menor capacidade.

Quanto aos tributos indiretos, que farão parte da composição do preço final de um produto, deverá, por exemplo, reconsiderar o princípio da seletividade de forma que desonere a tributação com a aplicação de alíquotas menores para produtos de primeira necessidade, como alimentação, e para aqueles essenciais para o exercício dos direitos à educação, saúde, transporte, dentre outros.

Além da capacidade contributiva, a extrafiscalidade resulta em eficaz mecanismo de tributação interventiva para a consecução de intervenções específicas e pontuais em determinado setor econômico ou até mesmo para a efetivação de direitos difusos.

Para a efetivação do Estado social, não será suficiente o sistema tributário ser modalizado aos preceitos da capacidade contributiva ou da extrafiscalidade. Caberá ao Estado promover após a arrecadação a destinação desses recursos para o custeio das prestações positivas de serviços públicos inclusivos e até mesmo através de transferência direta de recursos para a promoção de garantias sociais mínimas.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 467p.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre, 2008. 166p.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008. 334p. Título original: *Theorie der juristischen argumentation*.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. Título original: *Theorie der grundrechte*.

ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. Série Temas fundamentais de Direito v. 9. São Paulo: RT, 2009. 160p.

ARISTÓTELES. *Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 315p.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003. 238p. Título original: *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*.

_____. *Derecho y argumentación*. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho nº 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. 138p.

ASSOCIAÇÃO KEYNESIANA BRASILEIRA. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/akb>. Acesso em: 25/06/2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 4. Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1962. 400p.

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. 243p.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 482p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 324p.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 2004. 151p.

_____. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998. 686p.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mallo. Dinheiro e as transfigurações da riqueza. In: TAVARES, Maria da Conceição e FIORI, José Luís (Org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. 2. Ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 414p.

BIGNOTO, Newton. República dos antigos, república dos modernos. *Revista USP*. São Paulo, n. 59, p. 40-41, set./nov. 2003. Disponível em:
<<http://www.usp.br/revistausp/59/04-newton.pdf>> Acesso em 13 jul. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p. Título original: *L'età dei Diritti*.

_____. Existe uma doutrina marxista do Estado? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. Tradução de Federica L. Boccardo e Renée Levie. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991. 251p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 498p.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 230p.

_____. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1967. 227p.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 416p.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 360461 AgR/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 06/12/2005, publicado no DJ de 28/03/2008 p.1077. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2925 /DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 19/12/2003, publicado no DJ de 04/03/2005 p.10. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 183906 /SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 18/09/1997, publicado no DJ de 30/04/1998 p.18. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 368441 AgR/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 29/04/2003, publicado no DJ de 23/05/2003 p.39. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 388359 /PE. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 28/03/2007, publicado no DJ de 22/06/2007 p.814. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 396411 AgR/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 31/08/2010, publicado no DJ de 12/11/2010 p.95. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 432460 ED-AgR-ED/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 02/02/2010, publicado no DJ de 26/02/2010 p.1563. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 595080 AgR/PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 31/08/2010, publicado no DJ de 01/10/2010 p.1299. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG 2009.04.00.004386-5/SC. Relator: Des. Federal Otávio Roberto Pamplona. Julgamento em: 16/02/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 10/01/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 2008.71.08.004202-0/RS. Relator: Des. Federal Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 07/07/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 10/01/2011.

BRONNER, Stephen Eric. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Tradução de Tomás R. Bueno e Cristina Meneguelo. Campinas: Papyrus, 1997. 432p.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 369p.

_____. *Direito tributário: três modos de pensar a tributação: elementos para uma teoria sistemática do direito tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 277p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. 311p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 942p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 590p.

_____. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, Curitiba, n. 9, p. 336-354, 2008. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/112/100>>. Acesso em: 11 outubro de 2010.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, XXII. São Paulo: ArqDigital, 2008. DVD 12.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. 452p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 260p.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Tradução de Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2005. 77p.

DENIS, Henri. *História do pensamento económico*. Tradução de António Borges Coelho. 7ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 1993. 782p.

DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 160p.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006. 197p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p. Título original: *Taking rights seriously*.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. Tradução de H. Chaves. 4ª ed. Lisboa: Presença, 1980. 237p.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La funcion del tributo en el estado social y democratico de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. 156p.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 94p.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. 359p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004. 180p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. 385p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979. 129p.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 308p.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de Ana Montoia. 2. Ed. São Paulo: Annablume, 2007. 247p.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 320p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 384p.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. 179p.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I. 354p.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 55p. Título original: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ verfassungsinterpretation*.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 329p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34p. Título original: *Die normative kraft der verfassung*.

HICKS, John. *Uma teoria de história econômica*. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1972. 170p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. Ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999. 428p.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 352p.

KUHNLE, Stein. *A globalização e o desenvolvimento das políticas sociais*. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTR, 2007. 200p.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; ALMEIDA, Gilson César Borges de. *Tributação ambiental: uma contribuição ao desenvolvimento sustentável*. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. 894p.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 639p.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org). *Direito humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. 155p.
- LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Traducción de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 1997. 170p.
- MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 256p.
- MARX, Karl. *Sociología y filosofía social*. Traducción de Jordi Solé-Tura. 2ª ed. Barcelona: Península, 1968. 286p.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 405p.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. 344p.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. 1º vol. São Paulo: Edigraf, 1960. 388p.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 546p.
- MORAES, Marcelo Gomes de. Tributação do mercado brasileiro de créditos de carbono: um novo enfoque. In: SOARES, Inês Virgínia Prado Soares; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org.). *Revista internacional de direito e cidadania*. Vol. 2, n. 3. Erechim: Habilis, 2009, p. 212.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001. 232p.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito – linguagem – violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 48p.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedian, 2009. 746p.
- NEDEL, Antonio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 302p.
- NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. 329p.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 457p.

NUNES, Clécio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005. 207p.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. 322p.

OLIVEIRA, Faria de. *Direito tributário & direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. 258p.

PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653p.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 254p.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 306p. Título original: *Justice as fairness – a restatement*.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000. 430p.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 708p. Título original: *A theory of justice*.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 391p.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. 226p.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 823p.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno. Tradução de Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 160p.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Rogério Fernandes et al. Lisboa: Portugalia, 1968. 433p.

SANDRONI, Paulo (Org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 1999. 650p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386p.

SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Tradução de Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962. 496p.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006. 189p.

SIDOU, J. M. Othon. Os tributos no curso da história. In: BRITO, Edvaldo; ROSAS, Roberto (Org.). *Dimensão jurídica do tributo: homenagem ao professor Dejalma de Campos*. São Paulo: Meio Jurídico, 2003. 657p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 816p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 211p.

TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados tributos ambientais. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 193p.

_____. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano SEABRA de (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. 239p.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 126p. Título original: *Topik and jurisprudenz: ein beitrag zur rechtswissenschaftlichen grundlagenforschung*.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. 309p.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1944. 1245p.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 599p.