MARCIANO SEABRA DE GODOI

JUSTIÇA, IGUALDADE E DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 1999

© *by* **Marciano Seabra de Godoi**

DIALÉTICA é marca registrada de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Av. Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
Fones/Fax (0XX11) 5084-4544

ISBN nº 85-86208-81-7

Na capa, reproduz-se, em destaque,
detalhe de obra de **Marola Omartem**.

Projeto (miolo)/Editoração Eletrônica
Phoenix

Fotolito da Capa
Oficina de Arte

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Godoi, Marciano Seabra de
Justiça, igualdade e direito tributário /
Marciano Seabra de Godoi. -- São Paulo : Dialética,
1999.

Bibliografia.

1. Direito tributário - Filosofia 2. Igualdade
perante a lei 3. Justiça I. Título.

99-4211 CDU-34:336.2.001.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito tributário : Filosofia
34:336.2.001.1
2. Igualdade tributária : Direito
tributário 34:336.2.001.1

Para Cláudia e Otávio.



Sumário

Breve Preparação ao Enfrentamento Jurídico do Tema da Igualdade 9

1. Em Busca da Justiça: o Ceticismo Kelseniano, a Teoria da Justiça de Rawls, a Teoria Discursiva de Habermas e a Concepção de Igualdade Distributiva de Dworkin 11
1.1 A Justiça para Kelsen 11
1.2 O Conceito de Justiça Formal Construído por Chaïm Perelman .. 18
1.3 Crítica da Teoria Pura do Direito e sua Visão da Justiça e Igualdade 30
1.4 A Teoria da Justiça de John Rawls 41
1.5 Breve Excurso sobre a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas 63
1.6 A Igualdade Distributiva para Ronald Dworkin 85
1.7 Conclusão Parcial: a Viabilidade, a Funcionalidade e o Conteúdo Mínimo de uma Teoria Filosófica da Igualdade e da Justiça 101

2. Princípio Constitucional da Igualdade - Aspectos Fundamentais 111
2.1 A Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos (Dworkin e Alexy) 112
2.2 O Princípio da Igualdade no Modelo Normativo de Alexy 128
2.3 Igualdade e Diretividade da Constituição para Canotilho 135
2.4 A Doutrina de Konrad Hesse sobre a Igualdade 140
2.5 A Posição de Alguns Autores Brasileiros 142
2.6 Crítica ao Modelo Normativo de Alexy 158
2.7 Proposta de Enfoque acerca do Princípio Constitucional da Igualdade 162

3. O Princípio Constitucional da Igualdade Tributária 173
3.1 Mirada Histórica sobre a Evolução das Finanças Públicas 173
3.2 Igualdade e Capacidade Contributiva 183
3.3 Igualdade, Proporcionalidade e Progressividade 215
3.4 *Judicial Review* e Igualdade Tributária: Aproximação Inicial 224
3.5 Proibição do Arbítrio, Capacidade Contributiva e Igualdade Tributária: Evolução Doutrinária e Jurisprudencial na Alemanha 248

Índice Sistemático 261

Bibliografia 265

Breve Preparação ao Enfrentamento Jurídico do Tema da Igualdade

O núcleo da presente dissertação é a *idéia de igualdade:* sua fundamentação filosófica pelos juristas contemporâneos; a teoria dos princípios constitucionais que se desenvolveu também neste século e sua aplicação ao princípio constitucional da igualdade; a dogmática constitucional e tributária sobre o tema.

Em nome da *igualdade* revoluções foram tramadas e realizadas, reis e rainhas foram coroados e decapitados, teorias filosóficas foram construídas e rejeitadas, utopias se transformaram em realidade e degringolaram depois em pesadelo. Norberto Bobbio, jurista, filósofo e político que viveu em praticamente toda a sua extensão o século XX, nos faz um relato impressionante[1]:

> *"Uma das poucas coisas que apreendi da história e da meditação, através dos livros, com homens de todos os tempos, é que* uma das maiores linhas de divisão entre os homens, em sua atitude para com seus semelhantes, é a que ocorre entre igualitários e não-igualitários, *ou seja,* entre os que crêem que os homens são iguais entre si, apesar das diferenças, e os que crêem que são desiguais, apesar das semelhanças; *ou ainda entre os que acham injustas as desigualdades sociais porque os homens são mais iguais que desiguais e os que pensam que todo processo de encurtamento das distâncias entre classes e categorias não se justifica por serem os homens mais desiguais que iguais." (destacamos)*

O problema da igualdade é algo tão ligado e inseparável da *política*, que Bobbio aponta a maior ou menor *busca da igualdade* como o único critério que, no fim do século XX, ainda pode sustentar a divisão política entre direita e esquerda[2]. Tudo isto deve ser tomado como um indicativo seguro de que o tema do qual nos ocuparemos provavelmente nunca chegará a um estágio tal de desenvolvimento científico que desfrute de um consenso geral entre a comunidade acadêmica, e tampouco, com maior razão, entre a comunidade política.

Nesse contexto, os mandamentos que emanam das constituições históricas certamente constituem fatores que reduzem as possibilidades de diferentes posturas ideológicas diante do tema. Por exemplo, diante do mandato de igualdade tal como positivado na Constituição Federal de 1988, ninguém há de sustentar uma concepção própria do Estado Mínimo de fins do século XVIII e início do século XIX, e tampouco uma concepção totalitária tal como a que vigorou nos países do chamado "socialismo real".

Todavia, tal papel desempenhado pela positivação da igualdade nas constituições historicamente determinadas não chega a fazer com que concordem entre si todos os que estejam imbuídos do senso do razoável e orientados por boas intenções. Explicar o motivo deste aparente mistério também é nosso objetivo.

---

1 BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise,* Brasília : UnB, 1995, pp. 39-40.

2 BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política,* São Paulo : UNESP, 1995.

1. Em Busca da Justiça: o Ceticismo Kelseniano, a Teoria da Justiça de Rawls, a Teoria Discursiva de Habermas e a Concepção de Igualdade Distributiva de Dworkin

Consideramos o pensamento de Hans Kelsen sobre a justiça e a igualdade como um ponto de partida útil para a presente dissertação.

Kelsen promove uma crítica incisiva das tradicionais concepções de justiça e igualdade que vigoravam no início do século XX, seja no meio filosófico, seja no meio jurídico. O talento do autor funciona como um verdadeiro demolidor de convicções jusnaturalistas sedimentadas ao longo de séculos.

O tom "desconstrutivista" do pensamento de Kelsen é assumido textualmente. Nas últimas linhas de seu ensaio *O que é justiça?*[1], lê-se: "Iniciei este ensaio com a questão: o que é a justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido".

A utilidade do pensamento deste autor como ponto de partida da presente dissertação tem duplo aspecto: de um lado, Kelsen formula uma crítica coerente e profunda das teorias sobre a justiça e a igualdade que se produziram desde a antigüidade clássica até a primeira metade deste século; de outro lado, o estudo sobre o pensamento de Kelsen fornece subsídios para que possamos avaliar as teorias da justiça criadas na segunda metade do século, o que nesta dissertação se fará em relação aos trabalhos de Rawls, Habermas e Dworkin. Conforme pretendemos demonstrar, as "deficiências" denunciadas por Kelsen em relação às teorias da justiça por ele examinadas não podem ser opostas em relação às teorias de Rawls, Habermas e Dworkin. Este ponto é por nós ilustrado através da análise do próprio pensamento político-ideológico de Kelsen contido na sua obra *A Democracia*[2].

1.1 A Justiça para Kelsen

Kelsen considera a *justiça* como a qualidade de uma conduta humana relativa ao tratamento de um indivíduo por outro, especialmente o tratamento dos indivíduos de uma comunidade por parte do legislador ou do magistrado. Confrontada tal conduta (ordem do ser) com o conteúdo de uma norma de justiça (ordem do dever ser), obtém-se um juízo segundo o qual a conduta é justa (valiosa) ou injusta (desvaliosa)[3].

Desde já ressaltamos um importante aspecto: o autor considera que somente a realidade (conduta humana concreta que "é" efetivamente) pode ser classificada como justa ou injusta, mas não a própria norma ou o próprio ordenamento jurídico que servem de parâmetros; fazendo isto, Kelsen pode justificar que na verdade formula "juízos de fato" e não "juízos de valor" quando afere a justiça ou injustiça de uma conduta.

Na verdade, submeter uma norma em si mesma (dever-ser) a um juízo de valor/desvalor (justa/injusta) é uma operação que não encontra espaço no rígido formalismo lógico da teoria pura do direito.

1 KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo : Martins Fontes, 1998, pp. 1-25.
2 KELSEN, Hans. *A democracia.* São Paulo : Martins Fontes, 1993.
3 KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, p. 4.

Vejamos a sutil distinção entre a justiça da norma e a justiça do ato normativo. A norma jurídica é definida por Kelsen como o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Assim, supõe-se a distinção entre o *ato,* o querer psíquico da realidade do "ser", e o *sentido deste ato,* a norma em si como fenômeno de "dever ser".

Mercê desta distinção, explica-se porque a norma, como sentido de um ato de vontade, persiste mesmo quando o querer psíquico do ato já não mais existe no mundo fenomênico. Por isso a norma é comparada na Teoria Pura a um "comando despsicologizado", revelando o fato de que uma norma válida não implica que determinados indivíduos queiram efetivamente que outros pratiquem certa conduta.

Esclarecida a distinção entre o "ser" do ato de vontade e seu sentido de "dever ser", convém explicar porque a norma é o sentido "objetivo" daquele ato. Com efeito, a validade de uma norma, o mesmo que sua existência específica enquanto fenômeno de "dever ser", não pode derivar do próprio ser fático do ato que a põe, mas sim de uma norma hierarquicamente superior.

Com efeito, na medida em que se privilegiasse somente o aspecto subjetivo do ato de vontade que põe a norma, não seria possível diferenciar o comando do legislador do comando de um gângster. Assim, *o sentido objetivo do ato de vontade, fornecendo validade à norma, somente se verifica quando outra norma hierarquicamente superior reconhece naquele ato de vontade a potencialidade de criar uma norma.*

Do exposto decorre a seguinte conclusão: somente o ato volitivo de pôr a norma, por ser uma realidade do ser, pode ser objeto do "juízo de fato" segundo o qual uma conduta é justa (valiosa) ou injusta (desvaliosa), conforme corresponda ou não ao prescrito por uma norma de justiça. Mas tendo em vista que, à luz da *Teoria Pura,* a validade de uma norma de direito positivo é aferida pela confrontação do ato que a põe com as normas positivas hierarquicamente superiores (até a norma fundamental), torna-se impossível sustentar a validade simultânea de uma norma de justiça e de uma norma de direito positivo. Veja-se o seguinte excerto[4]:

> "A proposição que afirma que uma norma do direito positivo ou é justa ou é injusta apenas pode significar: quando se pressupõe uma determinada norma de justiça como válida, o ato pelo qual é posta a norma de uma determinada ordem jurídica positiva, isto é, o ato cujo sentido subjetivo é esta norma, é justo ou injusto conforme corresponda ou não à norma de justiça. A existência do ato não é inconciliável com a validade da norma de justiça. Também pode existir um ato que não corresponda a uma norma. Quando, porém, está em causa a validade da norma de uma ordem jurídica positiva, quer dizer: quando se põe a questão de saber se o sentido subjetivo do ato deve também ser considerado como seu sentido objetivo, não porque o ato corresponda à norma de justiça mas porque foi posto de conformidade com a norma fundamental da ordem jurídica - e, portanto, ainda na hipótese de o seu sentido subjetivo não corresponder à norma de justiça -, então *a norma de justiça não pode ser considerada como válida ao mesmo tempo que a norma jurídica positiva.*" (destacamos)

4 *Idem, ibidem,* pp. 11-12.

De fato, o positivismo procura abolir a milenar distinção entre direito positivo e direito natural, reduzindo todo o direito a direito positivo. Conforme explica Norberto Bobbio[5], toda a tradição do pensamento jurídico ocidental foi dominada pela distinção entre direito positivo e direito natural, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontrava no pensamento grego e latino, embora o uso da expressão "direito positivo" seja mais recente, encontrando-se apenas a partir dos textos latinos medievais.

Bobbio[6] observa que, na época clássica, o direito natural não era considerado superior ao positivo: o direito natural era considerado como "direito comum" e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral ("lex specialis derogat generali"), o direito positivo prevaleceria sempre que ocorresse um conflito entre este e o natural. Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte: o direito natural é considerado realmente como superior ao positivo, posto que o primeiro é visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana. Mas esta distinção não implicava uma diversidade de qualificação: direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como "direito", na mesma acepção básica do termo.

O positivismo jurídico, segundo Bobbio[7], nasce do impulso histórico para a legislação, no contexto da formação do Estado moderno, e se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva ou absolutamente prevalente do direito, sendo seu resultado último a codificação. A partir do positivismo, direito positivo e direito natural não são mais considerados *direito* no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como o único direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, com o direito natural sendo excluído da categoria do direito.

As observações históricas de Bobbio são complementadas pelas de ordem lógica fornecidas por Kelsen, em duas passagens em que este autor contrapõe o modelo jusnaturalista ao modelo juspositivista:

Modelo jusnaturalista:

> "É sobretudo do ponto de vista da doutrina do direito natural, por força da qual o direito positivo apenas é válido quando corresponde ao direito natural constitutivo de um valor de justiça absoluto, que se opera um juízo de apreciação do direito positivo como justo ou injusto. Se pressupomos um tal direito natural, então uma norma do direito positivo que o contradiga não pode ser considerada válida. *Somente podem valer as normas do direito positivo que estejam de acordo com o direito natural.*"[8] (destacamos)

Modelo juspositivista:

> "Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva quanto daquela que está em harmonia com uma norma jurí-

5 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.* São Paulo : Ícone, 1995.

6 *Idem, ibidem,* pp.15-26.

7 *Idem, ibidem,* pp. 25-127.

8 KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, p. 6.

dica positiva, ou seja, admitir que *a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça* - o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas - é justamente o princípio do positivismo jurídico."[9] (destacamos)

A conclusão de Kelsen não poderia ser mais cética: segundo ele, o direito positivo não pode ser tido nem por justo nem por injusto. Com efeito, se o positivismo prega a abstração da validade de uma norma de justiça que esteja em desconformidade com uma norma do direito positivo quando está em questão a validade desta última, então a validade de uma norma de justiça também deve ser necessariamente abstraída quando estiver de acordo com uma norma de direito positivo. A coerência lógica determina que "se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto, ou nem justo nem injusto"[10].

1.1.1 A análise crítica de Kelsen sobre as diversas normas de justiça

Por *normas de justiça*, no contexto da obra de Kelsen, devemos entender aquelas normas gerais que prescrevem principalmente como o legislador e o juiz devem tratar os indivíduos, ou seja, que prescrevem o conteúdo das normas gerais e individuais erigidas em uma sociedade.

As normas de justiça representam os conceitos que os seres humanos, ao longo dos séculos, tomaram para si acerca do "justo" e do "injusto"; ou seja, as normas de justiça são as normas que ao longo dos tempos foram tomadas pelos homens em sociedade como "válidas" quando se tratava de julgar as condutas humanas para as valorar como "justas" ou "injustas".

A ciência não é capaz, segundo Kelsen, de fornecer qualquer critério para determinação da "verdadeira" norma de justiça, prescrevendo assim como os indivíduos devem ser tratados para que se realize a "justiça". À ciência cabe tão-somente "descrever" objetivamente os conceitos do justo ao longo do tempo, "sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor"[11].

As normas de justiça encontráveis na história dos povos e na história do pensamento filosófico podem ser classificadas segundo Kelsen em dois grupos: o grupo das normas de justiça do *tipo racional* e o grupo das normas de justiça do *tipo metafísico*. A distinção se baseia no critério da fonte ou origem, e ainda no critério do conteúdo.

A fonte das normas de justiça do tipo metafísico é uma instância divina/transcendental, e seu conteúdo deve ser acolhido por aqueles que crêem na existência daquela instância, mas não compreendido racionalmente. Por sua vez, as normas de justiça do tipo racional podem ser tidas por originadas de atos de seres humanos positivados no mundo fenomênico. Quanto ao seu conteúdo, estas normas podem ser entendidas racionalmente sem o apelo para a fé numa instância divina, embora não seja correto dizer-se que podem ser encontradas *na* própria razão prática, como algo evidente em si mesmo.

[9] *Idem, ibidem*, p. 11.
[10] *Idem, ibidem*, p. 11.
[11] *Idem, ibidem*, p. 16.

1.1.2 As normas de justiça do tipo metafísico: crítica de Kelsen à Idéia de Justiça em Platão

A análise que Kelsen faz da Idéia de Justiça em Platão é extremamente aprofundada em sua obra *A Ilusão da Justiça* (São Paulo, Martins Fontes, 1993); todavia, para o escopo da presente dissertação, verifiquemos as conclusões apresentadas pelo autor na última parte de seu já citado *O Problema da Justiça*.

Kelsen sustenta que não há como retirar-se do pensamento de Platão qualquer conteúdo inteligível de Justiça, senão que o justo comporta-se de acordo com a lei e é feliz, e o injusto não se comporta de acordo com a lei e é infeliz. Apesar de reconhecer que quase a totalidade dos diálogos de Platão busca exatamente a resposta à pergunta "o que é o Bem?" (dentro da qual se contém a pergunta "o que é a Justiça"?), Kelsen conclui que o método da dialética ensinado e praticado nos referidos diálogos não chega a construir um conteúdo definível de Justiça.

Em uma das cartas de Platão, este filósofo declara que a Idéia do Bem não pode chegar a ser definida racionalmente pela generalidade dos homens, mas somente "intuída" através de uma vivência mística que é comunicada a poucos indivíduos pela graça divina. Conclui Kelsen[12]:

> "Por isso - e como última conclusão desta sabedoria - não pode haver nenhuma resposta para a questão da essência da Justiça. Pois, com efeito, a Justiça é um segredo que Deus confia - se é que confia - apenas a alguns poucos eleitos e que tem de permanecer segredo deles porque não podem comunicá-lo aos demais."

A conclusão a que chega Kelsen sobre a justiça platônica vai ao encontro de sua categorização das normas de justiça do tipo metafísico, o mesmo ocorrendo quando Kelsen apresenta a Justiça proposta por Jesus como sendo "o princípio do amor: não retribuir o mal com o mal, mas com o bem, não opor resistência ao mal que nos fazem mas amar quem nos faz mal"[13]. Também esta seria uma norma de justiça do tipo metafísico pois estaria além do entendimento humano a compreensão deste amor (que seria contrário à própria natureza humana), e esta justiça situa-se para além de toda ordem social possível.

A seguir, vejamos o conteúdo de determinadas normas de justiça do tipo racional, ou seja, aquelas que são postas por atos humanos e se mostram compreensíveis à razão.

1.1.3 A fórmula do suum cuique, *a regra de ouro e o imperativo categórico de Kant*

É tão elegante quanto ingênuo afirmar que a justiça "consiste em dar a cada um o que é seu", ou que a justiça é "dar a cada um o que lhe é devido".

Tais fórmulas, conhecidas como o princípio romano do *suum cuique,* ou deixam sem resposta a questão fundamental "do que é o seu de cada um", ou pressupõem como natural (hipótese mais freqüente) uma ordem normativa anterior, que defina o que é devido a cada sujeito, o que deve ser considerado como "seu", relativamente a cada indivíduo.

Quanto à chamada *regra de ouro* ("Não faças aos outros o que não queres que te façam a ti", ou em sua formulação positiva, "Devemos tratar os outros tal

[12] *Idem, ibidem*, p. 63.
[13] *Idem, ibidem*, p. 64.

como gostaríamos de ser tratados"), Kelsen observa que a mesma ou fixa um caráter subjetivo e individual para o critério da justiça (o que torna impossível a ordem jurídica)[14], ou pressupõe uma ordem normativa dada de antemão, que prescreva como devemos ser tratados. As afirmações de Kelsen são precisas[15]:

> "Se a regra de ouro, de conformidade com a sua intenção, deve funcionar como norma fundamental de uma ordem social, então tem sem dúvida de ser entendida como a norma que manda tratar os outros, *não como efetivamente queremos nós próprios ser tratados, mas como devemos querer nós próprios ser tratados, isto é: como devemos ser tratados, segundo uma norma geral aplicável não só a nós próprios como também a todos os demais* (...) Tal como acontece com a fórmula do *suum cuique,* também com a regra de ouro se harmoniza qualquer ordem social, especialmente, toda e qualquer ordem jurídica positiva." (destacamos)

Com o imperativo categórico de Kant, as coisas não se passam de maneira muito diferente. O imperativo categórico determina que o sujeito moral, para ser justo, deve agir sempre de tal modo que a máxima do seu agir possa ser querida como uma lei universal. Kant procura demonstrar que não se pode querer que certas máximas sejam elevadas a leis universais, pois tal elevação estaria em contradição consigo mesma. Todavia, Kelsen demonstra que tal contradição se dá na verdade com uma lei moral de certo conteúdo pressuposta por Kant como verdadeira. Veja-se a passagem a seguir transcrita, na qual Kelsen consegue expor bastante didaticamente sua crítica a Kant[16]:

> "Muito significativo é o que Kant diz da máxima seguida por um homem que prefere 'antes correr atrás do prazer a esforçar-se por alargar e aperfeiçoar as suas boas disposições naturais'. 'Não é possível um homem querer' que esta máxima se torne uma lei universal 'pois, como ser racional, ele quer necessariamente que todas as faculdades nele sejam desenvolvidas, porque estas lhe são dadas e lhe servem para toda espécie de finalidades (Absichten) possíveis'. *É muito provável que um homem que dá preferência à busca do prazer sobre o desenvolvimento das suas capacidades possa querer que a sua máxima se torne uma lei universal. A 'necessidade' com a qual o homem, como ser racional, quer que todas as faculdades nele sejam desenvolvidas não é, obviamente, uma necessidade causal mas uma necessidade normativa.* O homem deve desenvolver as suas faculdades. *Nem a máxima que conduz à busca do prazer nem uma lei a que essa máxima seja elevada são autocontraditórias. Contudo, a máxima contradiz uma lei moral por força da qual devemos desenvolver todas as nossas faculdades; e só em confronto com esta lei moral é que a máxima é imoral. Kant, porém, pressupõe a lei moral como de per se evidente.*" (destacamos)

[14] "Quando a regra de ouro postula que qualquer um de nós trate os outros como subjetivamente deseja ser tratado por eles, pressupõe-se evidentemente que os outros também desejam ser tratados assim. (...) Isto, porém, é uma ilusão, pois os homens de forma alguma coincidem no seu juízo sobre aquilo que é subjetivamente bom, ou seja, afinal, naquilo que desejam." *Idem, ibidem,* p. 20.

[15] *Idem, ibidem,* p. 21.

[16] *Idem, ibidem,* p. 25.

1.1.4 Justiça e igualdade: a crítica de Kelsen dirigida à teoria da igualdade perante a lei

Após analisar diversas normas ou princípios de justiça, Kelsen chega ao *princípio de justiça da igualdade*. Para este autor, tal princípio somente pode ter um conteúdo: tratar a todos os indivíduos por igual, desconsiderando-se todo e qualquer critério que desiguale os indivíduos na ordem dos fatos - o que equivale, na ótica perelmaniana que abordaremos em seguida, ao princípio "a cada qual a mesma coisa".

Assim, para Kelsen, somente se pode aplicar a regra da justiça da igualdade se se tratarem todos os homens da mesma forma, vedada qualquer distinção. Citando o exemplo da norma segundo a qual "nenhum homem deve ser morto", Kelsen afirma que a mesma não significa necessariamente justiça da igualdade, pois "essa igualdade [da referida norma] refere-se apenas ao não-ser-morto, não a todas as possíveis formas de tratamento"[17]. Coerente com sua linha de raciocínio, Kelsen não vê qualquer conteúdo de igualdade na norma segundo a qual os indivíduos que cometem delitos - e somente estes - devem ser punidos, pois aí há um elemento de discriminação - cometer ou não delitos, contrariando o pressuposto de que a justiça da igualdade não permite que se dê relevância a qualquer distinção.

Partindo de tal concepção de igualdade, é natural que Kelsen a considere como irrealizável, impraticável, pois, como ele mesmo assevera,

> "de fato, não há nenhum sistema moral que contenha a norma que manda tratar os menores da mesma forma que os adultos, os homens da mesma forma que as mulheres, os doentes mentais como as pessoas normais, os desordeiros da mesma forma que os pacíficos. *Não é possível deixar de lado todas as desigualdades em toda e qualquer espécie de tratamento. Certas desigualdades têm de ser tomadas em consideração.*"[18] (destacamos)

Após estabelecer o que entende por princípio de justiça da igualdade *stricto sensu,* e reconhecer sua total impraticabilidade, Kelsen passa a atacar o que entende ser uma concepção equivocada do princípio da igualdade, a concepção tradicional segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Ao proceder a tal crítica, Kelsen coloca-se em posição contrária à da maioria dos juristas, que defende com inabalável convicção que a igualdade consiste exatamente nisto: tratar igualmente aqueles que são iguais, e desigualmente os que são desiguais, na medida de sua desigualdade.

Segundo Kelsen, é contraditório afirmar que o princípio de *justiça da igualdade* possa consistir num tratamento *desigual* (aos seres considerados desiguais), o que leva o mestre de Viena a afirmar que a única norma que representa o princípio de justiça da *igualdade* "é a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados, segundo a qual nenhuma das desigualdades que efetivamente existem entre eles deve ser tomada em consideração"[19].

Aprofundando sua crítica, Kelsen afirma que a regra do "tratar igualmente aqueles que são iguais" não só não pode ser tida como o princípio de justiça da

[17] *Idem, ibidem,* pp. 51-52.

[18] *Idem, ibidem,* p. 53.

[19] *Idem, ibidem,* p. 56.

igualdade, como também não pode ser tida como regra de justiça de qualquer espécie, uma vez que "tratar igualmente os iguais" é uma exigência da lógica, apenas a conseqüência lógica do caráter geral das normas que prescrevem, sob determinadas circunstâncias, determinadas condutas. Veja-se:

> "Se uma norma prescreve por via geral que os homens, sob determinadas condições, devem ser tratados de determinada maneira, quer dizer, se, quando estamos em face de seres humanos e determinadas outras condições se verificam, se deve verificar um certo tratamento, o mesmo tratamento, um tratamento igual, deve ser aplicado em cada caso sob iguais condições, isto é, os seres humanos, em condições iguais e, portanto, iguais, devem ser tratados igualmente, precisamente porque a norma apenas determina estas e nenhuma outra condição, apenas este e nenhum outro tratamento, e determina aquelas e este por via geral. *A igualdade que consiste em deverem os que são iguais ser tratados igualmente é, portanto, uma exigência da lógica e não uma exigência da justiça.*"[20] (destacamos)

Além da pretensa igualdade de tratamento da regra "deve-se tratar igualmente os iguais" ser uma mera conseqüência lógica da generalidade das normas de conduta, Kelsen ainda adverte que, se tomada a idéia de igualdade como um conceito relacional (um fato ou uma situação apenas são iguais em relação a outro fato ou outra situação), a igualdade que decorre do caráter geral das normas não se poderá verificar quando a norma geral só possa ser aplicada em um caso.

Identificando a regra de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais como a chamada "igualdade perante a lei", muito comum no uso cotidiano da linguagem jurídica, Kelsen afirma que tal *igualdade perante a lei* não passa do conceito da *aplicação correta da lei:*

> "A chamada igualdade perante a lei é respeitada sempre que a lei é aplicada tal como, de acordo com o seu próprio sentido, deve ser aplicada, sempre que o órgão aplicador do direito considera como relevantes apenas aquelas desigualdades que a lei manda ter em conta. *A igualdade perante a lei não é, portanto, de forma alguma, igualdade mas conformidade com a norma.*"[21] (destacamos)

1.2 O Conceito de Justiça Formal Construído por Chaïm Perelman

Em sua célebre obra "Justice et raison", publicada em Bruxelas em 1963, Chaïm Perelman se propõe a examinar em profundidade a *noção de justiça*[22].

Seu objetivo não é, como ele mesmo reconhece expressamente, construir uma concepção de justiça que se julgue a mais apropriada e consentânea com a razão, em comparação e em concorrência com as concepções de outros autores

[20] *Idem, ibidem,* p. 57.

[21] *Idem, ibidem,* p. 60.

[22] O artigo em que Perelman expõe sua teoria da justiça examinada no presente estudo foi publicado pela primeira vez em 1945, na coleção das Actualités Sociales, Nova Série, Universidade Livre de Bruxelas, Institut de Sociologie Solvay, Bruxelas, Office de Publicité. Em 1963, este artigo foi incluído na obra *Justice et raison,* Bruxelas, Éditions de l'Université de Bruxelles. O estudo que ora realizamos foi baseado na obra *Éthique et Droit,* Bruxelas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, organizada por Alain Lempereur, cuja tradução para o português ficou a cargo de Maria Ermantina Galvão Pereira.

e escolas filosóficas. Na verdade, Perelman se dispõe a examinar de um ponto de vista lógico as mais correntes concepções de justiça, a fim de extrair de tais diferentes noções algum *substrato comum.* Este substrato comum será, como veremos, seu conceito de *justiça formal,* submetido por Kelsen a duras críticas.

Desta forma, em nenhum momento Perelman assevera que existe um conceito concreto de justiça que deva ser venerado como o único verdadeiro - e nisto concorda inteiramente com Kelsen. Como rejeita tanto a concepção de um bem supremo ditado por uma instância sobrenatural ou sagrada, quanto a crença nos poderes infalíveis da *razão prática*, Perelman constata que os valores que levam a escolher uma fórmula concreta de justiça ("a cada um segundo os seus méritos", por exemplo) podem ser contraditados por outros valores que suportam a escolha de outra fórmula concreta de justiça ("a cada um segundo as suas necessidades", por exemplo), não havendo qualquer possibilidade de convencer cientificamente uma das partes de que sua posição é equivocada.

É na busca de um *elemento comum* às diversas noções de justiça concreta que Perelman irá fixar a ligação estreita entre a *justiça* (em sua forma abstrata) e a *igualdade.*

1.2.1 As seis concepções mais correntes de justiça concreta, segundo Perelman

Perelman resume a seis as diversas noções de justiça que historicamente se afirmaram no âmbito da civilização ocidental, desde o surgimento do pensar filosófico na Grécia Antiga até a época contemporânea.

- A cada qual a mesma coisa

Segundo tal noção, ser justo é tratar a todos da mesma forma, desconsiderando-se quaisquer características próprias de cada indivíduo ou grupo social. Enquanto todas as demais definições de justiça tomam como necessária uma *proporcionalidade* no tratamento dos indivíduos em função da existência ou não, ou ainda do grau de intensidade de determinada característica, o princípio "a cada qual a mesma coisa" é o único totalmente igualitário. Perelman observa que o fato da morte talvez encarne perfeitamente este ideal de justiça, pois atinge a todos os homens sem guardar atenção a seus méritos, a suas obras, a suas origens etc.

- A cada qual segundo seus méritos

À primeira vista, esta concepção de justiça parece ser de simples entendimento e de fácil implementação, mas uma série de problemas afloram de seu enunciado. Na verdade, tal concepção deixa em aberto a questão de saber o que deve ser tomado como mérito ou demérito de um indivíduo, quais os critérios que devem presidir tal avaliação, se deve ser privilegiado o resultado da ação, a intenção do agente, seu sacrifício etc..

Por isso mesmo é possível, partindo-se de uma mesma noção de justiça como "a cada qual segundo seus méritos", chegar-se a resultados totalmente diferentes, bastando que não se conceda o mesmo grau de mérito aos mesmos atos dos indivíduos.

- A cada qual segundo suas obras

Tal noção constitui na verdade uma especificação da noção anterior, já que neste caso o único critério do tratamento justo é o *resultado da ação* dos indivíduos. Perelman ressalta que tal noção é de uma praticabilidade muito maior do

que a da concepção anterior, observando que sua aplicação preside tanto o pagamento dos salários dos empregados, quanto a definição do resultado de concursos e exames para preenchimento de cargos públicos.

- A cada qual segundo suas necessidades

Esta noção procura dar maior atenção ao homem em sua dimensão concreta, corrigindo gritantes desigualdades forjadas pela natureza e/ou pela própria sociedade. Assim, aqueles que se encontram em situação precária, carecendo de condições consideradas como um mínimo vital, devem ter um tratamento diferenciado.

Conforme observa Perelman, inspirou-se nesta concepção de justiça a legislação que criou, no século XX, os diversos *direitos sociais*, tais como o salário mínimo, o seguro-desemprego e o salário-família.

A fórmula "a cada qual segundo suas necessidades" tem em mira as necessidades básicas determinadas por critérios baseados nas exigências do organismo humano e no estágio cultural da comunidade. Conforme observa Perelman, a satisfação de necessidades mais refinadas e mais individuais preocupa não tanto à *justiça*, mas à *caridade*[23]:

> "Isso porque, e essa é a diferença essencial entre a caridade e essa fórmula da justiça que dela mais se aproxima, *a justiça só se aplica a seres considerados como elementos de um conjunto, da categoria essencial, ao passo que a caridade considera os seres como indivíduos e leva em conta suas características próprias. A justiça, pelo contrário, tem tendência a abstrair os elementos que não são comuns a vários seres, os seus traços particulares.* Quem procura, por caridade, satisfazer os desejos de seu próximo, se empenhará mais em levar em conta o elemento psicológico, individual, do que quem é levado a isso por sua concepção da justiça." (destacamos)

- A cada qual segundo sua posição

Esta concepção é baseada na superioridade (que tem o caráter de *dogma*, portanto indiscutível e inquestionável racionalmente no âmbito da sociedade) de indivíduos em virtude de seu nascimento, sendo bastante utilizada na ordenação social das sociedades aristocráticas e escravocratas, onde as distinções de tratamento levam em conta fatores como a raça e a religião.

Nas sociedades em que vigora tal concepção de justiça, as classes são geralmente hierarquizadas, gozando as superiores de mais direitos do que as inferiores. Segundo Perelman, é sinal de que determinado regime político está em decadência o fato de direitos particulares ou privilégios de classe não coincidirem com responsabilidades especiais (negação do princípio da "noblesse oblige").

- A cada qual segundo o que a lei lhe atribui

Enquanto as concepções anteriores se arvoram o papel de definir originariamente o critério da justiça (não obstante o fato de tal definição conter certos problemas de implementação, como visto anteriormente), o princípio de "dar a cada um o que lhe é devido" (*cuique suum* dos romanos) se contenta em simplesmente aplicar aos fatos um sistema pré-definido de normas de justiça.

Por isto mesmo Perelman reconhece que esta fórmula de justiça levará a resultados diversos conforme o sistema jurídico a ser aplicado.

[23] PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 26.

1.2.2 A noção de justiça formal (vinculada à igualdade) como o substrato comum às seis concepções de justiça

Perelman julga que a *justiça formal* é um princípio de ação segundo o qual os indivíduos de uma mesma categoria (que por isso é chamada *essencial*) devem ser tratados da mesma forma, sendo que tal princípio de ação subjaz latente em cada uma das noções de justiça analisadas anteriormente. Ou seja, Perelman pensa que, a partir desta noção comum e abstrata, chegar-se-á a cada uma das noções concretas de justiça, ao se preencher com determinado dado concreto a variável contida na fórmula da justiça formal.

A fórmula concreta "a cada um segundo os seus méritos" é uma aplicação da justiça formal, na medida em que prescreve que os indivíduos que ostentarem o mesmo mérito devem ser tratados de uma mesma maneira. Por sua vez, a fórmula "a cada um segundo as suas necessidades" também configura uma aplicação particular da justiça formal, na medida em que os indivíduos são divididos em *categorias essenciais* segundo a existência e/ou o grau de suas necessidades, e o mesmo tratamento deve ser aplicado dentro de cada categoria assim definida.

O princípio de ação contido na noção de justiça formal não erige um critério para a distinção das categorias essenciais, tampouco define qual o tratamento a ser aplicado a cada categoria. A igualdade contida na justiça formal está em que, estabelecida concretamente a distinção entre as categorias essenciais, cumpre tratar de forma igual os seres pertencentes a uma mesma categoria[24].

À luz deste conceito de justiça formal, percebe-se que as noções concretas de justiça se diferenciam na medida em que cada uma erige um critério diverso para definir a pertinência dos indivíduos às categorias essenciais dentro das quais um mesmo tratamento será aplicado. Nas palavras de Perelman[25],

> "Nossa definição da justiça é formal porque não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que *surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum da justiça formal para fórmulas diferentes de justiça concreta.* O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação da justiça." (destacamos)

1.2.3 A distinção entre concepção moral e concepção jurídica da justiça

Para Perelman, o fato de a pessoa encarregada de julgar ser ou não livre para escolher a concepção concreta de justiça de sua preferência permite distinguir entre a concepção moral e a concepção jurídica da justiça.

No terreno da moral, o julgador é livre para escolher a fórmula da justiça que pretende aplicar e a interpretação que deseja dar-lhe; no terreno do direito, a fórmula concreta da justiça é imposta ao julgador, e sua interpretação resta sujeita ao controle último da Corte Suprema[26].

[24] As críticas de Kelsen a tal identificação entre justiça formal e igualdade perante a lei são analisadas no capítulo seguinte.

[25] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 19.

[26] "(...) o juiz é obrigado a observar certas regras de justiça predeterminadas, o que ocorre no direito, mas jamais na moral. Em princípio, não se pode considerar alguém injusto simplesmente porque aplica uma outra fórmula de justiça concreta diversa da nossa. Não se pode exigir de alguém que faça uma partilha igual quando, segundo ele, por exemplo, a

Assim, Perelman conclui que, em moral, a regra adotada resulta da livre adesão da consciência do julgador; em direito, cumpre levar em conta a ordem estabelecida pela legislação, sendo que, no direito moderno, as duas instâncias, a que determina as categorias essenciais (Poder Legislativo) e a que as aplica aos fatos (Judiciário e Executivo), são rigorosamente separadas, enquanto na moral tais instâncias estão unidas na mesma consciência.

Partindo de tais premissas, Perelman passa a examinar a questão da possibilidade de existência de um *direito injusto,* de um direito que atenta contra a justiça. Para o autor, tal resposta não pode deixar de levar em conta a distinção (quase sempre esquecida) entre *justiça abstrata ou formal* e as concepções particulares de justiça (fórmulas concretas de justiça).

Quando determinado ordenamento jurídico é criticado e tido como *injusto,* o conceito de justiça envolvido nesta crítica é quase sempre o conceito de justiça concreta, portanto uma concepção particular de justiça, suportada por uma determinada escala de valores, sendo que o indivíduo que formula a crítica busca não raro ocultar o caráter particular de sua visão sob a capa de uma *justiça universal,* tida como a única *verdadeira* ou como evidente para a razão prática. Daí as observações agudas de Perelman[27]:

> "Com efeito, querer julgar o direito em nome da justiça só é possível em virtude de uma confusão: *julgar-se-á o direito não por intermédio da justiça formal, mas da justiça concreta, ou seja, de uma concepção particular da justiça que supõe uma determinada escala de valores. De fato, não é em nome da justiça que se vai condenar ou reformar, mas em nome de uma visão do universo, talvez sublime, mas, de todo modo, considerada arbitrariamente como a única justa. Quando se condena uma concepção de mundo por meio de outra, não se deve dizer que se condena o direito em nome da justiça, se não se quer criar confusões proveitosas aos sofistas.* Com efeito, o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível."[28] (destcamos)

Pode-se dizer, pois, que a conclusão a que chega Perelman é adepta do *relativismo axiológico*. Tal conclusão sustenta que existem várias concepções particulares de justiça, cada uma delas baseada em diferentes escalas de valores, não sendo possível afirmar racionalmente que somente uma destas concepções é a verdadeira, sendo as outras apenas embustes, aparências falsas de uma idéia absoluta, imutável e perfeita.

partilha deveria ser feita proporcionalmente às necessidades de cada um dos beneficiários. Consistindo a injustiça na violação de regras de justiça concretas segundo as quais pretensamente se julga, não se pode considerar um ato injusto se a fórmula de justiça de que nos servimos para criticar o julgamento não é a do juiz.
Se o juiz viola regras de justiça concreta aceitas por ele, é injusto. Ele o é involuntariamente se seu julgamento resulta de uma representação inadequada dos fatos. Ele só o é voluntariamente quando viola as regras da justiça formal." *Op. cit.,* p. 23.

27 Com tal postura metodológica, o pensamento de Perelman é bastante parecido com o de Kelsen, que escreve: "Se, no problema da justiça, partirmos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais." KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, pp. 17-18.

28 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 30.

Sendo assim, através da aplicação do princípio de ação da justiça formal, pode-se afirmar que determinado *ato* (mais especificamente um ato de aplicação de regras) é justo ou injusto, conforme implica ou não um *tratamento igualitário* para os elementos de uma mesma categoria essencial definida pela regra. Todavia, a justiça formal não pode ser utilizada para qualificar determinada *norma* ou *regra* como *justa* ou *injusta.*

Mesmo não se podendo afirmar que uma determinada *regra* é justa ou injusta em função de sua conformidade ou não ao princípio de ação da justiça formal, é possível e desejável submeter as regras de um ordenamento jurídico a um teste sobre sua "arbitrariedade"[29].

1.2.4 A arbitrariedade das normas segundo a teoria de Perelman

A teoria de Perelman assevera que o *ato* justo é aquele que determina um tratamento igual aos membros de determinada categoria essencial definida pela norma. Quanto ao conteúdo desta norma, ou quanto à norma em si mesma, a teoria de Perelman se abstém de considerá-la *justa* ou *injusta* segundo um *parâmetro universal*, pois "é a nossa visão do mundo, o modo como distinguimos o que vale do que não vale, que nos conduzirá a uma determinada concepção da justiça concreta"[30]. Assim, enquanto as regras do direito hindu implementam certas concepções concretas de justiça, as normas do direito brasileiro implementam outras bem diferentes, sendo que ao filósofo do direito não cabe definir qual ordenamento deve ser tido como *justo*, negando tal apanágio ao outro.

Pois bem. Ainda que a teoria de Perelman não ofereça subsídios para que possamos qualificar determinada regra jurídica de *injusta,* a teoria possibilita identificar quando uma regra é *arbitrária.* Dizer que uma regra é arbitrária significa afirmar que seu conteúdo não se integra num sistema mais amplo do qual possa ser deduzida racionalmente. Em uma frase, pode-se dizer que a regra arbitrária não é suscetível de uma *justificação racional:* [31]

> "... se se deseja que a justiça formal não seja uma fórmula vazia fora do direito positivo, seja em moral ou em direito natural, *é indispensável eliminar, na medida do possível, a arbitrariedade das regras que ela [a justiça formal] deve aplicar.* A condição que essa exigência imporá às regras já não se refere à forma, mas ao seu conteúdo. Porém, *esta condição não esvazia o conteúdo da regra, mas impõe a esta a integração num sistema: essa obrigação terá como conseqüência acentuar o caráter racional das regras de justiça.*" (destacamos)

29 "... é sempre possível, mediante uma modificação da regra, escapar à injustiça formal, e isto em todos os casos em que a própria regra não é imposta. A justiça formal pode, em todos esses casos, coincidir com uma desigualdade real por causa da arbitrariedade das regras. Daí resulta que o papel da justiça formal é muito reduzido em todos os casos em que não se trata de regras estabelecidas, impostas a quem deve observá-las." *Op. cit.,* p. 53.

30 *Idem,* p. 31.

31 *Idem,* p. 53.

Segundo Perelman, a demonstração de que as regras que determinam duas categorias essenciais, assim como o tratamento reservado aos membros de cada uma, não são arbitrárias, consiste na demonstração de como estas regras e as diferenças de tratamento por elas implicadas se deduzem de um *princípio mais amplo,* do qual tais regras apenas constituem meros casos particulares.

Examinando uma regra e a submetendo ao teste da arbitrariedade, não se poderá concluir que a regra em si é *justa,* pois não se pode impor a todos a mesma concepção particular de justiça, todavia poder-se-á afirmar que a regra é *justificada, não-arbitrária,* porque deduzida de um princípio mais geral e encaixada harmonicamente num sistema de justiça. Assim, cabe ao intérprete da regra tida por arbitrária, por favorecer os membros de uma categoria em detrimento dos de outra, deduzi-la de uma regra mais geral, demonstrando como uma determinada categoria se integra numa categoria mais vasta.

Os princípios que estão na base de um ordenamento jurídico, em vez de afirmarem o que *é* (como ocorre com os postulados mais gerais de um sistema científico), determinam o que *vale,* estabelecendo o *valor fundamental* do qual se deduzem outros valores e as próprias normas. Como este valor último não tem fundamento nem na lógica nem na realidade, ele não é nem universal nem necessário: é, lógica e experimentalmente, *arbitrário*[32].

A arbitrariedade deste valor fundamental constitui o limite da atividade de justificação normativa das regras (atividade similar à explicação das leis científicas). Como observa Perelman, em passagem de elegância notável,

> "*Todo sistema de justiça constitui apenas o desenvolvimento de um ou de vários valores, cujo caráter arbitrário é vinculado à própria natureza deles.* Isso nos permite compreender porque não existe um único sistema de justiça, por que podem existir tantos quantos valores houver. Daí resulta que, *se uma regra é considerada injusta por alguém que preconiza outra fórmula de justiça concreta, portanto outra distribuição em categorias essenciais, basta registrar o antagonismo que opõe os partidários das diferentes fórmulas de justiça, cada um deles pondo em primeiro plano um valor diferente.* Neste caso, dada a pluralidade dos valores, sua oposição e seu caráter arbitrário, o raciocínio é incapaz de desempatar os antagonistas, por falta de acordo sobre os princípios que poderiam servir de ponto de partida para a discussão. *Para que possa ser estabelecido um acordo sobre as regras de justiça, é mister que se possam justificar todas aquelas que se atacam, e que não se ataquem todas aquelas que não se podem justificar, a saber: aquelas que concedem a certos valores o primeiro lugar na condução de nossa ação.*"[33] (destacamos)

Assim, pode-se concluir que a arbitrariedade consiste na introdução de regras alheias ou estranhas ao sistema de justiça (ordenamento jurídico), sendo que a existência de tal arbitrariedade permite que as regras que a criaram possam ser atacadas como *injustas,* no sentido de *não fundamentadas*.

[32] *Idem,* p. 58.
[33] *Idem,* p. 59.

1.2.5 Os três elementos da justiça de um sistema normativo para Perelman

A análise de Perelman leva à conclusão de que todo sistema de justiça é fundamentado nos princípios que estão em sua base, e seu valor é vinculado ao valor das afirmações arbitrárias e injustificadas que lhe servem de fundamento último (relativismo axiológico). Assim, percebe-se que todo sistema de justiça dependerá de outros valores que não o valor justiça: "A justiça é o nome prestigioso que se dá ao bem que se concebe."[34].

Todavia, Perelman afirma que a justiça possui um valor próprio, sejam quais forem os outros valores nos quais o sistema de justiça se fundamenta: tal valor é o que resulta da necessidade racional de *coerência e regularidade* das regras que compõem o sistema.

Distinguindo três elementos na *justiça de determinado sistema normativo* (o *valor* que a fundamenta, a *regra* que a enuncia e o *ato* que a realiza), Perelman afirma:

> "Os dois últimos elementos, os menos importantes, aliás, são os únicos que podemos submeter a exigências racionais: *podemos exigir do ato que seja regular, que trate da mesma forma os seres que fazem parte uma mesma categoria essencial [justiça formal]; podemos pedir que a regra seja justificada, que decorra logicamente do sistema normativo adotado [princípio da não-arbitrariedade das normas]. Quanto ao valor que fundamenta o sistema normativo, não o podemos submeter a nenhum critério racional, ele é perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado.* Com efeito, embora qualquer valor possa servir de fundamento para um sistema de justiça, esse valor em si mesmo, não é justo. *O que podemos qualificar de justas são as regras e os atos que são conformes a estas regras. O caráter arbitrário dos valores que fundamentam um sistema normativo, a pluralidade e a oposição deles, fazem que um sistema de justiça necessário e perfeito seja irrealizável.*"[35] (destacamos)

1.2.6 Conclusão de Perelman sobre o papel da razão no estabelecimento de um sistema normativo

A conclusão do denso ensaio de Perelman sobre a justiça e a igualdade se dirige fundamentalmente aos limites da atuação da razão no estabelecimento de um sistema normativo.

Para este autor, a existência de um sistema de justiça perfeito é uma contradição em termos. Com efeito, afirmar que determinado sistema de justiça é o único verdadeiro é afirmar que o valor no qual este é baseado se impõe de modo irresistível à razão humana, pelo que a preeminência deste valor já não seria mais abstrata, impondo-se lógica ou experimentalmente, como resultado de uma necessidade racional ou de um fato da experiência. Todavia, a noção de valor é incompatível tanto com a necessidade formal quanto com a universalidade experimental, não se podendo cogitar, a rigor, de um valor que, enquanto tal, não seja logicamente arbitrário.

[34] DUPRÉEL, E. *Traité de morale,* Bruxelas, 1932, tomo II, p. 483, *apud* PERELMAN, Chaïm, *op. cit.,* p. 61.
[35] PERELMAN, C. *Op. cit.,* p. 63.

Sendo assim, Perelman propõe o abandono do "racionalismo ingênuo" que julga a razão prática capaz de encontrar verdades evidentes e valores indiscutíveis, e o desenvolvimento de um "racionalismo crítico", que vê a justiça, como a manifestação da razão na ação, limitada a um *desenvolvimento formalmente correto de um ou de vários valores, que não são determinados pela razão nem por um sentimento místico de justiça*[36]:

> "Nossa exigência de justiça deve limitar-se à eliminação das regras de toda arbitrariedade que não resulte de um juízo de valor irredutível. *Assim como um ato justo é relativo à regra, a regra justa será relativa aos valores que servem de fundamento para o sistema normativo. E como todo valor é arbitrário, não existe justiça absoluta, fundamentada na razão.*" (destacamos)

1.2.7 A crítica de Kelsen ao conceito de justiça formal construído por Perelman

Vimos de ver que, para Perelman, a justiça formal é o elemento comum a todas as concepções concretas de justiça, e consiste no princípio de ação segundo o qual os elementos de uma mesma categoria essencial devem receber o mesmo tratamento. Em certa altura de seu ensaio, Perelman identifica tal conceito de justiça formal com o conceito de igualdade, afirmando que "a noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de igualdade", e ainda que "a idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade" [37].

Assim, Perelman constrói um *conceito de igualdade de caráter formal* ("tratar igualmente os iguais") e o identifica como o que há em comum entre as concepções concretas de justiça mais correntes. Contra tal orientação, Kelsen lança duras críticas.

Em primeiro lugar, Kelsen afirma que "tratar igualmente os iguais" é uma decorrência lógica da generalidade da norma e da necessidade de sua correta aplicação. Kelsen demonstra que a justiça formal de Perelman nada tem a ver com a igualdade, observando que "tratar igualmente os que são iguais" implica necessariamente tratar desigualmente aqueles que não se incluem no conjunto dos indivíduos que possuem as características previstas pela norma. Ademais, argumenta Kelsen, o princípio de ação da justiça formal de Perelman somente pode dar lugar a um tratamento igual quando a norma geral puder ser aplicada a mais de uma situação concreta. Veja-se[38]:

> "Com efeito, 'igual' é um conceito de relação, e um fato ou situação apenas é 'igual' em relação a um outro fato ou situação. É possível, todavia, que a norma geral possa ser aplicada somente em um caso. Tal sucede, por exemplo, se uma norma geral determina que todo aquele que tenha o rendimento anual de 1 milhão de dólares deve pagar um imposto sobre os rendimentos de 90% e se apenas um indivíduo, e em um ano somente, obtém um tal rendimento. *Isto significa que o caráter geral de uma norma de justiça cuja conseqüência lógica é a regra segundo a qual os que são iguais devem ser tratados de maneira igual não exclui a possibilidade de que, em certos casos, não possa haver lugar para qualquer tratamento igual. Também por aqui se mostra que esta regra não pode ser identificada com o princípio de justiça da igualdade.*" (destacamos)

[36] *Idem*, p. 64.
[37] PERELMAN, Chaïm. *Op.cit.*, p. 14.
[38] KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 58.

Por outro lado, Kelsen cuida de afastar a conclusão de que a justiça formal de Perelman possa ser a resposta para a busca de um *elemento comum* a todas as noções correntes de justiça. Segundo Kelsen, todas as normas de justiça, valorando determinadas diferenças de fato existentes entre os homens, prescrevem tratamentos diversos, com exceção de uma norma de justiça, exatamente a norma de justiça da igualdade ("tratar a todos da mesma forma" na classificação de Perelman). Segundo Kelsen, não se pode determinar um elemento comum a todas as normas de justiça, e exemplifica[39]:

> "*O tratamento preceituado pelas diferentes normas de justiça deste tipo [tipo racional] é tão diverso que as diferentes normas de justiça têm de entrar necessariamente em conflito umas com as outras.* Assim sucede quando, segundo a norma de justiça da retribuição, quem cometeu uma falta deve ser punido e quem prestou um serviço meritório deve ser premiado, mas, segundo a norma de justiça que prescreve que cada um deve ser tratado segundo as suas necessidades, não se deve tomar em conta a falta, a culpa ou o mérito das pessoas; ou quando pela maioria das normas de justiça é pressuposta uma ordem jurídica positiva que mais ou menos limita a liberdade dos indivíduos, mas, segundo a norma de justiça fundada na liberdade, se exclui a validade de toda e qualquer outra norma social." (destacamos)

1.2.8 Conclusões sobre o pensamento de Perelman em sua relação com o de Kelsen

Há inegavelmente um ponto comum entre o pensamento de Perelman e o pensamento de Kelsen: ambos desacreditam dos autores metafísicos que crêem poder atingir, pela razão prática ou pela revelação mística, o conceito único, perfeito e acabado de justiça. Ambos os teóricos afirmam categoricamente o caráter relativo dos valores, por natureza *arbitrários,* no sentido de que decorrem de *escolhas, preferências,* e não de evidências empíricas ou axiomas lógicos.

Tanto Kelsen como Perelman, ao invés de perderem tempo com a busca e a defesa da *melhor* concepção de justiça, procuram descrever em detalhes e com profundidade as concepções mais correntes, identificando-lhes a origem, os interesses que protegem, as aporias em que por vezes incorrem.

As diferenças entre Kelsen e Perelman decorrem, na verdade, da convicção deste último de que é possível encontrar um *substrato comum a todas as concepções concretas de justiça.* Quer-nos parecer, com todo respeito à autoridade deste brilhante filósofo que foi Perelman, que tal tarefa não foi plenamente realizada, pois a construção e a utilização de seu conceito de justiça formal encontram diversas dificuldades. Vejamos.

Em primeiro lugar, Perelman não raras vezes se pronuncia contraditoriamente sobre o real sentido do princípio de ação da justiça formal: se seu sentido é

[39] *Idem*, p. 61.

substantivo/axiológico, e assim ligado ao valor da igualdade, ou se seu sentido é adjetivo/formal, e assim ligado à estrutura lógica das normas gerais que prescrevem condutas.

Com efeito, se encontramos no ensaio "Justice et Raison" passagens que indicam que a justiça formal constitui o conteúdo mínimo do valor da igualdade ("a noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade"; "Haverá um elemento conceitual comum a todas as fórmulas da justiça? Parece que sim. Com efeito, todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar de forma igual"), em outros excertos exsurge cristalino sua natureza lógico-funcional. Com efeito, sabendo das críticas que, no particular, Kelsen lançou a Perelman, parece que as seguintes afirmações são do crítico Kelsen, e não do próprio criticado Perelman[40]:

> "Seja como for, *a aplicação correta* da justiça exige, de todo modo, um tratamento igual para os membros da mesma categoria essencial. Ora, em que é baseada essa exigência de um tratamento igual? Simplesmente na determinação da *forma* como será tratado qualquer um dos membros da categoria. *É porque qualquer membro da categoria é obrigado a sujeitar-se à regra que, ao aplicar-se esta, se é levado a tratar a todos da mesma forma. (...) Daí resulta que a igualdade de tratamento na justiça formal nada mais é senão a aplicação correta de uma regra de justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados todos os membros de cada categoria essencial.*" (destacamos)

A nosso sentir, tal excerto do ensaio perelmaniano indica a total procedência das críticas levantadas por Kelsen. Com efeito, se, como o próprio Perelman admite, a igualdade de tratamento da justiça formal é apenas a aplicação correta de uma regra de justiça concreta, tal pretensa "igualdade" não pode ser tomada como elemento comum do conteúdo de tais regras, mas no máximo como elemento comum na *aplicação* de tais regras.

Com efeito, isto fica claro quando se se tem em mente que Perelman utiliza-se da justiça formal (pretensa igualdade de tratamento) para qualificar os *atos* justos, *atos* no sentido de *aplicação* de normas, e não no sentido do *estabelecimento* de normas. Veja-se o seguinte excerto do ensaio de Perelman[41]:

> "(...) a análise da justiça se aterá a pesquisar a parte comum a diversas concepções da justiça, parte que, evidentemente, não esgota todo o sentido dessa noção, mas que é possível definir de uma forma clara e precisa. *Essa parte comum, chamada justiça formal, permite-nos dizer quando um ato é considerado justo. A justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial. Essa igualdade resulta,* por sua vez, *da regularidade do ato,* do fato de que coincide com uma conseqüência de uma determinada regra de justiça." (destacamos)

Por isso afirma Kelsen que a justiça formal da construção perelmaniana somente pode ser tida como o elemento *lógico* comum às regras de justiça concreta. Vista a situação desta forma, o pretenso *elemento comum* às regras de justiça concreta seria um conceito vazio, que, no final das contas, levaria a uma tautologia do tipo "as normas de justiça têm um elemento comum: todas elas são normas de justiça", na medida em que, privilegiando certos valores, prescrevem, de forma geral, determinado tratamento a indivíduos que apresentem determinadas características.

[40] PERELMAN. Chaïm. *Op. cit.*, p. 42.
[41] *Idem*, p. 67.

Mas poder-se-ia argumentar inteligentemente, como Norberto Bobbio, que a idéia de regularidade na aplicação das normas (que para Kelsen é simplesmente a aplicação logicamente correta) constitui sim um *valor*, aliás um valor muito caro ao Estado de Direito. Veja-se a opinião do mestre italiano[42]:

> "Noi riteniamo che la considerazione della generalità e astratezza come requisiti essenziali della norma giuridica abbia *un'origine ideologica e non logica,* e cioè riteniamo che dietro a questa teoria ci sai un giudizio di valore di questo tipo: 'È bene (è desiderabile) che le norme giuridiche siano generali ed astratte'. In altre parole, noi pensiamo che *generalità e astratezza siano requisiti non già della norma giuridica quale è, ma quale dovrebbe essere per corrispondere all'ideale di giustizia* (...)." (destacamos)

Deve-se reconhecer que muito há de ideológico (e não só lógico como parece postular Kelsen) na generalidade e na abstração da norma jurídica, atributos que podem ser vistos como valiosas conquistas do Estado de Direito[43]. Todavia, pensamos que mesmo que se afirme tal conteúdo valorativo (e a teoria de Rawls adiante estudada irá confirmar tal visão de Bobbio), este ainda se refere a atributos da norma jurídica que não podem ser identificados com o valor mais profundo da *igualdade*, a menos que tal valor reste diminuído e fragilizado, pois ao identificar igualdade com abstração e generalidade da norma é possível enxergar igualdade em situações da mais cruel discriminação, como já fez a Corte Suprema norte-americana, que no célebre caso *Plessy versus Ferguson* entendeu inexistir qualquer arranhão ao princípio da isonomia no fato de as escolas públicas, mantidas só para brancos, vedarem o acesso aos negros, já que a igualdade se garantiria em assegurar que, nas escolas de negros, todos estes fossem igualmente tratados.

Entretanto, se o *conceito de justiça formal* desenvolvido por Perelman é confuso e justifica as críticas de Kelsen, o mesmo não se pode dizer em absoluto de seu *conceito de regras ou normas arbitrárias,* em contraposição às regras ou normas *justificadas* porque deduzidas de um princípio mais amplo. Tal conceito de arbitrariedade leva ao conceito do razoável e do desarrazoado em direito, por conta dos quais Perelman consagrou-se como um importante filósofo do direito no século XX.

Com efeito, a análise da doutrina (como, por exemplo, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade,* São Paulo: Malheiros Editores, 1994, de Celso An-

[42] BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto.* Torino : G.Giappichelli, 1993, p. 149.
[43] "O princípio da igualdade perante a lei pode ser interpretado restritivamente como uma diversa formulação do princípio que circula em todos os tribunais: 'A lei é igual para todos'. Nesse sentido, significa simplesmente que o juiz deve ser imparcial na aplicação da lei e, como tal, faz parte integrante dos remédios constitutivos e aplicativos do Estado de direito, sendo assim inerente ao Estado liberal pela já mencionada identificação do Estado liberal com o Estado de direito." BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* São Paulo : Brasiliense, 1995, p. 40.

tônio Bandeira de Mello) e da jurisprudência dos Tribunais no direito brasileiro e comparado indica que o princípio da isonomia, positivado praticamente por todas as Constituições contemporâneas, é compreendido como uma *exigência de razoabilidade nas discriminações do legislador,* o que, na terminologia do ensaio perelmaniano que estudamos, significa exigência de que as leis somente contenham discriminações *justificadas, não-arbitrárias,* que possam ser explicadas a partir dos valores, princípios e sobreprincípios que compõem sistematicamente a Constituição.

1.3 Crítica da Teoria Pura do Direito e sua Visão da Justiça e da Igualdade

Kelsen reconhece que a justiça é a "eterna questão da humanidade"[44], e propõe que tal questão seja tratada de uma forma diferente daquela sugerida pelos jusnaturalistas. Ao longo dos tempos, observa Kelsen, surgiram diversas normas de justiça, cada uma delas privilegiando determinados valores, como o valor da vida, da liberdade individual, da segurança econômica etc.

Assim, cada uma de tais normas de justiça constitui um valor relativo, pois atende aos interesses reconhecidos como dignos pelo formulador da ordem (Deus, o povo, o monarca). O juízo que determina a justiça de determinada norma é sempre um juízo de valor e de valor relativo, nunca um juízo de fato ou um juízo de valor absoluto, pois para Kelsen *a justiça absoluta é um ideal irracional*[45]:

> "Se, no problema da justiça, partirmos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então *apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais.*" (destacamos)

Com base nestes pressupostos, Kelsen derruba diversas noções mistificadoras da justiça, ou seja, noções que procuram elevar determinados valores relativos (propriedade privada, liberdade individual, segurança econômica) à categoria de valores universais gravados na própria natureza humana, e assim justificar determinadas normas de justiça como excludentes de quaisquer outras.

Por outro lado, Kelsen também suplanta diversos conceitos vazios de justiça e de igualdade, que na verdade têm uma nítida função conservadora na medida em que delegam a resposta a questões decisivas ("o que é efetivamente de cada um?", "quais são as categorias de indivíduos considerados iguais?") ao próprio sistema social ou à própria ordem jurídica já estabelecidos.

Mas, após colocado em prática todo o potencial "desconstrutivista" do pensamento de Kelsen em matéria de justiça e igualdade, o que o autor nos oferece como substituto das concepções tradicionais destruídas é realmente decepcionante. Basta verificar a problemática solução teórica de sua *norma fundamental,* momento no qual todo o *regressus* entre normas jurídicas destinado a explicar o fenômeno da *validade* é interrompido bruscamente pela fria realidade do fato consumado da dominação política pela força. Vejamos tal crítica com maiores detalhes.

44 KELSEN, Hans. *O que é justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 1.
45 KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, pp. 17-18.

1.3.1 A norma fundamental como o "calcanhar de Aquiles" da pureza metodológica de Kelsen

Kelsen observa que não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem que deflui a validade objetiva de uma norma. Esta deflui de uma outra norma de dever ser, a qual determina que aquele outrem deve se conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade à sua conduta dirigido[46].

Assim, o *fundamento de validade* de uma norma nunca é um fato, mas sempre uma outra norma da qual a primeira é derivável, estática ou dinamicamente. Mas a procura do fundamento de validade das normas não pode ser um *regressus ad infinitum,* tal como ocorre na cadeia de causalidade da realidade natural.

Dessarte, a procura pelo fundamento de validade das normas encontra-se limitada pela existência fictícia de uma *norma fundamental,* que postula que *os indivíduos devem respeitar o que os fundadores da primeira Constituição histórica prescreveram.* Assim, conclui-se que o que fornece validade à primeira Constituição é a suposição de validade de uma *norma fundamental*, sendo que apenas sob tal pressuposto se pode distinguir entre atos de seres humanos que criam normas, e atos de seres humanos que não têm esse efeito.

É a norma jurídica fundamental que confere unidade a um sistema dinâmico, visto que as normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas, simplesmente pelo seu conteúdo, a partir da norma fundamental. A norma fundamental é a regra básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema, sendo que o poder de criar normas é delegado de uma autoridade superior para uma autoridade inferior (caráter dinâmico da ordem jurídica).

Neste sentido, Kelsen observa que o direito é um sistema de "sobre e sob-normas", cujo escalão superior é a Constituição fundamentada pela fictícia norma fundamental segundo a qual os indivíduos devem agir conforme o desejo dos constituintes originais, e o escalão inferior são as normas individuais que fixam como devida uma conduta concreta[47].

Assim, uma determinada norma será válida se pertencer a certa ordem jurídica, ou seja, se houver sido criada de um modo estabelecido, em última instância, pela norma fundamental dessa ordem jurídica[48].

Mas a norma fundamental não é uma norma positiva, mas uma norma *meramente pensada,* é o sentido de dever ser de um ato de vontade meramente pensado, fictício.[49]

Eis aí a primeira dificuldade metodológica da teoria pura do direito, pois a norma fundamental indica que, no último elo da cadeia normativa, *esfacela-se a máxima de que o dever-ser só pode decorrer de outro dever-ser.* Veja-se a crítica arguta de Mario Losano[50]:

46 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994, pp. 9-10.
47 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.* Tradução de José Florentino Duarte. 1ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986, pp. 332-333.
48 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995, pp. 118-127.
49 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.* Tradução de José Florentino Duarte. 1ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986, pp. 328-329.
50 Introdução de Mario G. Losano à edição italiana de "O problema da justiça", *in* KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, pp. XIX-XX.

> "O próprio Kelsen, porém, deve admitir que essa não é uma norma jurídica no sentido definido pela teoria pura do direito. Para esta, de fato, são jurídicas apenas as normas estatuídas pelo legislador; a norma fundamental, ao contrário, 'deve ser pressuposta, porquanto não pode ser posta por uma autoridade cuja competência deveria repousar sobre uma norma ainda mais elevada'. O jogo de palavras não resolve o problema de fundo: *se a norma fundamental não é uma norma jurídica positiva, é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não-científica porquanto irracional (ou melhor, subjetiva). Se, porém, a norma fundamental é um expediente gnosiológico para encerrar em sistema unitário os vários níveis normativos, estamos diante de um elemento teórico (pertencente ao mundo da natureza, do 'ser') que condiciona a existência de uma norma (pertencente ao mundo do direito, do 'dever-ser'), passagem que Hans Kelsen considera inconciliável com o pressuposto da pureza metodológica*." (destacamos)

Uma outra aporia vem ao mesmo tempo infirmar mais uma vez a consistência metodológica da teoria pura, e sublinhar o caráter decepcionante da solução kelseniana quanto ao problema da legitimidade do direito. Conforme afirma Kelsen, a validade e a eficácia referem-se a fenômenos distintos: enquanto a validade aponta para o caráter obrigatório da norma enquanto *dever ser*, a eficácia aponta para o fato de os homens efetivamente se conduzirem tal como as normas prescrevem, o fato de as normas serem efetivamente aplicadas e obedecidas. Assim, a validade é uma qualidade do direito em si, enquanto a eficácia é uma qualidade do comportamento efetivo dos homens.

A relação fundamental entre validade e eficácia na teoria pura do direito é que a segunda, posto não confundir-se com a razão da primeira, é sua condição. Em termos gerais, uma norma não é válida *porque* é eficaz; ela é válida *se* a ordem à qual pertence é, como um todo ou globalmente, eficaz[51].

Kelsen observa que, se um movimento revolucionário for bem sucedido, logrando derrubar determinada ordem jurídica anterior e fazendo com que os indivíduos passem a se conduzir segundo uma nova ordem jurídica, então ocorrerá a *mudança da norma fundamental,* por força do *princípio da eficácia,* segundo o qual a eficácia da ordem jurídica total é uma *condição de validade* das suas normas constituintes.

Desta maneira, apesar de ser correto afirmar que as normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas foram criadas de maneira constitucional, é preciso levar em conta que as normas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Nas palavras de Kelsen[52],

> "Em termos jurídicos, não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante, perdeu sua eficácia. *O*

[51] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 46.

[52] *Idem, ibidem,* p. 123.

> *princípio de legitimidade é restrito pelo princípio de eficácia*" (destacamos)

Ora, esta restrição da legitimidade pela eficácia indica, como observa argutamente Mario G. Losano, que *a teoria pura não consegue cruzar sua última barreira epistemológica*[53]:

> "Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do 'ser' e o do 'dever-ser', a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: *a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever.* Realmente, para que uma norma jurídica seja válida, é preciso que ela também seja eficaz: ou seja, não basta o respeito a certas formalidades no estabelecimento da norma, mas é preciso que, de fato, a norma assim estabelecida seja também efetivamente aplicada. Kelsen é obrigado a admitir que 'tanto uma ordenação jurídica como um todo quanto uma norma jurídica isolada perdem a validade quando deixam de ser eficazes'. Em outras palavras, *para responder à questão em torno da qual constrói toda a sua doutrina (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à vigorosa separação entre mundo natural e mundo normativo, entre 'ser' e 'dever-ser'.*" (destacamos)

1.3.2 O princípio da eficácia e sua problemática inserção no quadro da teoria pura do direito

Chegamos aqui no que julgamos ser o clímax da aporia fundamental da teoria pura do direito. Em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado,* Kelsen afirma categoricamente que a eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição *sine qua non,* mas não uma condição *per quam,* em relação à validade de cada norma jurídica. Isto significa que a eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes.

Assim, as normas são válidas somente sob a condição de que a ordem total seja eficaz; as normas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas ou revogadas pela maneira prescrita pela Constituição, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Eficácia aí tem o sentido de que as condutas fáticas dos indivíduos amoldam-se ao prescrito pelas normas, seja pela obediência espontânea, seja pelo cumprimento pelo Estado das sanções previstas nas normas.

Ora, isto vem a dar no seguinte: a validade do direito depende fundamentalmente da eficácia da ordem jurídica, ou seja, da capacidade do poder constituído aplicar de forma eficaz as sanções contidas nas normas. Isto fica bem claro na seguinte passagem[54]:

> "O fenômeno da revolução demonstra de forma clara a significação da norma fundamental. *Suponha-se que um grupo de indivíduos tente*

[53] Introdução de Mario G. Losano à edição italiana de "O problema da justiça", *in* KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, p. XIX.

[54] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 123.

> *conquistar o poder pela força, a fim de depor o governo legítimo de um Estado até então monárquico e introduzir uma forma republicana de governo. Se forem bem-sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz, porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem - de um modo geral - em conformidade com a nova ordem, então essa ordem é considerada como uma ordem válida.* Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é interpretada como sendo lícita ou ilícita. Mas *isso significa que se pressupõe uma nova norma fundamental.* Não é mais a norma segundo a qual a velha constituição monárquica era válida, mas uma norma segundo a qual a nova constituição republicana é válida, uma norma que investe o governo revolucionário de poder legal." (destacamos)

Ora, ao afirmar categoricamente que a revolução vitoriosa altera a norma fundamental da ordem jurídica de forma a investir de poder legal e legítimo os revolucionários, Kelsen admite que *a tomada e o controle do aparelho repressivo estatal (um fato da ordem do ser) determina a interpretação da conduta dos indivíduos como lícita ou ilícita.* O que temos aí senão a tão esconjurada determinação do "dever ser" pelo "ser"?

Vejamos uma passagem das primeiras páginas da *Teoria Pura,* e posteriormente a submetamos a um teste de consistência frente à funcionalidade do princípio da eficácia e da natureza da norma fundamental[55]:

> "O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por si mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico. *O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo,* que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma." (destacamos)

O afirmado por Kelsen nestas primeiras páginas da *Teoria Pura* não se sustenta ao cabo da compreensão do papel do princípio da eficácia e da função da norma fundamental. Vejamos.

Figure-se o seguinte exemplo: Kelsen é chamado a determinado país nos dias em que lá eclode um golpe de Estado. Os revoltosos, liderados pelo Ministro do Exército, editam um Ato Institucional declarando que o Presidente da República cometeu crime de traição para com seu próprio povo, e convocam eleições constituintes. O Presidente da República encontra-se no interior do país, e conta com o apoio de aproximadamente metade das forças armadas, bem como da maioria do Congresso Nacional, já dissolvido pelas forças golpistas. Neste delicado momento político-institucional do país, é perguntado a Kelsen: o Ato Institucional dos revoltosos é um ato jurídico válido ou um ilícito? Sendo coerente com o princípio da eficácia e com a teoria da mudança da norma fundamental em momentos de revolução vitoriosa, Kelsen teria de responder que necessitaria de mais tempo para dar a resposta, pois a mesma variaria de acordo com a consolidação fática ou não da nova dominação dos revoltosos[56]:

> "*Se forem bem-sucedidos, se a velha ordem terminar e a nova ordem começar a ser eficaz,* porque os indivíduos cuja conduta a nova ordem regula efetivamente se conduzem - de um modo geral - em conformidade com a nova ordem, *então essa ordem é considerada como uma ordem válida. (...) Se os revolucionários fracassarem,* se a ordem que tentam estabelecer permanecer ineficaz, então, por outro lado, *seu empreendimento é interpretado não como um ato criador de Direito,* como um ato lícito, como o estabelecimento de uma constituição, *mas como um ato ilícito, como crime de traição,* e isso segundo a velha constituição monárquica e sua norma fundamental específica." (destacamos)

Ora, isto mostra bem que Kelsen irá interpretar o ato jurídico que proclama uma nova ordem constitucional *de olho nos fatos* que se desenrolarão na realidade do país, mais precisamente no fato de quem proclamou uma nova ordem constitucional apoderar-se ou não de forma eficaz do aparelho repressor do Estado. Mas isto se choca frontalmente com a premissa metodológica básica da *teoria pura* segundo a qual do ser não deriva o "dever ser", ou ainda segundo a qual o sentido jurídico específico de um fato da ordem do ser é dado por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo. O que ocorre em nosso exemplo é justamente o contrário, pois *Kelsen irá dizer se algo é ou não* "dever ser" *a partir da realidade da tomada física do aparelho estatal por determinados indivíduos.*

Assim, a norma fundamental e o princípio de eficácia tornam claríssimo que *a teoria pura não é tão pura assim.* A norma fundamental, conforme admite expressamente o próprio Kelsen, é "determinada por fatos"[57].

O exemplo do "bando de salteadores" é muito claro a indicar que a teoria pura faz derivar, em última análise, a validade de determinada norma de sua própria faticidade no mundo fenomênico: *é a eficácia coercitiva de uma ordem que em última instância a torna "jurídica" ou "válida".* Disto deriva a conclusão de que o comando de um bando de salteadores será "válido" ou "inválido" se este bando de salteadores for capaz de garantir a eficácia de suas pilhagens e de seus roubos.

Kelsen reconhece tal realidade sem qualquer cerimônia. Segundo ele, o comando de um salteador será tido por uma norma válida se pudermos pressupor uma norma fundamental por virtude da qual as pessoas devam conduzir-se de harmonia com o ordenamento dos salteadores. E o que torna a pressuposição

[55] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo : Martins Fontes, 1994, p. 4.

[56] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 123.

[57] *Idem, ibidem,* p. 124.

desta norma fundamental necessária é exatamente a verificação de que o bando de salteadores dispõe de um aparelho repressor globalmente eficaz, ainda que em um território delimitado. O decisivo será a força, a violência ou o poder intimidatório do bando *vis à vis* a força ou o poder intimidatório do grupo que àquele se oponha. Veja-se [58]:

> "Mas - e é esta a questão decisiva - por que é que não se pressupõe essa norma fundamental? *Ela não é pressuposta porque, ou melhor, se esse ordenamento [do bando] não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva.* Ele não tem claramente esta eficácia se as normas estatuidoras de sanções da ordem jurídica em cujo domínio territorial de validade se exerce a atividade do bando são aplicadas de fato a esta atividade enquanto ela constitui uma conduta contrária ao Direito e os componentes do bando são compulsoriamente privados da liberdade, ou mesmo da vida, por meio de atos que são interpretados como pena de privação de liberdade e pena de morte e, assim, se põe termo à atividade do bando - ou seja: quando *a ordem de coação reconhecida como ordem jurídica é mais eficaz do que a ordem de coação constitutiva do bando de salteadores.*
>
> *Se esta ordem de coação [do bando] é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como 'Estado', mesmo quando este desenvolva externamente - segundo o Direito internacional positivo - uma atividade criminosa.*" (destacamos)

Agora já está bem claro o seguinte: como para Kelsen o conceito de direito não pode conter qualquer resquício de *conteúdo*, sendo um conceito estritamente *formal* ou *instrumental*, e ao mesmo tempo o teórico de Viena pretende que sua teoria se aplique ao mundo concreto, a única saída é conceituar o *direito válido* como o *direito duradouramente eficaz.*

Os diversos jusnaturalistas, ao longo da história, afirmaram que determinada ordem social podia ser chamada de "direito" porque era "justa", dando à norma de justiça eleita um caráter de valor universal e absoluto. O que faz Kelsen em primeiro lugar é denunciar o valor somente relativo das normas de justiça. Em segundo lugar, Kelsen propõe que a ciência só pode tratar do "direito" se fechar os olhos para qualquer avaliação de seu conteúdo, abrindo assim o caminho para a formalização e instrumentalização total do direito. Sendo uma mera "forma vazia", o direito há de admitir qualquer conteúdo, desde que tal conteúdo seja eficaz, ou seja, desde que o comportamento efetivo dos indivíduos corresponda globalmente ao prescrito pelas normas.

Através do princípio da eficácia e da norma fundamental, Kelsen consegue colocar a ciência do direito numa posição realmente bastante segura. Em primeiro lugar, cabe emitir um juízo de realidade ou um juízo de fato quanto à seguinte questão: a norma jurídica (cujo conteúdo é totalmente abstraído) que se toma

[58] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo : Martins Fontes, 1994, p. 53.

como objeto de estudo insere-se num ordenamento globalmente eficaz, ou seja, o aparelho repressivo estatal que aplica as sanções previstas pelo ordenamento é capaz de gerar uma situação fática (conduta dos indivíduos) de relativa aceitação/cumprimento dos valores consubstanciados nas normas?

Se a resposta é afirmativa, o que era um fato nu e cru (a dominação, o poder) passa a ser uma complexa pirâmide normativa disposta hierarquicamente, cujas relações são todas informadas pela lógica sofisticada do dever ser *(sollen)* kantiano. Por tudo isto, temos de discordar vivamente de Kelsen quando este autor afirma que sua teoria admite uma tensão entre o dever ser e o ser[59]:

> "Por conseguinte, uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela, pelo menos em certo grau. A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, da sua concordância com a realidade, da sua 'eficácia'. *A relação que existe entre a validade e a eficácia de uma norma jurídica - por assim dizer, a tensão entre o 'dever-ser' e o 'ser' - pode ser determinada apenas por um limite superior e inferior.*" (destacamos)

Em verdade não há tensão alguma, pois a validade está em total submissão à eficácia, e além do mais Kelsen não permite que a validade se deixe "contaminar" por qualquer conteúdo, sendo mera forma vazia.

Em certa passagem de sua Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen diz que seria um erro identificar a validade do direito com sua eficácia, descrevendo o direito por meio de enunciados do ser, e não por enunciados do dever ser. Kelsen realmente descreve o direito, em noventa por cento de sua teoria (da Constituição às normas individuais de aplicação do direito), por enunciados do dever-ser. Mas nos dez por cento fundamentais (a norma fundamental é a explicação final da validade de todo o ordenamento) Kelsen em verdade descreve o direito por *enunciados do ser.*

Nossa conclusão é que Kelsen nos tira de um idealismo ingênuo (doutrina dos jusnaturalistas) que identificava o direito com valores tidos por absolutos, para nos lançar num mundo de formas vazias, em que o direito, sob o verniz do normativismo lógico, é um instrumento servil à espera de que se lhe ponha a funcionar o poder do mais forte.

1.3.3 Kelsen e seu estudo sobre a democracia

Kelsen na *Teoria Pura do Direito* e na *Teoria das Normas* é um autor extremamente formalista, interessado tão-somente em resolver problemas bem delimitados pelas restrições epistemológicas de seu positivismo lógico.

Entretanto, em seu belo estudo sobre a democracia, constata-se o interesse do autor por outros temas filosóficos, antropológicos e sociológicos, notadamente a questão dos valores.

Em nossa opinião, tais interesses, apesar de na aparência se distanciarem de sua *Teoria Pura do Direito,* com ela se relacionam estreitamente. Com efeito, o caráter polêmico da *Teoria Pura* é sem dúvida alguma seu viés epistemológico positivista, e sua visão extremamente limitada do papel da ciência do direito.

[59] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 125.

Tal crítica foi por nós formulada acima, podendo ser resumida no caráter decepcionante da afirmação de que se a ordem jurídica é eficaz, a ciência do direito esgota o seu papel ao descrever essa ordem.

Com efeito, a brilhante crítica do pensamento kelseniano levada a cabo pela Professora Elza Maria Miranda Afonso assim se manifestou[60]:

> "Para uma ciência que se reduz a uma atividade descritiva, não importa que o sistema jurídico seja apenas uma ordem de terror, uma ordem que atenta contra a dignidade e a decência humanas. A ciência tem o papel de descrever a ordem válida, isto é, existente e eficaz. *Ainda que os homens submetidos a essa ordem jurídica sejam brutalizados e aniquilados pelos conteúdos valorativos que essa ordem acolhe, a ciência do direito não pode assumir qualquer função crítica perante esses conteúdos.* (...) O jurista não pode assumir qualquer papel crítico. Haverá, quando muito, uma separação de papéis entre aquele que compete ao jurista enquanto cientista do direito e aquele que lhe compete enquanto membro da sociedade." (destacamos)

E prossegue aquela autora, de forma candente[61]:

> "Essa é a mais dramática, grave e incongruente conseqüência de se reduzir a ciência do direito a uma atividade descritiva e de se reduzir o seu papel a uma função unicamente enunciativa.
>
> A ciência do direito não teria nenhuma função na conquista do aprimoramento das instituições jurídicas. Não teria o mínimo compromisso com o progresso do conhecimento jurídico."

Com efeito, a Teoria Pura de Kelsen anula a tensão entre facticidade e validade do direito, pois toma a segunda totalmente dependente da primeira, através do princípio da eficácia, estreitamente relacionado à escolha da norma fundamental pelo jurista.

A Teoria Pura sustenta textualmente que a ordem de um bando de ladrões para que se lhes entregue a bolsa será válida ou não conforme tal bando seja eficaz ou não no estabelecimento de um sistema repressor que gere um razoável grau de aceitação/obediência por parte da população de determinado território. Isto, além de negar por completo os pressupostos metodológicos da Teoria Pura, pois o dever-ser é derivado claramente do ser, coloca a ciência do direito numa posição de ratificar e dar foros de legitimidade (ainda que não de justiça) a qualquer dominação, seja ela a mais cruel e sanguinária.

Mario Losano, em sua brilhante introdução ao ensaio kelseniano acerca do "Problema da Justiça", lembrou que Kelsen sempre foi consciente desta aporia de sua teoria pura, e transcreveu uma manifestação de Kelsen que cremos extremamente significativa[62]:

> "No entanto, respondendo aos seus adversários quase quarenta anos antes, Kelsen apontara sem hesitar para as colunas de Hércules de toda a teoria jurídica, a fronteira extrema do direito, além da qual se abre um mundo diferente: '*O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará - temo - não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.*'" (destacamos)

[60] AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen.* Fac. de Direito da UFMG, 1984, p. 267.

[61] *Idem, ibidem,* p. 268.

[62] KELSEN, Hans. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993, p. XX.

Interpretamos esta passagem de Kelsen, encontrada por Losano num texto do autor vienense de 1927, da seguinte forma: a teoria pura do direito levantou o véu, manteve os olhos abertos e encontrou os olhar esbugalhado da Górgona do poder. E o que aconteceu em seguida foi a petrificação (como na mitologia) da *teoria pura* frente ao poder. A *teoria pura* recusou-se a ir mais além. Sim, a teoria pura convida o jurista a operar prodígios lógico-normativos, percorrendo em ida e volta, com uma elegância sem par, o caminho da Constituição até as normas individuais exaradas pelos tribunais. Mas se o jurista repara bem que a "pressuposição" da norma fundamental é na verdade "determinada por fatos", e que tal norma fundamental deve ser "revista" sempre que os fatos indicam que o poder passou das mãos de uns para as mãos de outros, então o encanto se quebra.

Poucos juristas sentir-se-iam confortáveis ao perceberem quão frágil são os sustentáculos da Teoria Pura, e temos para nós que nem o próprio Kelsen sentiu-se confortável, e por isso foi por assim dizer aguilhoado a escrever sobre a democracia. Escrevendo sobre a democracia da forma como fez, Kelsen deixou claro que ele próprio não quis ter o mesmo destino da Teoria Pura: tornar-se pedra ao encontrar o olhar esbugalhado da Górgona do Poder.

Com efeito, em sua obra sobre a Democracia, a conclusão de Kelsen é de que *a forma democrática de governo é a quintessência do relativismo filosófico,* sendo que transparece uma nítida e confessada preferência do teórico pela democracia, em comparação com formas autocráticas como o nazi-fascismo e o stalinismo. Kelsen viu, pois, no estudo da democracia, uma excelente oportunidade de esclarecer melhor as relações entre a metafísica e o absolutismo político, e as relações entre o relativismo racionalista e a democracia. Com efeito, Kelsen explicita que, sob a crença da existência de realidade e valores absolutos, a democracia como método político é um completo *nonsense*[63]:

> "Foi um discípulo de Hegel que, na luta contra o movimento democrático na Alemanha durante o século XIX, formulou as palavras de ordem: Autoridade, não maioria! E, de fato, *quando se acredita na existência do absoluto e, conseqüentemente, em valores absolutos, no bem absoluto* - para usarmos a terminologia de Platão -, *não será absurdo permitir que um voto majoritário decida o que é politicamente bom? Legislar,* e isso significa determinar o conteúdo de uma ordem social, *não de acordo com o que, objetivamente, é o melhor para os indivíduos sujeitos a essa ordem, mas de acordo como o que esses indivíduos, ou sua maior parte, correta ou incorretamente acreditam ser o melhor* - essa conseqüência dos princípios democráticos de liberdade e igualdade *só é justificável se não houver uma resposta absoluta à pergunta sobre o que é melhor, se não existir algo como um bem absoluto.*" (destacamos)

[63] KELSEN, Hans. *A Democracia.* São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 202.

Assim, Kelsen encontrou no estudo da democracia um terreno extremamente propício para assumir um claro posicionamento axiológico, o qual se mostrava totalmente ausente em sua petrificada *Teoria Pura do Direito*. Examinando mais de perto tal posicionamento axiológico de Kelsen, dois aspectos devem ser abordados.

O primeiro é o de que, apesar de ser eminentemente instrumental, um simples método de criação da ordem jurídica, a democracia na concepção kelseniana não é absolutamente alheia a valores. Isto fica claramente subentendido quando Kelsen declara que é da essência da democracia a tolerância, a publicidade e a responsabilidade do governante pelos seus atos, a garantia do direito de a minoria transformar-se a qualquer tempo na maioria, o respeito à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à liberdade da ciência.

Kelsen assume explicitamente o conteúdo axiológico de sua concepção de democracia no seguinte excerto[64]:

> "*Se, no entanto, a democracia é fundamentalmente uma forma de Estado ou de governo, é preciso ter em mente que o antagonismo entre forma e substância, ou entre forma e conteúdo, é apenas relativo e que, de um determinado ponto de vista, a mesma coisa pode aparecer como forma e, de outro, como substância ou como conteúdo.* Não há, em particular, nenhum princípio objetivo que estabeleça uma diferença entre o valor de uma e de outra. Em alguns aspectos a forma pode ter mais importância, e, em outros, o conteúdo ou a substância. *O argumento do 'formalismo', freqüentemente usado com o objetivo de desacreditar uma certa corrente de pensamento, e, sobretudo, um esquema político, é sobretudo um expediente cuja finalidade é ocultar um interesse antagônico que constitui o verdadeiro motivo da oposição.*" (destacamos)

Por outro lado, e em segundo lugar, do fato de ter assumido uma postura axiológica não deriva que Kelsen tenha defendido em sua obra uma determinada corrente ideológica, como o liberalismo econômico ou o socialismo. De fato, Kelsen reserva toda uma parte de sua obra para negar qualquer relação de coincidência entre democracia e capitalismo (afirmada pelos liberais) e entre democracia e socialismo (afirmada pelos socialistas). A conclusão de Kelsen é de que nem o capitalismo nem o socialismo estão essencialmente relacionados com a democracia, sendo que tanto um quanto o outro podem ser estabelecidos num sistema autocrático ou democrático, não existindo relação necessária entre o regime político e um sistema econômico definido[65].

Sendo um adepto confesso do relativismo filosófico, Kelsen elege a democracia como a melhor forma de governo. Mas isto não significa que Kelsen tenha se proposto a justificar a democracia em termos absolutos, a provar cientificamente que a democracia é melhor que outras formas de governo. Se partirmos do pressuposto de que os valores da liberdade e igualdade dos indivíduos devem ser postos em prática, então o método democrático impõe-se como o mais apropriado. Se partirmos do pressuposto de que o poderio da nação frente às outras é o valor fundamental, certamente a autocracia será mais apropriada.

[64] *Idem, ibidem*, p. 145.
[65] *Idem, ibidem*, p. 254.

Do exposto, conclui-se que na obra de Kelsen há uma *justificação problemática da democracia,* na medida em que a democracia é defendida se os valores da liberdade e igualdade tiverem sua concretização querida pela sociedade. A tal justificação problemática, que segundo o próprio Kelsen está implícita em uma teoria meramente científica do positivismo jurídico e político, contrapõe-se segundo o próprio Kelsen uma justificação teológica da democracia, segundo a qual o valor da democracia estaria nas próprias escrituras sagradas do cristianismo, conforme sustentam alguns pensadores católicos.

A grande diferença entre estas duas justificações da democracia é que a justificação kelseniana concebe a escolha sobre o valor social fundamental como uma tarefa dos indivíduos atuantes na realidade política, enquanto a doutrina cristã procura transferir tal responsabilidade da consciência do ser humano concreto "para uma autoridade extrínseca com competência para dizer-lhes o que é certo e o que é errado, (...) em busca de uma justificação incondicional em cujos termos anseiam por apaziguar sua consciência"[66].

Assim, não se pode dizer que o Kelsen teórico da democracia "não se importa" se a ordem jurídica é uma ordem de terror ou um Estado Democrático (a Teoria Pura sim, não se importa). Ainda que faça uma justificação da democracia tida por ele mesmo como "condicional" ou "problemática", Kelsen faz afirmações que não deixam dúvidas sobre seu posicionamento, principalmente quando relaciona a democracia com a paz social[67]:

> "Se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser *a democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz.*" (destacamos)

O estudo sobre a democracia examina e critica por todo o tempo os valores contidos na ordem jurídica: o valor da proteção à propriedade privada individual, o valor da livre concorrência econômica, o valor da liberdade religiosa, da liberdade de imprensa etc.

Apesar de não se dispor a servir a nenhuma ideologia em particular (liberal-capitalista, socialista, fascista, social-cristã), Kelsen não deixa dúvidas no sentido de que a democracia é o regime político que vai ao encontro da tendência do ser humano de querer obedecer somente a si próprio, e a crença na igualdade, na liberdade e na fraternidade torna a sociedade mais propensa à estabilidade e à paz social.

1.4 A Teoria da Justiça de John Rawls

Em 1971, John Rawls publicou sua obra *A theory of justice*. Neste livro, Rawls reúne os frutos de várias décadas de pesquisa sobre o tema da justiça, e propõe um modelo em função do qual possamos classificar como mais ou menos justa a estrutura básica de determinada sociedade contemporânea.

Não é nosso objetivo, para os fins da presente dissertação, submeter a um aprofundado exame crítico a complexa teoria da justiça do renomado Professor

[66] *Idem, ibidem*, p. 206.
[67] KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 78.

de Harvard. O que pretendemos fazer é uma apresentação das linhas fundamentais de seu pensamento, de modo a cumprir o seguinte objetivo: demonstrar a segura superação, pela doutrina jusfilosófica contemporânea, do ceticismo kelseniano acerca da viabilidade da construção racional de um conceito de justiça, conceito este que constituirá um critério eficaz para avaliar não uma norma de justiça isolada (como fizeram Kelsen e Perelman em seus estudos), mas a estrutura básica de uma dada comunidade.

1.4.1 Síntese da teoria da justiça de John Rawls[68]

- Introdução

A sociedade é vista por Rawls como uma associação mais ou menos autosuficiente de indivíduos que em seu relacionamento reconhecem regras de conduta como obrigatórias, as quais são na maioria das vezes obedecidas. Tais regras de conduta, supõe Rawls, especificam um sistema de cooperação social concebido para realizar o bem comum das pessoas que compõem a sociedade.

Neste quadro, a sociedade caracteriza-se por um conflito, bem como por uma identidade de interesses entre os indivíduos. A identidade de interesses a explica Rawls pelo fato de que a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor do que teriam se cada indivíduo vivesse isoladamente. O conflito de interesses existe e sempre existirá porque os indivíduos discordam, pelos mais variados motivos, quanto aos modos de repartição dos benefícios e dos ônus gerados pela existência da sociedade. Com efeito, cada indivíduo prefere, para atingir os objetivos a que almeja, uma parcela maior dos benefícios do que uma parcela menor.

É precisamente neste ponto que desempenham o seu papel os "princípios da justiça social"[69]:

> "A set of principles is required for choosing among the various social arrangements which determine this division of advantages and for underwriting an agreement on the proper distributive shares. These principles are *the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation.*" (destacamos)

Assim, Rawls postula que uma concepção pública de justiça, que contenha elementos comuns conscientemente acordados entre indivíduos com diferentes

68 Ricardo Lobo Torres procedeu a uma resenha da Teoria da Justiça de John Rawls na *Revista de Direito Tributário* nº 70 (São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 27-39). Segundo Lobo Torres, a obra de Rawls representou um novo alento às teorias da justiça social, desacreditadas no período anterior à década de 70. Observa com razão Ricardo Lobo Torres que as discussões em torno da justiça social projetam-se freqüentemente na temática da igualdade, motivando a disputa entre os que propõem que a igualdade justa é a igualdade de oportunidades e os que propõem que a igualdade justa é a igualdade de resultados. Pode-se dizer que Rawls é adepto da igualdade de oportunidades, mas da igualdade "eqüitativa" de oportunidades, no sentido que explicitaremos na ocasião própria. No caso de Dworkin, este autor proporá uma "igualdade de recursos" em detrimento da teoria utilitarista da igualdade de bem-estar. Conforme se verá, a igualdade de recursos de Dworkin é bem próxima à igualdade eqüitativa de oportunidades de Rawls.

69 RAWLS, John. *A theory of justice*. Twenty-second printing. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1997, p. 4.

idéias de Bem e diversas concepções concretas de justiça, é responsável por estabelecer os vínculos da convivência cívica. Tal convivência é pois ameaçada se não há um grau mínimo de acordo entre as concepções concretas de justiça de cada indivíduo, e também se a ordem social apresenta problemas de coordenação, eficiência e estabilidade.

Rawls propõe com sua teoria *dois princípios de justiça social.* Em primeiro lugar, cabe mencionar que tais princípios devem ter por objeto não todas as relações sociais e individuais, mas tão-somente a estrutura básica da sociedade, ou seja, o sistema pelo qual as principais instituições distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social[70]:

> "By major institutions I understand *the political constitution and the principal economic and social arrangements.* Thus the legal protection of freedom of thought and liberty of conscience, competitive markets, private property in the means of production, and the monogamous family are examples of major social institutions." (destacamos)

Rawls observa que tais instituições constituem *o objeto primário da justiça,* pois elas estão presentes na vida dos indivíduos desde o início até o fim, influenciando fortemente a concepção e a realização de seus projetos de vida. Dentre as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade, com certeza o ponto que mais interessa a Rawls para fins de aplicação de seus princípios de justiça social é a questão dos diferentes pontos de partida ("starting places") que a natureza e a ordem econômico-social oferecem aos indivíduos, segundo fatores moralmente arbitrários, pois desvinculados de quaisquer méritos dos próprios indivíduos.

Vê-se, desde já, que os princípios de justiça social têm uma clara conotação "substancial", e não meramente "formal", na teoria de Rawls. Desde o início de sua obra, o autor é bem claro em afirmar que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos, bem como na existência real de igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos extratos da comunidade.

- A origem contratualista da teoria de Rawls

John Rawls tem como objetivo apresentar uma concepção de justiça antiutilitarista que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração a tradicional *teoria do contrato social* tal como se encontra em Locke, Rousseau e Kant.

Entretanto, o contrato original imaginado por Rawls não é o que simplesmente inaugura a sociedade civil ou ainda define uma forma de governo em particular. Na doutrina de Rawls, os princípios de justiça social aplicáveis à estrutura básica da sociedade é que serão o objeto mesmo do contrato original. Aqui entra em cena o conceito de "justiça como eqüidade", que caracteriza ao mesmo tempo a origem, a natureza e a função dos princípios de justiça propostos por Rawls. Sobre tais princípios afirma o autor[71]:

> "They are the *principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equa-*

70 *Idem, ibidem*, p. 7.

71 *Idem, ibidem*, p. 11.

lity as defining the fundamental terms of their association. These principles are to regulate all further agreements; they specify the kinds of social cooperation that can be established. This way of regarding the principles of justice I shall call *justice as fairness.*" (destacamos)

O raciocínio em suma é o seguinte: em ordem a justificar, de um ponto de vista racional, a propriedade dos princípios de justiça social que serão por ele propostos, Rawls procurará demonstrar que tais princípios seriam exatamente os escolhidos pela unanimidade dos indivíduos nas condições específicas de uma posição original ("original position").

Sobre tal posição original, é necessário esclarecer o seguinte: trata-se de uma situação hipotética e não real ou historicamente determinada; tal situação hipotética é um expediente teórico que tem a importante função de justificar racionalmente a escolha de determinados princípios de justiça; as características de tal *"original position"* são concebidas de forma a legitimar a escolha de determinados princípios de justiça: na posição original os indivíduos não sabem que posição econômica ou *status* social ocuparão na sociedade, ignoram seus dotes ou habilidades físico-mentais, como a inteligência, a força etc., e também desconhecem suas propensões psicológicas e suas idéias próprias do Bem.

Por força de tais restrições próprias da posição original, Rawls afirma que os indivíduos escolheriam os princípios de justiça por detrás de um véu de ignorância ("behind a veil of ignorance"). Trata-se de um expediente útil à demonstração da justiça de seus princípios, pois[72].

> "This ensures that *no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circunstances.* Since all are similarly situated and *no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain.* For given the circunstances of the original position, the symmetry of everyone's relations to each other, *this initial situation is fair between individuals as moral persons, that is, as rational beings with their own ends and capable, I shall assume, of a sense of justice.*" (destacamos)

A justiça como eqüidade (significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita eqüidade entre os indivíduos) tem seu início, pois, na escolha dos princípios da justiça social, que são bastante genéricos e correspondem aos *"standards"* que devem regular as críticas e posteriores reformas das instituições. Num grau de crescente concretização, os indivíduos definem, seguindo o *"standard"* dos princípios de justiça, as bases da constituição política, da legislação ordinária e das instituições em geral.

Assim, a idéia fundamental é que, quando as instituições sociais e a legislação esparsa satisfazem em certa medida os *standards* dos princípios de justiça, pode-se afirmar que os indivíduos cooperam entre si nos termos com os quais concordariam numa situação hipotética de total eqüidade, fornecendo-se deste modo as bases para a aceitação pública dos correspondentes princípios de justiça.

[72] *Idem, ibidem,* p. 12.

O expediente da posição original tem realmente um importante papel argumentativo. Por exemplo. Seria passível de defesa um princípio de justiça social que determinasse que as liberdades fundamentais fossem asseguradas somente aos indivíduos com renda superior a R$ 50.000? A teoria de Rawls afirma categoricamente que tal princípio de justiça social não passaria no "teste" da posição original. Os indivíduos presentes na posição original não sabem qual será sua posição na sociedade, nem suas habilidades naturais, e assim certamente, pensando em seus próprios interesses, não dariam seu acordo para a aprovação deste princípio. Daí se explicam as necessárias restrições (que conformam o "véu de ignorância") aplicáveis à posição original.

1.4.2 Os dois princípios de justiça propostos pela teoria de Rawls

Conforme Rawls pretende demonstrar em sua obra, os indivíduos na posição original escolheriam dois princípios de justiça.

Estes dois princípios estabelecem em suma o seguinte: por um lado, é exigida uma igualdade radical na atribuição entre os indivíduos de direitos e deveres básicos ou fundamentais (primeiro princípio); por outro lado, considera-se que as desigualdades socioeconômicas entre os indivíduos somente são justas se for garantida uma igualdade eqüitativa de oportunidades, e as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, em especial para os menos favorecidos da sociedade, ou seja, não há injustiça nos maiores benefícios de alguns somente se a situação dos menos afortunados também melhorar com tal desigualdade (segundo princípio).

Na verdade, estes princípios partem de uma idéia mais geral segundo a qual todos os valores sociais - liberdades básicas, oportunidades, renda, riqueza, bases sociais da auto-estima individual - devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos estes valores traga vantagens para todos.

Segundo Rawls, estes princípios são os apropriados se partirmos da posição ética segundo a qual ninguém pode ser considerado "melhor" moralmente por ter nascido com dotes físico-mentais aprimorados ou ainda por ter encontrado para si uma posição social privilegiada ("starting place"). Além disso, os dois princípios constroem as bases para uma cooperação voluntária de todos os indivíduos (mais afortunados e menos afortunados) voltada para o atingimento do bem comum[73]:

> "The intuitive idea is that since everyone's well-being depends upon a scheme of cooperation without which no one could have a satisfactory life, *the divisions of advantages should be such as to draw forth the willing cooperation of everyone taking part in it, including those less well situated. Yet this can be expected only if reasonable terms are proposed. The two principles mentioned seem to be a fair agreement on the basis of which those better endowed, or more fortunate in their social position, neither of which we can be said to deserve, could expect the willing cooperation of others when some workable scheme is a necessary condition of the welfare of all. Once we decide to look for a conception of justice that nullifies the accidents of natural endowment and the contingencies of social circunstance as*

[73] *Idem, ibidem,* p. 15.

counters in quest for political and economic advantage, we are led to these principles. They express the result of leaving aside those aspects of the social world that seem arbitrary from a moral point of view." (destacamos)

Estes princípios são defendidos por Rawls como uma resposta à teoria utilitarista da justiça, que segundo Rawls predominou nos últimos séculos no pensamento anglo-saxão. Segundo a visão utilitarista da justiça, a sociedade está ordenada de forma justa quando suas instituições mais importantes estão reguladas de forma a conseguir-se o maior saldo líquido de satisfação (utilidade) obtido pela soma das participações individuais de todos os seus membros. Na doutrina social do utilitarismo, o princípio da escolha para uma associação de seres humanos é interpretado como uma mera extensão do princípio da escolha para um único homem.

Conforme comenta Rawls[74], o utilitarismo conforma uma *teoria teleológica da justiça,* que define o Bem independentemente do Justo, e define o Justo como aquilo que maximiza o Bem. No utilitarismo, o Bem é tomado como a satisfação do desejo racional do indivíduo, decorrendo pois que os termos justos da cooperação social são aqueles que consigam obter o máximo grau de satisfação dos desejos racionais dos indivíduos.

O problema é que esta formulação, à primeira vista atraente, leva a situações que atentam contra o intuitivo conceito de justiça do senso comum. Rawls observa que para o utilitarismo não importa, a não ser indiretamente, o modo como a soma de satisfações se distribui entre os indivíduos, como também não importa, a não ser indiretamente, como um indivíduo isolado distribui suas satisfações ao longo do tempo - o que importa em ambos os casos é a maximização global[75]:

"Thus *there is no reason in principle why the greater gains of some should not compensate for the lesser losses of others; or more importantly, why the violation of liberty of a few might not be made right by the greater good shared by many.* It simply happens that under most conditions, at least in a reasonably advanced stage of civilization, the greatest sum of advantages is not attained in this way. No doubt the strictness of common sense precepts of justice has a certain usefulness in limiting men's propensities to injustice and to socially injurious actions, but the utilitarian believes that to affirm this strictness as a first principle or morals is a mistake. For *just as it is rational for one man to maximize the fulfillment of his system of desires, it is right for a society to maximize the net balance of satisfaction taken over all of its members.*" (destacamos)

Rawls é um dos filósofos que distingue, por uma questão de princípio, as exigências da liberdade e dos direitos fundamentais das exigências do bem-estar social, dando às primeiras uma nítida prioridade. Isto o leva a negar que a perda da liberdade ou de um direito fundamental por parte de alguns possa se justificar pelo maior bem-estar de outros: "the reasoning which balances the gains and the losses of different persons as if they were one person is excluded"[76].

[74] *Idem, ibidem,* pp. 23-27.
[75] *Idem, ibidem,* p. 26.
[76] *Idem, ibidem,* p. 28.

Assim, na justiça como eqüidade ("justice as fairness") os direitos fundamentais são tomados como invioláveis e não podem estar sujeitos à negociação política ou se tornar moeda corrente nos cálculos dos interesses do bem-estar social.

É exatamente por isso que Rawls estabelece a *regra de prioridade* entre os dois princípios de justiça propostos. Com efeito, os princípios acima mencionados estão dispostos em ordem serial, o primeiro antecedendo o segundo. Tal disposição indica que não é admitida qualquer violação dos direitos e liberdades básicos e iguais sob a justificativa de compensação com maiores vantagens econômicas ou sociais. As liberdades do primeiro princípio têm um âmbito central de aplicação e somente podem ser restringidas ou limitadas quando entram em conflito umas com as outras, o que demonstra que, posto serem centrais, não são absolutas, admitindo um balanceamento quando entram em choque entre si.

1.4.3 O primeiro princípio de justiça social

O primeiro princípio de justiça social proposto na teoria de Rawls tem o seguinte enunciado: "cada pessoa deve ter direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades básicas para todas as outras pessoas".

Este primeiro princípio se aplica às instituições sociais que definem e asseguram liberdades básicas aos cidadãos. As liberdades básicas do cidadão na teoria de Rawls são, *grosso modo,* as liberdades políticas (o direito de votar e o direito de ser eleito para um cargo público, por exemplo), as liberdades de pensamento, consciência e de expressão, a liberdade de reunião e assembléia, a liberdade individual de não ter agredida a integridade física e/ou moral, a liberdade de possuir propriedade privada (individual e não necessariamente dos meios de produção), e a proteção individual contra a privação arbitrária da liberdade de ir e vir tal como definida no devido processo legal.

Todas estas liberdades e garantias fundamentais devem ser distribuídas de forma igualitária entre os indivíduos, pois os indivíduos de uma sociedade justa não podem se sujeitar a uma divisão desigual quanto aos direitos fundamentais. Como conseqüência, estes bens sociais primários devem ser divididos de forma que o que for distribuído a um indivíduo seja compatível com uma igual distribuição cabível a todos os demais.

1.4.4 Liberdade igual

O primeiro princípio da liberdade igual conforma o padrão primário para definir-se o conteúdo da constituição política de uma sociedade. *Enquanto o segundo princípio tem como objeto imediato a legislação ordinária e as políticas socioeconômicas, o primeiro princípio atua mais diretamente na própria definição das bases da Constituição política.* Os requisitos do primeiro princípio são os de que as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e distribuídas de forma igual, e que *o processo político como um todo seja um procedimento que assegure igual participação política dos cidadãos.*

Para Rawls, as pessoas têm liberdade para fazer algo quando estão livres de certas restrições legais e constitucionais, e quando sua esfera de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas. Assim, um conjunto bastante

intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular[77].

Referimo-nos acima às liberdades básicas abrangidas pelo primeiro princípio de justiça. Estas liberdades não devem ser avaliadas de forma isolada, mas de forma interligada, para que conformem um sistema único, sendo que *o valor de uma determinada liberdade (liberdade política) quase sempre está ligado fortemente à especificação de outras liberdades básicas (liberdade de pensamento, por exemplo)*. Isto também indica a possibilidade de uma liberdade básica ser restringida em função de outra, a fim de atingir-se uma melhor configuração do todo. Ou seja, seria uma agressão ao primeiro princípio que determinada classe de cidadãos tivesse mais liberdade do que os outros, ou ainda que determinada liberdade básica tivesse uma extensão menor do que poderia ter. Todavia, é necessário fazer na Constituição balanceamentos entre liberdades fundamentais específicas[78]:

> "When lexical order holds, *a basic liberty covered by the first principle can be limited only for the sake of liberty itself, that is, only to insure that the same liberty or a different basic liberty is properly protected and to adjust the one system of liberty in the best way.* The adjustment of the complete scheme of liberty depends solely upon the definition and extent of the particular liberties. Of course, this scheme is always to be assessed from the standpoint of the representative equal citizen. From the perspective of constitutional convention or the legislative stage (as appropriate) we are to ask which system it would be rational for him to prefer." (destacamos)

A liberdade igual e a mais ampla possível de pensamento, de consciência e de professar uma religião decorre das próprias condições específicas da posição original. Nesta, os indivíduos não sabem se suas convicções morais e religiosas serão parte da maioria ou da minoria, e assim não podem correr riscos estabelecendo um princípio de justiça que limite tais liberdades. Mas mesmo que os indivíduos resolvessem assumir tal risco, a definição de restrições a tais liberdades indicaria que não seriam levadas a sério as convicções morais e religiosas.

Assim, o dever do Estado (associação de cidadãos livres e iguais) que seria definido na posição original seria simplesmente o de garantir as condições de igual liberdade religiosa ou moral. Agora, é de se admitir também que os cidadãos na posição original escolheriam um princípio segundo o qual pode haver limitações à liberdade de consciência e religiosa sempre que se demonstrar a existência de suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública que o governo deve manter. Ressalte-se todavia que tais suposições devem basear-se em evidências e formas de raciocínio aceitáveis para todos[79].

A conclusão é que o primeiro princípio de justiça determina que as partes, na convenção constituinte, conformem uma constituição que garanta uma igual liberdade de consciência regulada unicamente por tipos de argumentos geralmente aceitos, e que seja limitada somente quando tais argumentos apontem para uma

[77] *Idem, ibidem*, p. 202.
[78] *Idem, ibidem*, p. 204.
[79] *Idem, ibidem*, p. 213.

interferência razoavelmente certa e segura nos próprios fundamentos da ordem pública, de forma a que a liberdade seja regida pelas condições necessárias da própria liberdade[80].

Fazendo isto, muitos motivos de intolerância política, moral e religiosa de épocas passadas são afastados. Pois quando a liberdade é passível de ser restringida em função da ordem pública somente mediante uma argumentação aceitável, é sempre possível argumentar-se que os limites teriam sido estabelecidos incorretamente, que os fatos demonstrariam a desnecessidade da restrição. Mas quando a eliminação da liberdade se baseia em argumentos teológicos ou questões de fé (dogmas), nenhuma argumentação mostrar-se-ia possível, que faz Rawls afirmar que "the one view recognizes the priority of principles which would be chosen in the original position whereas the other does not"[81].

É necessário deixar bem claro dois aspectos em relação ao primeiro princípio. Em primeiro lugar, ele tem prioridade sobre o segundo, e assim os dois princípios devem ser compreendidos em ordem serial, ou segundo o princípio da prioridade das liberdades. Este princípio impede que uma liberdade básica seja restringida ou tornada desigual entre os indivíduos sob a justificativa de maiores benefícios econômicos ou sociais para determinada parcela das pessoas, ou mesmo a totalidade.

A idéia-força é que a liberdade somente pode ser limitada em nome da própria liberdade, e isto pode ocorrer em dois casos.

O primeiro caso é o de que determinada liberdade seja restringida ou limitada. Nesta situação, uma vez que não há desigualdade entre as pessoas, mas sim uma liberdade menos ampla para todos, esta restrição deve ser avaliada da perspectiva do cidadão representativo igual e do princípio do interesse comum. Como as liberdades básicas devem ser vistas como conformadoras de um único sistema, não é incompatível com o primeiro princípio que, por exemplo, a liberdade de manifestação ou assembléia seja em certa medida restrita para que a ordem pública não seja comprometida, ou o princípio da regra da maioria (aspecto da liberdade política) ser restrito pelas declarações de direito e pelo "judicial review". Todavia, exige-se que a lógica que guia a restrição seja a da argumentação razoável e sobre fatos concretos, admitindo-se a contra-argumentação racional, e não a lógica baseada sobre dogmas de fé e princípio de autoridade, perante o qual nenhuma argumentação racional mostrar-se-ia possível.

Mas além do caso da liberdade menos ampla (mas ainda assim igual), há o caso da liberdade básica desigual. Nestas situações, alguns cidadãos têm votos com maior peso do que o dos outros, ou alguns cidadãos têm um *status* de pessoa inferiorizado ou mesmo negado. Tais discrepâncias são totalmente repelidas pelo primeiro princípio, a menos que a existência dessa discrepância ocorra num contexto muito particular. Como exemplifica Rawls, podem ocorrer casos em que a escravidão (situação patente de desigualdade repelida pelo primeiro princípio) seja melhor do que a prática corrente, e a desigualdade seja vista como um avanço provisório em direção a uma sociedade igualitária. De todo modo, a situação deve ser avaliada sempre do ponto de vista das pessoas desfavorecidas pela desigualdade. Eis a exemplificação de Rawls[82]:

[80] *Idem, ibidem*, p. 215.
[81] *Idem, ibidem*, p. 216.
[82] *Idem, ibidem*, p. 248.

> "It may be reasonable to forgo part of these freedoms when the long-run benefits are great enough to transform a less fortunate society into one where the equal liberties can be fully enjoyed. (...) There may be transition cases where enslavement is better than current practice. For example, suppose that city-states that previously have not taken prisoners of wars but have always put captives to death agree by treaty to hold prisoners as slaves instead. Although we cannot allow the institution of slavery on the grounds that the greater gains of some outweight the losses to others, it may be that under these conditions, since all run the risk of capture in war, this form of slavery is less unjust than present custom."

1.4.5 Constituição e justiça política: o direito à igual participação eqüitativa

Neste ponto vem à tona o caráter verdadeiramente substancial da teoria de Rawls. Do que foi até aqui apresentado sobre o primeiro princípio, poderia parecer que sua teoria da justiça se destinaria simplesmente a reconstruir filosoficamente as liberdades individuais básicas do liberalismo burguês. Todavia, ao tratar do direito à *igual participação política dos cidadãos na condução da coisa pública,* o que Rawls mais sublinha é exatamente a imprestabilidade da concepção formal dos direitos políticos, os quais se constituem numa farsa de democracia quando tomados em sua dimensão tradicional: sufrágio universal, cargos políticos abertos a todos, partidos políticos etc.. Vejamos.

O primeiro princípio de justiça, o da liberdade igual, quando aplicável ao procedimento político estabelecido pela Constituição, é desdobrado no que Rawls denomina no *princípio da igual participação dos cidadãos*. Este princípio da participação exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de *tomar parte no - e contribuir para o resultado final do* - processo de formação das leis a que estes cidadãos se submeterão. O princípio da participação transfere da situação da posição original para a situação da convenção constituinte a noção, própria da justiça como eqüidade, de que quando princípios comuns são necessários e trazem vantagens para todos, eles devem ser formulados a partir do ponto de vista de uma situação inicial na qual cada pessoa é representada de forma eqüitativa[83].

Assim, já que o processo legislativo irá resultar nas leis a que deverão se submeter os cidadãos, estes têm o direito de participar daquele de forma a preservar no maior grau possível a representação eqüitativa verificada na posição original.

Rawls define e reconstrói filosoficamente as bases das principais instituições da democracia constitucional: representação, sufrágio universal com eleições livres e regulares, temporariedade das legislaturas, direito de acesso aos cargos públicos, princípio da oposição política leal e direitos da minoria, declaração de direitos e controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos e da legalidade dos atos executivos.

O que gostaríamos de ressaltar aqui é que Rawls considera que *todas estas instituições realmente conformam a liberdade política dos cidadãos, ou sua*

[83] *Idem, ibidem,* p. 221.

participação igual no poder. Todavia, Rawls é incisivo no sentido de que o valor da liberdade política não depende da simples *existência formal* de tais instituições, mas sim da existência de condições materiais que garantam a todos os cidadãos oportunidades eqüitativas de participação e influência no processo político.

Com efeito, as liberdades básicas protegidas pelo princípio da igual participação perdem muito de seu valor na medida em que a elite socioeconômica usa e abusa de seu poder econômico para controlar, manipular e deturpar o curso do processo político. Veja-se a firme posição de Rawls[84]:

> "*Historically one of the main defects of constitucional government has been the failure to insure the fair value of political liberty.* The necessary corrective steps have not been taken, indeed, they never seem to have been seriously entertained. *Disparities in the distribution of property and wealth that far exceed what is compatible with political equality have generally been tolerated by the legal system. Public resources have not been devoted to maintaining the institutions required for the fair value of political liberty.* (...) Political power rapidly accumulates and becomes unequal; and making use of the apparatus of the state and its law, those who gain the advantage can often assure themselves of a favored position. *Thus inequities in the economic and social system may soon undermine whatever political equality might have existed under fortunate historical conditions. Universal suffrage is an insufficient counterpoise; for when parties and elections are financed not by public funds but by private contributions, the political forum is so constrained by the wishes of dominant interests that the basic measures needed to stablish just constitutional rule are seldom properly presented.*" (destacamos)

Os instrumentos disponíveis para promover o valor eqüitativo ("fair value") da liberdade política são muitos. Rawls dá como exemplo políticas tributárias redistributivas da riqueza e da propriedade, além da destinação de verbas públicas a programas de encorajamento da discussão pública de questões políticas. Outra medida a seu ver essencial é destinar suficientes recursos públicos aos partidos políticos, para que estes possam se tornar cada vez mais independentes dos interesses econômicos privados e cumprirem seu real papel previsto na Constituição, qual seja o de apresentarem concepções do bem comum e políticas destinadas à promoção de bens e serviços públicos, disputando o apoio dos cidadãos no contexto de regras de procedimento eleitoral, tudo isto com a suposição de um pano de fundo de garantia de liberdade de pensamento e assembléia no qual o valor eqüitativo de tais liberdades é assegurado.

1.4.6 O segundo princípio de justiça social

Tanto o primeiro quanto o segundo princípios de justiça dizem respeito à distribuição, entre os indivíduos de uma sociedade, do que Rawls chama de *bens sociais primários,* conceito que nada tem a ver com o conceito de *necessidades primárias* utilizado por alguns economistas (como a necessidade de alimentação, proteção contra as intempéries etc.).

[84] *Idem, ibidem,* p. 226.

Os bens sociais primários são definidos por Rawls como coisas que se supõem desejadas por todo e qualquer homem racional, independente de quais sejam os específicos planos e projetos de vida de cada indivíduo. São as coisas que qualquer sujeito racional prefere ter mais do que ter menos. Assim, as posições sociais dos indivíduos são comparadas por Rawls em termos ordinais (e não cardinais como no utilitarismo clássico), de acordo com as expectativas de cada indivíduo em relação aos bens sociais primários. Tais expectativas são definidas por Rawls como a lista ("index") de bens sociais primários que um indivíduo representativo de uma posição social pode almejar: "One man's expectations are greater than another's if this index for some one in his position is greater"[85]. Com efeito, tendo uma maior quantidade de bens sociais primários, os homens podem em geral estar seguros de que obterão um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos pessoais.

Apresentados em categorias amplas, os bens sociais primários são direitos, liberdades, oportunidades, prerrogativas, renda e riqueza, além de uma categoria muito interessante, a auto-estima individual ("sense of one's own worth").

Como o princípio das liberdades básicas iguais tem prioridade sobre o segundo princípio, os bens sociais primários que variam em sua distribuição entre os indivíduos são os poderes, as prerrogativas de autoridade, a renda e a riqueza. As liberdades básicas (liberdade de consciência, liberdade política - participação eqüitativa) são sempre iguais[86].

O segundo princípio de justiça não poderia determinar realmente uma igualdade na distribuição dos poderes e prerrogativas de autoridade, renda e riqueza. Tal igualdade mostrar-se-ia totalmente inalcançável e incontrolável, por isso o segundo princípio possui uma maior sofisticação em sua formulação, conforme passamos a analisar.

Como já vimos, o segundo princípio de justiça se aplica à distribuição de renda e riqueza, bem como à estrutura de organizações cujos membros possuem diferentes responsabilidades, poderes e prerrogativas, em cadeias de hierarquia. A filosofia do segundo princípio é a de que desigualdades são permitidas na distribuição de tais bens sociais primários, desde que:

> *a)* as posições de maior responsabilidade e autoridade, bem como os cargos de maior comando estejam *abertos* e *acessíveis* a todos os indivíduos nos termos de uma *igualdade eqüitativa de oportunidades;* e
>
> *b)* as desigualdades na distribuição destes bens sociais primários tragam melhorias às expectativas de todos os indivíduos, e não só às expectativas dos mais favorecidos.

Podemos então enunciar o segundo princípio de justiça social nos seguintes termos: "as desigualdades econômicas e sociais devem ser reguladas de maneira que, cumulativamente possam (a) beneficiar ou trazer vantagens consideráveis aos indivíduos menos favorecidos e (b) estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades"[87]. Este enunciado demanda algumas explicações.

[85] *Idem, ibidem,* p. 92.
[86] *Idem, ibidem,* p. 93.
[87] *Idem, ibidem,* p. 83.

1.4.7 Igualdade eqüitativa de oportunidades

Quando o segundo princípio afirma que os cargos e as funções de maiores prerrogativas de comando (posições em que o *index* de bens sociais primários é mais extenso) devem estar *abertos* a todos os indivíduos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades, isto quer dizer que não basta uma organização social em que as melhores posições estejam abertas "formalmente" a todos e à espera dos melhores talentos. Ou seja, não basta que todos os indivíduos tenham o mesmo "direito legal" a pleitear as posições mais privilegiadas, se a distribuição inicial dos "ativos" disponíveis para cada indivíduo é fortemente influenciada por contingências naturais e sociais. Conforme explicita Rawls[88],

> "The existing distribution of income and wealth, say, is the cumulative effect of prior distributions of natural assets - that is, natural talents and abilities - as these have been developed or left unrealized, and their use favored or disfavored over time by social circunstances and such chance contingencies as accident and good fortune."

É exatamente para neutralizar em certa medida esta interferência indébita de fatores moralmente arbitrários na distribuição de bens sociais primários que a segunda parte do segundo princípio fala em igualdade eqüitativa de oportunidades. Isto significa que *as posições não devem estar abertas a todos apenas sob um ponto de vista formal*. Supondo uma dada distribuição de dotes e talentos naturais, a igualdade eqüitativa não permite que a posição socioeconômica do indivíduo interfira de forma determinante no sucesso ou não dos indivíduos na implementação de seus talentos. Ou seja, o princípio determina que se assegurem iguais perspectivas de cultura e realização para todos os que são dotados e motivados de forma semelhante, independentemente de sua classe social, pois o nascimento em determinada classe é uma simples contingência e não pode ser levado em consideração.

Assim, este segundo princípio de justiça não permite em absoluto que o mercado capitalista se desenvolva livremente, pois desta forma as contingências naturais e sociais retiram completamente a justiça do sistema social. Rawls tem por necessárias e impostergáveis certas adaptações ao mercado livre com a formação de uma estrutura de instituições legais que regule as tendências globais dos eventos econômicos e preserve as condições sociais necessárias para a igualdade eqüitativa de oportunidades: tributos desconcentradores de renda e riqueza, programas de educação e cultura destinados a eliminar ao máximo as barreiras de classe são alguns instrumentos básicos comentados por Rawls[89].

Na terminologia de Rawls, uma estrutura social que somente garante a abertura "formal" dos cargos e funções privilegiados é uma estrutura de "liberdade natural", enquanto a exigência de igualdade eqüitativa de oportunidades qualifica uma estrutura como de "igualdade liberal". Estas são, pois, as duas interpretações possíveis da segunda parte do segundo princípio de justiça.

Apesar do sistema de "igualdade liberal" ser claramente mais justo que o sistema da "liberdade natural", os princípios da justiça de Rawls avançam para o que é chamado de sistema da "igualdade democrática", que combina a igualdade eqüitativa de oportunidades com o princípio da diferença, que veremos a seguir.

[88] *Idem, ibidem,* p. 72.
[89] *Idem, ibidem,* p. 73.

1.4.8 O princípio da diferença

O enunciado básico do princípio da diferença ("the difference principle") é o seguinte: supondo-se uma estrutura social em que vigora o princípio da liberdade igual (primeiro princípio de justiça de Rawls) e o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades, as maiores expectativas (quanto ao rol de bens sociais primários) daqueles indivíduos que estão em melhor situação são justas se, e somente se, funcionam como parte de um esquema que melhora também as expectativas dos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Assim, a idéia é a de que a desigualdade que beneficia os mais favorecidos deve também, necessariamente, beneficiar os menos favorecidos. Caso contrário, os termos da convivência social não podem ser tidos como aceitáveis na situação da posição original, pois à medida que a desigualdade aumentasse estar-se-ia exigindo dos menos favorecidos que contribuíssem para o bem comum com a sua própria desgraça - e isso não é aceitável do ponto de vista de um sujeito racional que, na posição original, estivesse em posição paritária e eqüitativa com os demais indivíduos da sociedade.

Assim, quando expectativas ainda mais elevadas para os mais favorecidos implicam uma melhoria das expectativas daqueles que estão em posição mais baixa, a sociedade está numa faixa de justiça. Adentrar-se-ia a faixa de injustiça no caso das expectativas adicionais dos mais favorecidos se mostrassem excessivas. Neste caso, se as expectativas dos mais favorecidos fossem diminuídas, a situação dos menos favorecidos seria melhorada. A conclusão é a seguinte[90]:

> "How unjust an arrangement is depends on how excessive the higher expectations are and to what extent they depend upon the violation of the other principles of justice, for example, fair equality of opportunity."

A teoria é realmente envolvente. Imagine-se o seguinte exemplo. Suponhamos que o filho de um empregado não qualificado indagasse revoltado ao *Professor John Rawls* qual é a justiça de uma sociedade que dá a ele tão poucas expectativas de vida e ao filho de um banqueiro um conjunto enorme daquelas, sendo que nosso jovem questionador não demonstra nenhum demérito em relação ao filho do banqueiro pelo simples fato de ter nascido numa classe social inferior. A resposta que imaginamos que Rawls daria, ressaltando que estamos tratando de um país em que os dois princípios sugeridos por *A theory of justice* foram cuidadosamente implementados ao longo de décadas, sob a estrita supervisão de seu autor, seria mais ou menos a seguinte.

Em primeiro lugar, Rawls iria demonstrar ao filho do empregado não qualificado que a sociedade garante tanto a ele quanto ao filho do banqueiro os mesmos direitos e garantias fundamentais: ambos podem desfrutar da mesma liberdade de consciência (incluindo a de pensamento, de expressão, a religiosa), a mesma garantia de não terem sua integridade física e moral ultrajada (o que envolve garantia de moradia, alimentação, saúde pública), de não serem presos imotivadamente e sem o devido processo legal, além da mesma *liberdade política*, entendida como um direito à igual participação no processo político-decisório da sociedade. Rawls também iria observar ao garoto que a sociedade lhe garante também o legítimo valor da liberdade política, pois criou condições

[90] *Idem, ibidem*, p. 79.

materiais de forma a que a escola e os bens socioculturais em geral disponíveis a ele são relativamente os mesmos disponíveis ao filho do banqueiro. Rawls iria terminar esta primeira parte afirmando que se estas condições não estivessem presentes, a sociedade realmente seria injusta, pois neste caso não seria razoável supor que seus indivíduos, colocados hipoteticamente na posição original como iguais e com o mesmo valor moral intrínseco, pudessem concordar racionalmente com tais cláusulas a caracterizarem o vínculo de convivência social.

Mas neste ponto o filho do operário não qualificado ainda poderia opor que, ao contrário das liberdades e garantias básicas, que a sociedade conseguiu dividir igualitariamente entre os indivíduos, a riqueza e a renda são distribuídas de forma desigual. Rawls então responderia que tal desigualdade de riqueza, renda e prerrogativas de mando e controle, nunca irá desaparecer na sociedade real, por mais que esta seja justa. Mas Rawls se apressaria em esclarecer que isto não significa, então, que qualquer desigualdade seja justa. A desigualdade de renda e riqueza existente entre seu pai e o banqueiro (sempre supondo garantidos o princípio da liberdade igual e a igualdade eqüitativa de oportunidades), diria Rawls ao garoto, veio a trazer benefícios ao banqueiro e sua família, é certo, mas também veio a trazer benefícios para o pai do garoto e sua família. O garoto poderia achar tal afirmação um tanto quanto "marota", e aí então Rawls poderia lançar mão do seguinte exemplo.

Imaginemos o início da sociedade, em que todos os bens fossem distribuídos em porções rigorosamente iguais, e confiados a cada cidadão. É perfeitamente possível, diria Rawls, que se obtenham ganhos para todos os membros da sociedade se maiores poderes de comando, maiores responsabilidades e maiores rendas forem concedidos aos indivíduos com maiores pendores para tornar o sistema produtivo mais eficiente, e com maior velocidade de inovação e aprimoramento tecnológicos. É claro que este modelo supõe que os menos favorecidos participem dos ganhos gerados pela maior eficiência, eficácia e inovação do sistema produtivo. Assim, concluiria Rawls, enquanto tais desigualdades trouxerem ganhos para os cidadãos menos favorecidos, as cláusulas do vínculo de convivência social serão justas ou razoáveis, e as desigualdades serão justas. Quando um aumento do nível de desigualdade trouxesse uma piora para as expectativas da classe menos favorecida, o pacto justo estaria comprometido, e então esta desigualdade extra não poderia se justificar.

Ao final, ponderaria Rawls que o princípio da diferença (explicado no parágrafo anterior) não atua sozinho, mas que igualmente está sendo aplicado na sociedade o princípio de que os cargos e funções privilegiadas estão abertos a todos nas condições de uma igualdade eqüitativa de oportunidades. Por isso mesmo, diria Rawls, o Estado gasta muito mais dinheiro com a educação e a formação cultural e profissional do filho do operário não qualificado do que com a do filho do banqueiro, a fim de buscar garantir uma igualdade eqüitativa de oportunidades.

1.4.9 O conceito de justiça procedimental pura

O modelo proposto por Rawls, conformado pelos dois princípios de justiça, permite que a justiça seja alcançada sem que sejam necessárias avaliações constantes e complexas sobre inúmeras variáveis acerca da real distribuição de bens sociais primários entre os indivíduos. Isto ocorre porque o modelo da teo-

ria da justiça de Rawls trata a questão da distribuição dos bens sociais primários como um caso de *justiça procedimental pura*, ou seja, concebe e implementa uma série de requisitos e condições sobre a estrutura básica da sociedade, e toma como justo qualquer que seja o resultado alcançado pelo desenvolvimento de tal estrutura básica, desde que se mostrem presentes, é claro, as referidas condições restritivas.

Na justiça procedimental perfeita, há um critério ou um padrão independente para definir se o resultado é justo, e um procedimento que com certeza conduzirá a ele. Na justiça procedimental imperfeita, também há um critério independente para produzir o resultado justo, mas não há procedimento factível que com certeza leve a ele: um julgamento criminal é o exemplo clássico da justiça procedimental imperfeita, pois o critério é claro (o réu ter cometido ou não o crime para por isso ser considerado culpado ou inocente) mas o procedimento, por mais que seja aperfeiçoado, pode levar a erros judiciários.

A justiça procedimental pura (exemplo do jogo de cartas em que as partes apostam) tem este nome porque não há um critério independente para o resultado final ser considerado justo ou não: somente há um procedimento justo (apostas justas por exemplo) que deve ser necessariamente levado a cabo, sendo que qualquer resultado obtido será tido por justo.

No caso do modelo proposto por Rawls, a justiça do procedimento está na concepção e administração imparcial de um sistema apropriado de instituições definidoras da estrutura básica da sociedade. Os dois princípios de justiça, atuando sobre a constituição política e sobre as principais instituições e políticas econômicas e sociais, seriam os responsáveis por configurar este procedimento justo. Veja-se o raciocínio de Rawls[91]:

> "Suppose that law and government act effectively to *keep markets competitive, resources full employed, property and wealth (specially if private ownership of the means of production is allowed) widely distributed by the appropriate forms of taxation, or whatever, and to guarantee a reasonable social minimum. Assume also that there is fair equality of opportunity underwritten by education for all; and that the others equal liberties are secured. Then it would appear that the resulting distribution of income and the pattern of expectations will tend to satisfy the difference principle.* In this complex of institutions, which we think of as establishing social justice in the modern state, the advantages of the better situated improve the condition of the least favored. Or when they do not, they can be adjusted to do so, for example, by setting the social minimum at the appropriate level. *As these institutions presently exist they are riddled with grave injustices.*" (destacamos)

Rawls considera que tais instituições, da forma em que vigoram nas sociedades contemporâneas, estão crivadas de injustiças ameaçadoras porque exatamente a igualdade eqüitativa de oportunidades entre os indivíduos não é assegurada pelo Estado. Com efeito, sem igualdade eqüitativa de oportunidades garantida pelo Estado a "justiça procedimental pura" deixa de ser justiça e passa a ser uma cruel lei da selva, em que cada um se vira como pode, os ricos e poderosos sempre sobrepujam os mais fracos e qualquer resultado é considerado cinicamente como justo, pois decorrente das "regras do jogo".

[91] *Idem, ibidem*, p. 87.

Assim, com os dois princípios conformando um esquema de justiça procedimental pura, não é necessário controlar a infindável variedade de circunstâncias nem as posições relativas de pessoas particulares em constante mutação. Isto faz com que seja um erro focalizar a atenção sobre as posições relativas cambiáveis de cada indivíduo e exigir que toda mudança isolada seja tida como em si mesma justa, pois é a organização da estrutura básica que deve ser julgada[92].

1.4.10 Estado de Direito ("the rule of law") e justiça formal ("justice as regularity") em A theory of justice

O conceito de Estado de Direito tem um conteúdo bem definido na teoria da justiça de John Rawls, e este é um ponto em que podemos verificar claramente o avanço do pensamento de Rawls em relação ao pensamento positivista de Kelsen, visto anteriormente.

Fixemos conceitos. Para Rawls, como já foi dito antes, as sociedades humanas são associações mais ou menos auto-suficientes de indivíduos que em seu relacionamento reconhecem regras de conduta como obrigatórias, as quais são na maioria das vezes obedecidas. Tais regras de conduta, supõe Rawls, especificam um sistema de cooperação social concebido para realizar o bem comum das pessoas que compõem a sociedade.

As instituições sociais (julgamentos, parlamentos, sistemas de propriedade, de organização familiar, mercados econômicos) são sistemas de regras que definem cargos e posições, com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, especificando certas formas de ação como permitidas, outras como obrigatórias, outras como proibidas, e criando penalidades e defesas para o caso de ocorrerem violações[93].

O "rule of law" é para Rawls uma característica da administração das leis e das instituições de uma sociedade. Se as instituições são imparcial e consistentemente administradas pelas autoridades competentes para tanto, se as leis são aplicadas com regularidade, levando-se em conta em todos os casos de aplicação as similaridades e as diferenças definidas pela própria lei, podemos dizer que tal sistema possui uma justiça formal ("justice as regularity"). Se a esta justiça formal se acrescentam princípios como o da igualdade formal ("os iguais devem ser tratados igualmente"), o do "nullun crimen nulla poena nullum tributum sine lege", e um mínimo grau de devido processo legal, então pode-se dizer que vigora o "rule of law", independentemente, note-se bem, dos princípios de justiça substancial que conformem a estrutura básica da sociedade.

A impressão que se tem é de que Rawls nem se deslumbra como fazem alguns, nem menospreza, como preferem outros, a regra do Estado de Direito. Rawls não se deslumbra porque sabe que o Estado de Direito pode estar presente em instituições extremamente injustas, pois tratar casos similares de maneira similar e garantir uma justiça livre de corrupção não basta para garantir uma justiça substantiva, que depende dos princípios a partir dos quais é definida a estrutura básica da sociedade.

[92] *Idem, ibidem*, pp. 87-88.
[93] *Idem, ibidem*, p. 55.

Por outro lado, Rawls de forma alguma menospreza o Estado de Direito, pois este relaciona-se de perto com a liberdade, principalmente no que diz respeito à regra da legalidade e ao devido processo legal, que contribuem para garantir o processo de garantia de expectativas legítimas entre os cidadãos, essencial para a cooperação social e a estabilidade dos vínculos de cidadania. As passagens a seguir dão bem o tom da avaliação de Rawls sobre o Estado de Direito[94]:

> "*There is no contradiction in supposing that a slave ou a caste society, or one sanctioning the most arbitrary forms of discrimination, is evenly and consistently administered, although this may be unlikely. Nevertheless, formal justice, or justice as regularity, excludes significant kinds of injustice.* (...) Moreover, even where laws and institutions are unjust, it is often better that they should be consistently apllied. In this way those subject to them at least know what is demanded and they can try to protect themselves accordingly; (...) In general, all that can be said is *that the strenght of the claims of formal justice, of obedience to system, clearly depend upon the substantive justice of institutions and the possibilities of their reform.*" (destacamos)

Ao contrário do que poderia supor a crítica kelseniana, a teoria de Rawls não considera que somente as sociedades cuja estrutura básica se conforma a partir dos dois princípios de justiça propostos podem ser consideradas como portadoras de uma ordem jurídica. Também não afirma Rawls que as sociedades que não possuem em seu sistema de ordenação a característica da "rule of law" não podem ser consideradas como portadoras de "direito". Para Rawls, há uma nítida relação entre ordem jurídica e "rule of law", mas não se exige que somente os ordenamentos que possuem todas as características acima enumeradas sejam considerados jurídicos. O pensamento de Rawls sobre a definição do direito e a relação dele com o chamado Estado de Direito é muito claro[95]:

> "*A legal system is a coercive order of public rules addressed to rational persons for the purpose of regulating their conduct and providing the framework for social cooperation. When these rules are just* [seja a justiça formal (rule of law) seja a justiça substantiva (liberdade igual e princípio da diferença)] *they establish a basis for legitimate expectations. They constitute grounds upon which persons rely on one another and rightly object when their expectations are not fulfilled. If the bases of these claims are unsure, so are the boundaries of men's liberties.*" (destacamos)

1.4.11 A seqüência dos quatro estágios de concretização dos princípios de justiça

Na "posição original", imagina-se que os indivíduos definem e adotam racionalmente os princípios de justiça que serão aplicados à estrutura básica da sociedade, em condições de total eqüidade e sob o "véu da ignorância" que impede que os princípios sejam escolhidos com base em interesses e preferências concretas.

94 *Idem, ibidem*, p. 59.
95 *Idem, ibidem*, p. 235.

Numa ordem lógica, após adotados os princípios de justiça na posição original, o próximo passo é a formação de uma convenção constituinte que decidirá sobre a justiça das formas políticas e aprovará uma Constituição. Dentro dos limites previamente traçados pelos princípios eleitos, os convencionais devem definir um sistema de poderes político-constitucionais e os direitos básicos dos cidadãos. O fio condutor neste ponto deve ser a concepção do *processo político como um instrumento que compatibilize opiniões conflitantes dos cidadãos sobre a justiça de políticas e instituições sociais e econômicas*[96].

Tal convenção constituinte não deve ser vista como um evento histórico mas sim teórico, dentro do processo de reconstrução que Rawls opera em relação aos fundamentos da democracia constitucional. Por isso mesmo Rawls mantém parcialmente o véu da ignorância também na convenção constituinte, pois para chegarem à Constituição mais justa e eficaz os indivíduos não podem ter informações sobre sua posição social ou sua cota de habilidades e talentos individuais. Rawls somente admite que os indivíduos devam conhecer os princípios da teoria social e os fatos relevantes sobre sua sociedade globalmente considerada.

Os convencionais, sempre envolvidos pelos princípios definidos no estágio anterior, devem, com as informações disponíveis e sob condições de total eqüidade, percorrer as hipóteses de Constituições justas e factíveis procurando por uma que, nas circunstâncias histórico-sociais e levando em consideração as características políticas daquele povo, se mostre com maior probabilidade de resultar em ordenações sociais justas e eficazes. Segundo Rawls, este é um caso de justiça procedimental imperfeita, pois qualquer procedimento político factível pode vir a resultar num resultado injusto.

Neste ponto entra em cena o estágio legislativo (terceiro estágio). Mais uma vez falando em termos teóricos e não históricos, as leis e políticas socioeconômicas devem ser avaliadas da perspectiva de um legislador representativo que não conhece os dados particulares sobre si mesmo, sendo que os diversos institutos legais devem satisfazer não apenas os princípios da justiça mas também respeitar quaisquer limites estabelecidos na Constituição política. Não se admite que os legisladores, neste estágio teórico, conheçam todas as informações sobre sua posição particular na sociedade, para garantir-se a aplicação racional e imparcial dos princípios da justiça e das demais exigências colocadas pela constituição.

Pelo exposto entende-se claramente porque Rawls imagina uma espécie de divisão de trabalho entre os estágios, cada um ocupando-se de diferentes aspectos da justiça social[97]:

> "*The first principle of equal liberty is the primary standard for the constitutional convention.* Its main requirements are that the fundamental liberties of the person and liberty of conscience and freedom of thought be protected and that political process as a whole be a just procedure. Thus the constitution establishes a secure common status of equal citizenship and realizes political justice. *The second principle comes into play at the stage of the legislature. It dictates that social and economic policies be aimed at maximizing the long-term expectations of the least advantaged under conditions of fair equali-*

96 *Idem, ibidem*, pp. 195-201.
97 *Idem, ibidem*, p. 199.

> *ty of opportunity, subject to the equal liberties being maintained.* At this point the full range of general economic and social facts is brought to bear. *The second part of the basic structure contains the distinctions and hierarchies of political, economic, and social forms which are necessary for efficient and mutually beneficial social cooperation. Thus the priority of the first principle of justice to the second is reflected in the priority of the constitutional convention to the legislative stage.*" (destacamos)

O quarto e último estágio é o da aplicação das normas aos casos concretos por parte de juízes e administradores, e ainda a obediência dos cidadãos às normas em geral. Neste estágio obviamente não se concebe qualquer resquício do véu de ignorância, pois são as próprias circunstâncias e características de cada situação concreta que deverão ser analisadas pelos aplicadores do direito.

Este esquema de quatro estágios, se bem entendido, demonstra uma faceta bastante interessante da teoria da justiça de John Rawls. É que a teoria de Rawls não advoga de forma alguma a adoção de uma específica "fórmula de justiça" à luz da qual se possa afirmar categoricamente que determinada norma seja justa ou não.

A questão de saber, por exemplo, se determinada lei é justa ou injusta, da perspectiva da teoria que estamos estudando, é sujeita a divergências fundamentadas de opinião. Rawls observa que freqüentemente o que se pode dizer de uma lei ou política estatal é que ela pelo menos *não é claramente injusta*. Se no caso das liberdades iguais sua violação é mais claramente perceptível, a situação das leis e políticas relativas à segunda parte da estrutura básica da sociedade revela uma dificuldade em afirmar-se categoricamente a justiça de determinada legislação.

Por isso em muitos casos de políticas sociais e econômicas é preciso recorrer-se à noção da justiça procedimental pura, no sentido de que as leis e as políticas são justas desde que se situem dentro do âmbito permitido, e que a legislatura, de forma autorizada pela Constituição, as tenha de fato estabelecido. E Rawls defende com razão que esta indeterminação é exatamente o que deveríamos esperar de uma teoria da justiça. Neste contexto, sua teoria da justiça se mostrará digna do nome se, melhor do que as outras teorias existentes, definir o âmbito da justiça mais condizente com os nossos juízos ponderados, e principalmente se isolar com maior nitidez os mais graves erros que uma sociedade deveria evitar[98].

1.4.12 Os três níveis em que se aplica a idéia de igualdade: o Estado de Direito (igualdade formal), os princípios de justiça (igualdade material) e a base (fundamento) da igualdade

Rawls distingue três níveis aos quais se aplica a *idéia de igualdade*. O primeiro nível é o menos incontroverso e problemático, e consiste em uma característica da administração das instituições como sistema público de regras.

Neste nível, a igualdade consiste na aplicação imparcial e na interpretação coerente e consistente das regras, de acordo com preceitos como o de que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Segundo Rawls, o conceito

[98] *Idem, ibidem*, p. 201.

de igualdade neste nível é em essência a idéia de "justiça como regularidade". Podemos ver aí o conceito de justiça formal proposto por Perelman, e o conceito de Estado de Direito ("rule of law") tal como o concebe o próprio Rawls.

O segundo nível em que se aplica o conceito de igualdade é o da justiça substancial ou substantiva. Neste nível, sem dúvida o mais problemático e que sempre há de permanecer controverso, *o significado material da igualdade é especificado pelos princípios da justiça.*

Segundo o primeiro princípio da justiça proposto na teoria de Rawls, os direitos e liberdades básicos de cidadania devem se distribuir igualitariamente entre os indivíduos, não se admitindo qualquer desigualdade (a não ser em situações excepcionalíssimas tal como vimos anteriormente). Nos termos do segundo princípio da justiça proposto na teoria de Rawls, desigualdades na renda, no patrimônio e nas prerrogativas de comando e controle dos indivíduos são permitidas, mas desde que seja garantida uma igualdade eqüitativa de oportunidades, os cargos e funções mais privilegiados estejam abertos a todos, e desde que não só os mais privilegiados, mas também os menos privilegiados, ganhem com as desigualdades decorrentes das contingências naturais e sociais que influem nas posições iniciais dos indivíduos na sociedade.

O terceiro nível em que deve ser discutida a idéia da igualdade é o nível de sua base, de seu fundamento ou fundamentação. Este nível procura definir as características dos seres humanos que explicam por que eles devem ser tratados de acordo com os princípios de justiça. Segundo Rawls, todos os seres humanos minimamente capazes de um senso de justiça devem ser tratados segundo os princípios da justiça.

Esta fundamentação é dada pela própria descrição das partes na posição original, e assim podemos dizer que é assegurada a aplicação dos princípios de justiça àqueles que, não fosse por circunstâncias fortuitas e moralmente arbitrárias[99], poderiam tomar parte na posição original para definirem o conteúdo dos princípios de justiça, independentemente de qualquer avaliação do valor intrínseco de cada indivíduo ou de suas concepções do Bem. Rawls enfatiza a simplicidade da visão contratualista das bases da igualdade, segundo a qual a igualdade é fundamentada por fatos gerais da natureza e não meramente por uma regra procedimentalista sem força substantiva[100].

1.4.13 Os dois planos em que atua a igualdade substantiva na estrutura básica da sociedade: os papéis distintos de cada princípio de justiça

No plano das liberdades fundamentais (liberdade política, liberdade de pensamento, liberdade de assembléia, liberdade religiosa), Rawls sustenta que deve haver uma igualdade absoluta em sua distribuição entre os cidadãos, sendo este mesmo o significado do primeiro princípio de justiça segundo o qual cada cidadão tem um igual direito à mais extensiva liberdade básica compatível com a mesma liberdade conferida aos demais cidadãos. A proeminência deste plano é

[99] Assim, não é correto considerarmos que os indivíduos que por acidente ou por outras condições moralmente arbitrárias não são minimamente capazes de possuírem um senso de justiça ficam excluídos da aplicação dos princípios de justiça. A ausência desta capacidade mínima é fruto de uma circunstância arbitrária.

[100] RAWLS, John. *A theory of justice*. Twenty-second printing. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1997, pp. 504-512.

resguardada pela regra da prioridade, segundo a qual as liberdades básicas somente podem ser restringidas em prol das próprias liberdades básicas, quando uma liberdade específica choca-se parcialmente com outra.

No plano dos bens sociais primários ligados à renda, à riqueza, às oportunidades, às posições de comando e controle, a teoria de Rawls não predica uma igualdade no sentido de que todas as diferenças entre as posições dos indivíduos devem ser sistematicamente anuladas mediante procedimentos específicos; ou seja, Rawls não considera que seja necessário para se atingir a justiça social nivelar todas as desigualdades de renda, riqueza e dar a todos os indivíduos a mesma posição relativamente a poderes e prerrogativas de comando e controle dentro de instituições hierárquicas.

Neste plano, a igualdade é concebida como igualdade eqüitativa de oportunidades, pela qual *o poder público deve criar condições para que as desigualdades contingentes quanto a dotes naturais e posições sociais influam no menor grau possível na distribuição dos bens sociais primários relativos ao segundo plano*. Sem dúvida que a igualdade eqüitativa de oportunidades exige ações estatais que impliquem maiores gastos sociais com a educação e a formação profissional dos menos favorecidos, mais isto não tem por escopo nivelar totalmente os indivíduos em termos de renda e riqueza.

Complementando esta igualdade eqüitativa de oportunidades, coloca-se o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades de renda, riqueza, prerrogativas e poderes somente serão legítimas se contribuírem também para a melhoria das condições dos menos favorecidos. O princípio da diferença representa o acordo da comunidade em considerar a distribuição de talentos naturais como um bem público e em dividir entre todos os indivíduos os benefícios desta distribuição. Esta construção é bastante interessante[101]:

> "*Those who have been favored by nature, whoever they are, may gain from their good fortune only on terms that improve the situation of those who have lost out.* The naturally advantaged are not to gain merely because they are more gifted, but only to cover the costs of training and education and for using their endowments in way that help the less fortunate as well. *No one deserves his greater natural capacity nor merits a more favorable starting place in society. But it does not follow that one should eliminate these distinctions. There is another way to deal with them. The basic structure can be arranged so that these contingencies work for the good of the least fortunate.*" (destacamos)

A distribuição natural dos dons, dotes e talentos não pode ser tida por justa nem por injusta, adjetivos que se aplicam antes à forma como as instituições sociais lidam com tais diferenças de fortuna, incorporando ou não a arbitrariedade encontrada na natureza. Com o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades e o princípio da diferença, os homens concordam em conformar instituições sociais que permitem que alguém se valha da boa fortuna apenas na medida em que beneficie também os demais.

Além disso, Rawls sublinha que o princípio da diferença permite que permeie a sociedade um sentimento de reciprocidade, ou de benefício mútuo. Através do princípio da diferença, os mais favorecidos quanto aos bens sociais primários do segundo plano podem esperar a cooperação dos menos favorecidos, pois o princípio da diferença propõe aos menos favorecidos condições razoáveis, o que não ocorreria se permitíssemos a situação em que os benefícios marginais dos mais favorecidos implicassem a piora das condições de vida em geral dos menos favorecidos.

[101] *Idem, ibidem*, pp. 101-102.

É bastante nítida a relação entre o princípio da diferença e a idéia de fraternidade, principalmente quando se tem em mente que para Rawls a auto-estima do indivíduo é um dos mais importantes bens sociais primários. Com efeito, mesmo atendido o princípio da diferença, a desigualdade entre os mais e os menos favorecidos não poderia atingir limites que afetassem os indivíduos menos favorecidos a ponto destes terem prejudicado o senso de seu próprio valor.

Uma passagem de Rawls que evidencia bem sua preocupação em afastar os riscos elitistas de uma sociedade meritocrática e maximizadora é a seguinte[102]:

> "(...) the democratic interpretation of the two principles will not lead to a meritocratic society. This form of social order follows the principle of careers open to talents and uses equality of opportunity as a way of releasing men's energies in the pursuit of economic prosperity and political dominion. *There exists a marked disparity between the upper and lower classes in both means of life and the rights and privileges of organizational authority. The culture of the poorer strata is impoverished while that of the governing and technocratic elite is securely based on the service of the national ends of power and wealth.(...) Thus a meritocratic society is a danger for other interpretations of the principles of justice but not for the democratic conception. For, as we have just seen, the difference principle transforms the aims of society in fundamental respects.(...) It follows that the confident sense of their own worth should be sought for the least favored and this limits the forms of hierarchy and the degrees of inequality that justice permits. Thus, for example, resources for education are not to be alloted solely ar necessarily mainly according to their return as estimated in productive trained abilities, but also accordingly to their worth in enriching the personal and social life of citizens, including here the less favored.*" (destacamos)

Rawls chega portanto a uma identificação entre aspectos de sua teoria e a clássica tríade "liberdade, igualdade e fraternidade". A liberdade corresponderia ao primeiro princípio de justiça proposto, a igualdade corresponderia ao princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades e a fraternidade corresponderia ao princípio da diferença[103].

1.5 Breve Excurso sobre a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

Pelo menos uma das críticas dirigidas por Jürgen Habermas à teoria da justiça de Rawls não podemos nos furtar a discutir, precisamente porque o entendimento de tal crítica fornece uma aproximação extremamente apropriada da teoria jusfilosófica de Habermas.

[102] *Idem, ibidem*, p. 107.
[103] *Idem, ibidem*, p. 106.

Vimos acima como Rawls constrói seus princípios de justiça sobre a base sólida do argumento da "posição original". Ou seja, a justificativa fundamental dos dois princípios de justiça é a de que estes seriam os princípios de coordenação e integração social escolhidos por indivíduos livres e racionais que decidissem com imparcialidade sobre o atingimento de seus próprios interesses, sob um véu de ignorância quanto a suas efetivas posições na sociedade, quanto a seus dotes naturais e quanto a suas concretas concepções do Bem.

Ronald Dworkin sustentou com muita acuidade que o expediente ("device") da "posição original" de Rawls não pode ser tomado como o fundamento de uma filosofia política, como parece fazer o Professor de Harvard[104], precisamente porque é necessário explicar por que a posição original tem as características a ela atribuídas, e ainda por que o fato de que as pessoas escolheriam particulares princípios de justiça nesta "posição original" garante que tais princípios de justiça são realmente legítimos[105].

Assim, Dworkin compreende que a força da posição original, como um esquema de julgamento de argumentos concorrentes de justiça, depende de uma concepção de igualdade e de justiça logicamente anterior à idéia da posição original. É esta concepção de igualdade e de justiça que explica por que a posição original deve ser caracterizada da forma como é (coberta com o véu da ignorância, por exemplo) e por que princípios de justiça fundamentados na posição original são verdadeiros princípios de justiça.

Habermas fornece aquela concepção de justiça e de igualdade que Dworkin qualificou como explicação e fundamento do expediente ("device") da posição original, mas pelas características peculiares da concepção de justiça e de igualdade de Habermas, o expediente da posição original torna-se totalmente sem sentido, daí porque Habermas critica vigorosamente a idéia da posição original de Rawls. Vejamos.

104 No Capítulo VI de seu *Taking Rights Seriously,* Dworkin demonstra que, apesar de certas passagens da obra de Rawls parecerem indicar que a posição original é o fundamento de sua teoria da justiça, este fundamento é na verdade o direito de cada indivíduo a um igual respeito e a uma igual consideração no desenho e na administração das instituições políticas que o governam, enquanto a posição original é um mero artifício para testar argumentos concorrentes acerca dos possíveis princípios de justiça propostos por diversas concepções de igualdade. "(...) justice as fairness rests on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by virtue of birth ou characteristic or merit or excellence but simply as human beings with the capacity to make plans and give justice." DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 182. "[original position] supposes, reasonably, that political arrangements that do not display equal concern and respect are those that are established and administered by powerful men and women who, whether they recognize it or not, have more concern and respect for members of a particular class, or people with particular talents or ideals, than they have for others. It relies on this supposition in shaping the ignorance of the parties to the contract. Men who do not know to which class they belong cannot design institutions, consciously or inconsciously, to favor their own class. Men who have no idea of their own conception of the good cannot act to favor those who hold one ideal over those who hold another. The original position is well designed to enforce the abstract right to equal concern and respect, which must be understood to be the fundamental concept of Rawls' deep theory." *Op. cit.*, p. 181.

105 DWORKIN, Ronald. What is Equality? Part 2: Equality of Resources, *in Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* p. 345.

Dissemos acima que algo deve estar "por debaixo" da posição original para justamente explicar por que a posição original deve ter as características que tem, e ainda porque a posição original é um expediente apropriado para testar os concorrentes princípios de justiça. Para Dworkin, o que fundamenta a posição original é o direito fundamental abstrato de cada indivíduo a uma igual consideração e a um igual respeito por parte das instituições políticas que o governam. Habermas se propõe a fundamentar filosoficamente as bases deste direito fundamental, sendo que a matéria-prima para esta tarefa jusfilosófica é a sua teoria da ação comunicativa. Manipulando tal matéria-prima, Habermas propõe um modelo no qual se interpenetram justiça, razão comunicativa e modernidade.

É bastante significativo o nome da obra em que Habermas serve-se de sua teoria da ação comunicativa para analisar as instituições jurídicas: *Facticidade e Validade - Uma introdução à teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito.*

A escolha das palavras *facticidade* e *validade* para compor o extenso título do livro é tão significativa que a obra foi vertida para inglês sob o título mais sintético de *Between Facts and Norms*. Ao se referir à facticidade e à validade, Habermas tem em mente compreender a dualidade do direito moderno.

Por um lado, o direito é facticidade, na medida em que se instrumentaliza aos desígnios de um legislador dotado de poder político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções baseadas no monopólio estatal da violência. Por outro lado, o direito é validade, na medida em que suas normas estão calcadas em razões e argumentos tidos por razoáveis ou aceitáveis por parte dos destinatários das mesmas normas.

Se se retira do direito a dimensão da validade, a obediência dos cidadãos a suas normas passa a repousar única e exclusivamente no receio de submeter-se às possíveis conseqüências negativas de ser flagrado na transgressão da lei. Ora, é bastante duvidosa a capacidade de um tal ordenamento jurídico manter-se duradouro, pois o direito perde assim a possibilidade de ser internalizado por seus destinatários.

Com efeito, a validade do direito aponta para a existência de uma convicção interiorizada pelos cidadãos, no sentido de que os mesmos *devem* obedecer às normas. O que importa é que, na dimensão da validade, a conduta diante do direito não se restringe ao que se denomina "the bad man's view of law", ou seja, a conduta objetivadora e exteriorizante do direito.

Constatada a dualidade do direito moderno, resta constatar a crise dos fundamentos que até o século passado alimentavam a dimensão da validade do direito. Nas sociedades contemporâneas complexas e pluralistas pós-tradicionais, tornou-se inviável basear a validade do direito em uma suposta ordem natural, em uma tradição herdada dos antepassados, em uma dimensão ética ou ainda em uma moral essencialista e metafísica.

A teoria de Kant, por exemplo, que invoca uma razão prática transcendental e presume a possibilidade de um consenso anterior ao próprio debate político, não é mais plausível nas sociedades atuais, extremamente pluralistas e complexas, em que se entrecruzam diversas tradições, mundividências e eticidades.

Por outro lado, Habermas alerta para o risco de que, nesta situação de crise da razão prática, seja instaurada ou a negação completa da razão (nos moldes de determinadas tendências ditas "pós-modernas") ou sua completa irrelevância

na perspectiva dos participantes da comunidade jurídica (nos moldes das teorias dos sistemas)[106]:

> "The traces of modern natural-law normativism thus get lost in a trilemma: neither in the teleology of history nor in the constitution of the human species *can we find the content of practical reason, once its philosophical foundation in the knowing subject has been shattered,* nor can we justify such content simply on the basis of the fortuitous resources of successful histories and traditions. This explains the attractiveness of the only option that seems to remain open: the brash denial of reason altogether, whether in the dramatic form of a post-Nietzchean critique of reason or in the more sober variety of a systems functionalism that neutralizes anything that, from the participant perspective, appears obligatory or at all meaningful." (destacamos)

A alternativa proposta por Habermas pretende, pois, situar a validade ou a legitimidade do direito não no plano metafísico, mas no plano discursivo e procedimental, lançando mão do arcabouço teórico de sua *teoria da ação comunicativa,* na qual a linguagem é tomada como algo que vai além da dimensão sintática e semântica, constituindo o *medium* através do qual os sujeitos sociais podem interagir-se e fundamentar racionalmente pretensões de validade aceitas por todos os envolvidos. Segundo Kenneth Baynes, a tese principal da obra jusfilosófica de Habermas pode ser sumariada da seguinte forma[107]:

"In highly differentiated and pluralist societies the task of social coordination and integration falls to *institutionalized procedures of legitimate lawmaking that transform into binding decisions the more diffuse public opinions initially produced via the anonymous communication network of a loosely organized and largeley autonomous public sphere.*" (destacamos)

No contexto da razão comunicativa, o discurso público tem uma conotação fundamental, na medida em que possibilita que os cidadãos se interajam racionalmente segundo procedimentos responsáveis por criarem uma *presunção de legitimidade quanto às decisões tomadas*. William Rehg nos dá um interessante exemplo de como a razão comunicativa e a democracia discursiva se referem a instituições concretas, como o processo eleitoral[108]:

> "In this context, one of the more fertile and optimistic theoretical developments has been associated with ideas of 'deliberative democracy'. These ideas reflect a *concern that citizen's participation in the democratic process have a rational character - that voting, for example, should not simply aggregate given preferences but rather follow on a process of 'thoughtful interaction and opinion formation' in which citizens become informed of the better arguments and more general interests.*" (destacamos)

106 HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms - Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.* Tradução de Willian Rehg. Cambridge : MIT Press, 1996, p. 3.

107 BAYNES, Kenneth. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung, *in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 205.

108 *Idem, ibidem,* p. i.

Para bem entender os conceitos de racionalidade comunicativa e de ação comunicativa, é necessário compará-los aos conceitos de racionalidade estratégica e ação estratégica, e aos conceitos de racionalidade contextual e ação contextual[109].

A ação estratégica é dominada pelo comportamento intencional e auto-interessado dos indivíduos diante de um mundo objetivado, um mundo no qual objetos e outros indivíduos relacionam-se entre si em termos da sua possível manipulação. A racionalidade da ação é a eficiência da ligação entre indivíduos e objetos vistos como meios, e os fins particulares de cada indivíduo. A ação é coordenada segundo um modelo teleológico, em que se relacionam um ator e um mundo de "estado de coisas", seja existente ou produzível através da ação manipuladora da realidade. O ator se relaciona com o mundo objetivado tanto no aspecto cognitivo, através de juízos, quanto no aspecto volitivo, através de intenções de intervenção manipuladora. Assim, estas relações são racionalizadas respectivamente de acordo com o critério da verdade (racionalidade epistemológica e instrumental) e com o critério da eficácia ou do sucesso (racionalidade prática e estratégica). O agir estratégico é informado pela racionalidade estratégica, segundo o qual os atores sociais se relacionam de forma "objetivante", ou seja, explicada pelo sucesso ou o fracasso do ator em manipular estados de coisas.

O agir contextual pode ser identificado como aquele agir cuja motivação foge aos limites rígidos da racionalidade estratégica dos meios e dos fins. Este agir contextual é guiado pela racionalidade contextual, através da qual a ação dos indivíduos é explicada segundo fatores intersubjetivos ou sociais ligados a normas morais, sociais ou religiosas. Aqui temos o modelo da ação guiada por normas. Segundo Habermas, o mundo social consiste no contexto normativo que estabelece quais interações pertencem à racionalidade estratégica, e quais interações pertencem ao conjunto das relações interpessoais justificadas perante o grupo social. O mais importante aqui será o juízo da correção normativa, que verifica a conformação ou o desvio de uma ação da norma socialmente reconhecida como válida.

O positivismo jurídico esgota o direito nestes juízos de conformação ou correção normativa. *Quando adentramos o campo da legitimidade normativa, os positivistas ou o reduzem à questão anterior da correção normativa, ou se declaram incompetentes para uma resposta racional a esta questão* (como Kelsen faz com o problema da justiça). De outro lado, os jusnaturalistas respondem à questão da legitimidade normativa de forma metafísica, apontando para um conjunto de normas ou princípios *extramundo,* radicado na natureza humana, em Deus ou na razão prática.

A razão comunicativa proposta por Habermas difere substancialmente da razão prática sustentada anteriormente pela filosofia do sujeito ou pela filosofia da história. Enquanto a razão prática buscava ser uma fonte de prescrições para a atuação social do sujeito individual ou mesmo do Estado, a razão comunicativa busca somente definir as condições procedimentais do discurso sob as quais os sujeitos sociais podem chegar a um entendimento legítimo que gere integração social e expectativas compartilhadas.

109 WHITE, Stephen K. *The recent work of Jürgen Habermas - Reason, justice and modernity.* Cambridge : Cambridge University Press, 1994, pp. 10 e ss.

Segundo Habermas, o caráter normativo da razão comunicativa localiza-se na exigência de que os sujeitos se comprometam aos pressupostos pragmáticos da busca do entendimento através da linguagem. Ou seja, os sujeitos do discurso público devem assumir certas idealizações, como, por exemplo, que o mesmo significado é compartilhado por todos frente às mesmas palavras e expressões, que é esperado de todos que ajam racionalmente e de forma responsável, e que os argumentos que suportarem a resolução final mutuamente aceita não serão questionados a não ser por novos fatores.

Assim, podemos entender as ponderações de Habermas, no sentido de que[110]

> "Communicative rationality is expressed in a decentered complex of pervasive, transcendentally enabling structural conditions, but is not a subjective capacity that would tell actors what they ought to do. (...) *Communicatively acting individuals are thus subject to the 'must' of a weak transcendental necessity, but this does not mean they already encounter the prescriptive 'must' or a rule of action* - whether the latter 'must' can be traced back deontologically to the normative validity of a moral law, axiologically to a constellation of preferred values, or empirically to the effectiveness of a technical rules." (destacamos)

Permeando tudo isso, coloca-se a necessidade imperiosa de que os participantes do discurso público compartilhem uma ampla gama de convicções e consensos não problematizados. Conforme observa William Rehg em sua Introdução à obra de Habermas, os entendimentos adquiridos discursivamente, por estarem em princípio sempre abertos ao debate, formam uma fonte precária de integração social. Assim, a estabilidade de uma comunidade jurídica requer mais do que um entendimento explícito como base da integração social[111].

Por outro lado, a resolução de conflitos será tanto mais facilmente atingida quanto maior for a capacidade dos membros do grupo em limitar os esforços comunicativos a determinadas pretensões de validade tidas por problemáticas, deixando como pano de fundo um largo espectro de verdades e valores compartilhados e estabilizadores da comunidade, fazendo com que grandes áreas da interação social desfrutem de consensos inquestionáveis. O referido *mundo da vida,* ao retirar um considerável número de questões da problematização discursiva, funde a validade com a facticidade de tradições culturais específicas.

Em suma, para Habermas, nas condições atuais pós-metafísicas, o direito legítimo é aquele que surge da formação discursiva da opinião e da vontade política de cidadãos livres e iguais. Por isso mesmo Habermas rechaça a idéia da "posição original" tal como utilizada por Rawls.

Para Habermas, Rawls teria interpretado mal a idéia de "imparcialidade" (ínsita aos discursos morais) ao propor o expediente da posição original para testar a legitimidade dos princípios de justiça social. A posição original de Rawls, como vimos antes, aponta para sujeitos racionais que decidem os princípios que irão reger a estrutura básica da sociedade sob um véu de ignorância, de forma a poderem decidir imparcialmente. O caráter necessariamente hipotético deste acordo da posição original é criticado por Habermas, que sustenta que as posições morais devem necessariamente ser postas por discursos efetivos e concretos. Vejamos as críticas de Habermas a Rawls tal como colocadas por Donald Moon[112]:

> "I would now like to return to Habermas's criticism of Rawls, *that Rawls's conception of a hypothetical agreement of parties in an 'original position' fails to provide scope for the reflexitivity that is essential to the idea of morality.* Moral norms, Habermas argues, must be tested in actual argumentation among the affected parties. *Rawls's construction of a practical discourse, by contrast, is essentially 'monological' in that it allows every individual to 'justify basic norms on his own'. Rather than viewing his work as the 'contribution of a participant in argumentation to a process of discursive will formation', Rawls mistakenly sees it 'as the outcome of a 'theory of justice', which he as an expert is qualified to construct.*" (destacamos)

Apesar disso, não se pode considerar que Rawls se afaste por completo da teoria discursiva do direito. Com efeito, o filósofo norte-americano, principalmente com seu *Political Liberalism*, sustenta que a justificativa dos princípios de justiça deve ser política, e não metafísica. Vejamos o que diz Kenneth Baynes a respeito[113]:

> "Rawls claims that the justification of principles for regulating the basic social structure must be 'political, not metaphysical' - that is, *it cannot appeal to anything 'outside' the practice of public justification among the free and equal citizens - yet it must not be 'political in the wrong way' - that is, it cannot be a mere modus vivendi or stand-off between competing interest positions or incompatible conceptions of the good.* In this connection he introduces a 'liberal principle of legitimacy' which reads: 'Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason.'" (destacamos)

A diferença entre Rawls e Habermas é que, enquanto o primeiro não chega a problematizar em toda sua profundidade a tensão entre a faticidade e a validade do direito, o segundo torna tal tensão explícita e procura explicar como, nas sociedades contemporâneas, esta tensão deve ser resolvida pelo direito enquanto meio pelo qual as razões comunicativas geradas num processo de formação discursiva de opinião e vontade são transformadas em poder administrativo, em decisões coletivas vinculantes e sancionadas socialmente.

Analisando as diferenças entre Rawls e Habermas, Donald Moon assevera que Rawls não intenta fundamentar a moralidade em geral, ao contrário, ele pressupõe as concepções morais como "duty of fair play". Enquanto isso, "Habermas's conception of communicative ethics is in one way much more

[110] HABERMAS, *op. cit.*, p. 4.

[111] "Communicatively achieved agreements are in principle always open to challenge, and thus are at best a precarious source of social integration. If a community is to be a stable one, then, it requires more than explicit agreement as a basis for social cooperation." HABERMAS, *op. cit.*, p. xvi.

[112] MOON, J. Donald. Practical discourse and communicative ethics, *in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 157-158.

[113] BAYNES, Kenneth. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung, *in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1996, pp. 205-206.

ambitious undertaking than Rawls', for *he seeks to use discourse to establish the moral constraints that Rawls takes for granted*"[114]. (destacamos)

1.5.1 A necessidade do direito positivo

Abordou-se acima o papel fundamental do *mundo da vida* no contexto dos mecanismos de integração social, agindo como um pano de fundo que reduz os riscos do dissenso, retirando assim uma considerável parcela de questões do rol dos temas problematizáveis socialmente.

Ocorre que, nas complexas sociedades atuais, o pluralismo de raças, etnias, culturas e valores minou a possibilidade de existência de um amplo espectro de convicções compartilhadas. Assim, os conflitos necessitam cada vez mais de serem resolvidos por meio do entendimento explícito da razão discursiva, cujas idealizações nem sempre são possíveis de serem implementadas.

Por outro lado, hodiernamente já não há mais espaço para o fascínio da autoridade sagrada ou religiosa, a diminuir o risco de dissenso ao fundir validade com faticidade[115]:

> "The cultural potential of modernity constitutes the critical standpoint from which particular aspects of Western modernization can be judged negatively. What Habermas means by this is that *modern culture has made available a 'rationalized lifeworld' - one in which actors can consistently carry the expectation that the various validity claims raised in speech are to be cognitively distinguished, and that they have to be redeemed in different ways.*" (destacamos)

Em terceiro lugar, as sociedades atuais desenvolveram um complexo conjunto de *sistemas de reprodução social,* cada qual caracterizado pela prática de certas tarefas de integração. Principalmente no sistema da economia, do mercado (em que o referencial é o dinheiro), a integração social ocorre por meio do *agir estratégico,* onde os sujeitos dirigem suas ações segundo seu sucesso próprio e em função de variáveis objetivas. A organização das sociedades capitalistas à base de sistemas especializados numa tarefa de integração social implica um número crescente de áreas de atuação em que o agir estratégico é predominante, reduzindo as possibilidades da formação discursiva do entendimento.

Neste quadro, *o direito positivo surge como decorrência da necessidade de limitar a necessidade de entendimento explícito à definição de normas gerais responsáveis por demarcar esferas de livre ação dos sujeitos privados.* Dentro deste contexto, é explicada a dupla característica do direito moderno, conforme nos explica William Rehg[116]:

> "On the one hand, *legal rights and statutes must provide something like a stable social environment in which persons can form their own identities as members of different traditions and can strategically pursue their own interests as individuals;* on the other hand, *these laws must issue from a discursive process that makes them rationally acceptable for persons oriented toward reaching an understanding on the basis of validity claims.*" (destacamos)

114 MOON, *op. cit.*, p. 145.
115 WHITE, Stephen K. *Reason, modernity and democracy, in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1996, p. 8.
116 HABERMAS, *op. cit.*, p. xix.

Ou seja, a positivação do direito moderno representa a solução para o desafio de integração posto pelas sociedades dessacralizadas e seccionadas funcionalmente: através do sistema dos direitos, as liberdades individuais passam a ser garantidas pela força das sanções previstas na lei, não sendo de se estranhar que a essência do direito moderno consista na definição dos direitos subjetivos privados, os quais demarcam o legítimo alcance das liberdades individuais e, destarte, são talhados em função da busca estratégica de interesses individuais[117].

A teoria proposta por Habermas não busca eliminar, através da ação comunicativa, a existência dos subsistemas da economia e da burocracia administrativa, os quais de certa forma se autonomizaram frente à racionalidade comunicativa. Ou seja, a democratização deliberativa conformada pelo agir comunicativo não é atingida pela destruição dos subsistemas autonomizados regidos pelo meio do dinheiro ou do poder administrativo, mas pela regulação indireta de tais subsistemas através de um direito legítimo porque produzido por um discurso regido pela racionalidade comunicativa.

1.5.2 A conciliação da autonomia privada e da autonomia pública

Talvez a contribuição mais significativa de Habermas para a teoria jurídico-política contemporânea seja sua *reconstrução interna* do sistema de direitos de modo a conceber uma co-originalidade entre os direitos do homem (autonomia privada) e o princípio da soberania popular (autonomia pública), co-originalidade que somente se explica pela força legitimatória do discurso comunicativo. Vejamos.

Enquanto os ditos "liberais" entendem os direitos individuais como expressão da autodeterminação moral dos homens, partindo assim dos direitos humanos para depois chegar a um conceito necessariamente limitado de soberania popular, os ditos "humanistas republicanos" tomam a soberania popular como verdadeira expressão da autorealização ética do ser humano, partindo então da soberania popular e de certa forma "instrumentalizando" ou "relativizando" o conceito de direitos humanos[118]:

> "*Liberals invoke the danger of a 'tiranny of the majority' and postulate the priority of human rights that guarantee the prepolitical liberties of the individual and set limits on the sovereign will of the political legislator. The proponents of a civic republicanism, on the contrary, emphasize the intrinsic, noninstrumentalizable value of civic self-organization, so that human rights have a binding character for a political community only as elements of their own consciously appropriated tradition.* Whereas on the liberal view human rights all but impose themselves on our moral insight as something given, anchored in a fictive state of nature, according to republicans the ethical-political will of a self-actualizing collectivity is forbidden to recognize anything that does not correspond to its own authentic life project. *In the one case, the moral-cognitive moment predominates, in the other, the ethical-volutional.*" (destacamos)

Habermas reconhece que Kant (numa leitura mais liberal) e Rousseau (numa leitura mais republicana) procuraram trabalhar estas duas realidades de modo a

117 *Idem*, p. 27.
118 *Idem*, p. 100.

unir ou tratar unitariamente a razão prática e a vontade soberana através do conceito filosófico-político de "autonomia". Mas a razão pela qual nenhum destes filósofos modernos lograram êxito completo nesta ingente tarefa é porque ambos trabalhavam com os pressupostos da filosofia da consciência ou da filosofia do sujeito.

Para Kant, não se pode dizer que a soberania popular esteja restringida pelos direitos humanos (como dizem os liberais) porque ninguém pode racionalmente assentir com uma lei que vulnere sua autonomia privada, apontando assim para uma conexão interna entre soberania popular e direitos humanos. Todavia, tal conexão interna não chega a ser desvendada porque para Kant a vontade racional somente pode formar-se em um sujeito particular, e assim a autonomia moral do indivíduo particular tem que penetrar através da autonomia política da vontade geral, assegurando-se destarte, de antemão, em termos de direito natural, a autonomia privada de cada um[119].

De outro lado, Rousseau parte desde logo da constituição da autonomia cidadã para estabelecer somente num momento logicamente posterior a conexão interna entre a soberania e os direitos humanos. Ora, como adverte Habermas, o conteúdo normativo dos direitos humanos originais não se esgota na "gramática das leis gerais e abstratas" como supõe Rousseau, mas se explica pelas condições pragmáticas específicas do discurso comunicativo dirigido pelo *princípio da universalização* (todos os possíveis afetados pela norma devem poder consentir com a mesma segundo boas razões), no qual, sobre a base de informações pertinentes, não se imponha nada senão a coerção do melhor argumento.

Então, somente quando nos livramos dos pressupostos da filosofia do sujeito e da consciência, podemos verificar o potencial da razão comunicativa enquanto fonte de legitimação para a ordem jurídica[120]:

> "Although the premises of the philosophy of the subject allow one to bring reason and will together in a concept of autonomy, one can do so only by ascribing this capacity for self-determination to a subject, be it the transcendental ego of the Critique of Practical Reason or the people of Social Contract. *If the rational will can take shape only in the individual subject, then the individual's moral autonomy must reach through the political autonomy of the united will of all in order to secure the private autonomy of each in advance via natural law. If the rational will can take shape only in the macrosubject of a people or nation, then political autonomy must be understood as the self-conscious realization of the ethical substance of a concrete comunity, and the private autonomy is protected from the overpowering force of political autonomy only by the nondiscriminatory form of the general laws.*" (destacamos)

O genial da teoria de Habermas está em encontrar uma solução para tal aparente aporia mediante a substituição da razão prática, fundada num sujeito que através de sua consciência descobre a norma mais correta, pela razão comunicativa, fundada numa pluralidade de sujeitos que, orientando sua ação por um conjunto de pressupostos procedimentais discursivos, chegam a normas nas quais

[119] *Idem*, p. 101.
[120] *Idem*, p. 103.

são co-originários os direitos humanos (autonomia privada) e a soberania popular (autonomia pública).

Em suma, a conexão interna entre direitos humanos (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública) não radica nem no imperativo categórico do direito natural racional kantiano, nem na sintática das leis gerais e abstratas de Rousseau, mas no conteúdo normativo do modo de exercício da autonomia política dos cidadãos, um modo que disponibiliza as energias ilocucionárias dos indivíduos garantindo as condições pragmáticas para a formação discursiva da opinião e da vontade comuns.

A dupla característica do direito positivo moderno aponta também para a garantia da autonomia privada e da autonomia pública dos cidadãos. *A autonomia privada dos cidadãos consiste em que o direito demarca áreas dentro das quais os sujeitos privados têm liberdade para perseguirem seu sucesso individual. A autonomia pública, por sua vez, consiste em que tais limites à esfera da livre escolha individual devem ser definidos sempre através de um processo em que os cidadãos participam racionalmente e como pares.*

A seguinte passagem da obra de Habermas é extremamente significativa[121]:

> "These basic concepts and definitions explain why *modern law is especially suited for the social integration of economic societies, which rely on the descentralized decisions of self-interested individuals in morally neutralized spheres of action* [autonomia privada]. But law must do more than simply meet the functional requirements of a complex society; it *must also satisfy the precarious conditions of a social integration that ultimately takes place through the achievements of mutual understanding on the part of communicatively acting subjects, that is, through the acceptability of validity claims. Modern law displaces normative expectations from morally unburdened individuals onto the laws that secure the compatibility of liberties. These laws draw their legitimacy from a legislative procedure based for its part on the principle of popular sovereignty* [autonomia pública]." (destacamos)

Ao apontar a ligação interna entre estas duas esferas de autonomia, Habermas procura superar tanto a identificação do direito com a moral, como a confusão do direito com as tradições ético-culturais contextualizadas, daí ser adepto de um *universalismo mínimo*.

De um lado, Habermas rechaça a tendência dos filósofos *liberais* (inclusive Kant) de subordinar o direito à moral, como se os direitos individuais consistissem somente a expressão legal do respeito mútuo que se devem sujeitos moralmente autônomos.

Por outro lado, Habermas também afasta a concepção dos filósofos republicanos (na tradição iniciada por Aristóteles), os quais, por fundamentarem a legitimidade do direito no conceito de soberania popular, fundem o direito com o discurso ético-tradicional, reduzindo a democracia discursiva "to the ethical discourse in which a concrete community reflects on its substantive values and traditions in order to determine what course of action is good for it in a given social situation"[122].

[121] *Idem*, p. 83.
[122] *Idem*, p. xxvi.

Buscando formular um princípio que possa, anteriormente à distinção entre moral e direito, fundamentar a legitimidade de normas de ação, Habermas propõe que é condição para a validade de tais normas que todos os atingidos por elas possam dar seu assentimento na qualidade de participantes de um discurso racional. A seguir, Habermas clarifica alguns pontos de seu princípio para a justificação imparcial das normas em geral[123]:

> "The predicate 'valid' (gültig) pertains to action norms and all the general normative propositions that express the meaning of such norms; it expresses normative validity in a nonspecific sense that is still indifferent to the distinction between morality and legitimacy. I understand 'action norms' as temporally, socially, and substantively generalized behavioral expectations. *I include among 'those affected' (or involved) anyone whose interests are touched by the foreseeable consequences of a general practice regulated by the norms at issue. Finally, 'rational discourse' should include any attempt to reach an understanding over problematic validity claims insofar as this takes place under conditions of communications that enable the free processing of topics and contributions, information and reasons in the public space constituted by illocutionary obligations. The expression also referes indirectly to bargaining processes insofar as these are regulated discursively grounded procedures.*" (destacamos)

1.5.3 O sistema de direitos fundamentais

Em ordem a regular a vida comum com base num conjunto de leis legítimas, os cidadãos devem reconhecer-se um conjunto de direitos fundamentais, os quais, de forma abstrata, podem ser assim caracterizados:

- um primeiro conjunto de direitos decorrentes do desenvolvimento politicamente autônomo do direito à maior medida possível de liberdades individuais iguais. o qual se desdobra em direitos relativos ao *status* de membro de uma associação voluntária de "associados do direito" e em direitos relativos à acionabilidade e mecanismos de proteção legal dos indivíduos;
- um segundo conjunto formado por direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação nos processos de formação de opinião e vontade, em que os cidadãos exercitam sua autonomia política em ordem a gerar direito legítimo porque formado discursivamente;
- um terceiro conjunto de direitos que propiciem aos cidadãos a segurança de que as condições materiais da vida social, tecnológica e ecológica estão salvaguardadas, e que garantam chances iguais para o uso dos direitos civis garantidos pelo primeiro e segundo conjunto acima.

Com efeito, enquanto o primeiro conjunto de direitos é responsável pela autonomia privada dos indivíduos, o segundo é responsável pela autonomia pública. *Sem a existência do segundo conjunto de direitos, as garantias da autonomia privada seriam meras imposições paternalistas e não expressão do autogoverno dos cidadãos.* Conforme observa Habermas, o primeiro conjunto tem

[123] *Idem*, p. 107.

em mente os cidadãos enquanto *destinatários* do direito, enquanto o segundo conjunto tem em mira os cidadãos enquanto *autores* da ordem jurídica legítima.

Por outro lado, o terceiro conjunto de direitos é responsável por garantir aos cidadãos oportunidades iguais para desfrutar efetivamente dos direitos subjetivos representados pelos dois primeiros grupos. Todavia, Habermas não se deixa iludir pela promessa de que uma maior igualdade fática traga em conseqüência maior possibilidade de exercício das liberdades civis, pois a relação entre igualdade de direito e igualdade de fato é uma relação dialética, em que o que liberta ao mesmo tempo oprime. Na seção 1.5.7 veremos de perto esta questão.

1.5.4 Poder comunicativo e direito

Há uma relação muito especial entre direito e poder político. O direito realiza a função de estabilizar expectativas de comportamento, e nisto é auxiliado pelo poder político que, garantindo a eficácia das sanções, institucionaliza no Estado o direito. Por outro lado, o poder, que tem a função de realizar fins coletivos, encontra no direito um meio de organização da dominação social. *O que a teoria discursiva propõe é que a relação entre poder político e direito não se estabilize circularmente, apagando a diferença entre o direito como forma de organização de toda dominação estatalmente organizada que possa faticamente afirmar-se* ("modus vivendi"), *e o direito como condição de legitimidade da ordem de dominação que possa apelar à autoridade de leis justificadas.*

Habermas observa que, nas sociedades tradicionais, o direito sacralizado era visto como subtraído à capacidade de manipulação humana, e portanto era não instrumentalizável pelo poder político de origem divina. Mas isto muda radicalmente com a modernidade (como Maquiavel é emblemático!) e com sua a dessacralização da política e do direito: a partir de então, o poder político não pôde mais legitimar-se através de tradições sagradas ou através de um direito intrinsecamente legítimo. Esta fenda de legitimação entre um poder entendido instrumentalmente e um direito instrumentalizado foi preenchida pelo direito racional natural com o conceito de razão prática:

> "*Reason was supposed to replace the sacred resources of justice as these gradually dried up.* To some extent even modern natural law remained caught in the dogmatic spell of the traditional construction of political authority as legitimated through a suprapositive law. Social-contract theories did not overcome the idea of an original antagonism between law and power. *After the canopy of sacred law had collapsed, leaving behind as ruins the two pillars of politically enacted law and instrumentally employed power, reason alone was supposed to provide a substitute for sacred, self-authorizing law, a substitute that could give back true authority to a political legislator who was pictured as a power holder.*" (destacamos)

A proposta de Habermas não é substituir o potencial legitimador das instituições sacralizadas pelo potencial da razão prática, pois esta tarefa, que se baseia na filosofia do sujeito e vê como concorrentes ameaçadores o direito e o poder político, demonstrou-se fadada ao fracasso. A proposta de Habermas é *integrar o direito e a forma autêntica do poder político,* o poder comunicativo.

Segundo o seu modelo, o direito legítimo depende do exercício constante do poder comunicativo, e este poder comunicativo não tem um "dono", pois como

disse Hannah Arendt este poder "surge entre os homens quando estes atuam em conjunto e desaparece tão logo os homens se dispersam"[124]. Assim, a idéia básica de Habermas para que não seque a fonte da justiça nas sociedades pós-tradicionais, é que um poder comunicativo jurígeno esteja na base do poder administrativo do Estado.

Este poder comunicativo revela a faceta volitiva (e não meramente cognitiva) do discurso dirigido à obtenção de um entendimento comum. Habermas se utiliza aqui da concepção de poder para Hannah Arendt, segundo a qual o poder político não é nem a capacidade de imposição dos próprios interesses (violência) ou para a realização de fins coletivos, nem o poder administrativo de tomar decisões coletivamente vinculantes, mas é a força autorizadora que se manifesta na criação de direito legítimo e na fundação de instituições[125]:

> "*A communicative power of this kind can develop only in undeformed public spheres; it can issue only from structures of undamaged intersubjectivity found in nondistorted communication. It arises where opinion and will formation instantiate the productive force of the 'enlarged mentality' given with the unhindered communicative freedom each one has 'to make public use or one's reason at every point'.* This enlargement is accomplished by 'comparing our judgement with the possible rather than the actual judgements of others, and by putting ourselves in the place of any other man.'" (destacamos)

Assim como Habermas torna co-originárias a autonomia pública e a autonomia privada através de uma nova noção de *autonomia* (já agora baseada discursivamente e não através da filosofia do sujeito), também são tornados co-originários o poder político e o direito, identificando-se a produção do direito e a formação do poder, e ao mesmo tempo explicando porque o sistema de direitos deve aparecer como direito positivo, no sentido de que não pode reclamar para si uma validade moral que seja anterior à formação da vontade comum dos cidadãos.

Após caracterizar o poder comunicativo, Habermas afirma que o Estado Democrático de Direito deve ser entendido como a exigência de ligar o poder administrativo, regido pelo código do "poder", ao poder comunicativo criador de direito, e também com a exigência de manter o poder administrativo livre das interferências do "poder social", ou seja, da capacidade fática dos interesses privilegiados se imporem estrategicamente.

1.5.5 A formação discursiva da vontade política

A formação racional-discursiva da vontade política é uma rede de discursos morais, discursos ético-políticos, discursos pragmáticos e negociações reguladas por procedimentos equânimes[126].

Nos discursos pragmáticos, o papel principal é dos argumentos que relacionam o saber empírico com preferências dadas e valores desejados; ou seja, elegem-se racionalmente meios para o atingimento de fins pressupostos, e programas para a implementação de valores estabelecidos, além de se avaliarem metas à luz de valores aceitos.

[124] *Idem*, p. 147.
[125] *Idem*, p. 148.
[126] *Idem*, pp. 151 e ss.

Quando os fins e os valores se tornam problemáticos, entra em cena o discurso ético-político, pois as questões éticas são discutidas por membros que, em questões de vital importância, querem esclarecer a si mesmos qual é a forma de vida que compartilham e em função de quais ideais querem projetar sua vida em comum[127]. Os discursos éticos formam o foro no qual são afirmadas e negadas formas de vida à luz da apropriação crítica das tradições de um povo.

Os participantes dos discursos éticos decidem sempre à luz da forma de vida em que eles se encontram de fato, o que contrasta com os discursos morais, os quais exigem que os participantes se retirem dos contextos normativos contingentes e se livrem dos preconceitos cotidianos[128]:

> "The categorical 'ought' of moral norms is directed toward the autonomous will of actors who are prepared to be rationally bound by insight into what all could will. *Unlike free choice and resolve, this will is freed from the heteronomous features of contingent interests and value orientations, particular sociocultural forms of life, and identity-shaping traditions.*" (destacamos)

O discurso pragmático chega somente até o ponto em que são construídos programas possíveis e são avaliadas as suas conseqüências. Quando se trata de formar uma vontade razoável que adota determinados fins e objetivos, ocorre a entrada em cena de discursos morais, éticos ou negociações. Estas últimas são necessárias quando a questão em discussão envolve tantos interesses conflitantes, e de tantas maneiras relacionados a grupos sociais diversos, que não se mostra possível, através do discurso moral ou do discurso ético-político, generalizar-se um interesse ou afirmar-se o predomínio de um determinado valor em detrimento de outros.

Mas as negociações legítimas devem ser regidas por procedimentos que garantam um predomínio ainda que indireto do princípio do discurso. O predomínio direto do princípio do discurso é prejudicado porque o poder de barganha, com suas ameaças e falas capciosas, retira do discurso das negociações a energia comunicativa dos outros níveis de discursos[129]:

> "The discourse principle, which is supposed to secure an uncoerced consensus, can thus be brought to bear only indirectly, namely, through procedures that regulate bargaining from the standpoint of fairness. In this way, non-neutralizable bargaining power should at least be disciplined by its equal distribution among the parties."

As conclusões de Habermas são as seguintes: a formação discursiva da vontade política só admite negociações regidas por regras equânimes e relacionadas a interesses particulares não generalizáveis. No que tange aos discursos éticos, os seus resultados devem pelo menos não ser incompatíveis com princípios morais, como são as normas orientadas por concepções fundamentalistas e racistas, o que leva Habermas a dizer que somente quando são assumidas as condições do pensamento pós-metafísico os discursos ético-políticos levam a regulações que se baseiam no igual interesse de todos os membros da sociedade.

Em suma, somente a compatibilidade de todos os programas definidos discursivamente ou mediante negociação com o que é justificável moralmente as-

[127] *Idem*, p. 163.
[128] *Idem*, p. 164.
[129] *Idem*, p. 166.

segura que o princípio do discurso foi respeitado. Tudo isto, note-se, constitui pressupostos procedimentais, não se encontrando na teoria de Habermas princípios de justiça social tal como sugeridos por Rawls em sua teoria da justiça.

1.5.6 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é pensado por Habermas como a possibilidade de ligação entre o poder comunicativo da sociedade civil e o poder administrativo do Estado. Assim, *procura-se caminhar contra a tendência do poder político simplesmente instrumentalizar o direito para sua atuação estratégica.*

Stephen White resume muito bem o diagnóstico de Habermas quanto aos rumos tomados pelas sociedades contemporâneas[130], em que um impressionante potencial cultural de racionalização foi "colonizado" pela lógica de sistemas (mercado, burocracia) que coordenam as ações dos atores sociais através do meio do dinheiro e do poder burocratizado, sufocando o agir comunicativo e solidário[131]:

> "As such a lifeworld emerges, *an increasing number of spheres of social interaction are removed from guidance by inquestioned tradition and opened to coordination through consciously achieved agreement. Simultaneously with this advance in communicative rationalization, there also occurs an advance in the rationality of society as measured from a functionalist or systems perspective. This latter sort of rationalization means that there is an expansion of social subsystems that coordinate action through the media of money (capitalist economy) and administrative power (modern, centralized states).* The initially beneficial expansion of these media has progressed to the point, however, that they increasingly invade areas of social life that have been or could be coordinated by the medium of understanding or 'solidarity'. *Modernization in the West has thus generated a pathology: an unbalanced development of its potencial.*" (destacamos)

O direito positivo encontra no Estado Democrático de Direito a função não de abolir os subsistemas (talvez esta pretensão tenha sido o motivo da derrocada dos regimes políticos do "socialismo real"), mas de buscar um melhor balanceamento entre a ação coordenada pelo dinheiro e a ação coordenada pelo entendimento mútuo e pela solidariedade. Isto se dá através da conversão do poder comunicativo da cidadania em uma atividade administrativa eficaz e legítima.

No Estado Democrático de Direito, não é a forma jurídica que *per se* promove a integração da autonomia pública e da autonomia privada, e tampouco algum conteúdo moral dado *a priori,* mas antes um procedimento de produção legislativa gerador de legitimidade.

O Estado Democrático de Direito promove uma especial interpretação do princípio da soberania popular, erigindo as seguinte exigências:

- que um poder judiciário independente garanta uma ampla proteção legal aos indivíduos;

[130] WHITE, Stephen K. *Reason, modernity and democracy, in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1996, p. 8.
[131] *Idem, ibidem,* p. 9.

- que o poder executivo se sujeite à legalidade, ao controle por parte do poder judiciário e à fiscalização do poder legislativo;
- que haja uma separação entre sociedade civil e Estado, não nos moldes da ideologia do Estado Burguês de Direito, mas no intuito de *desprivatizar* o Estado, impedindo que empresas e organizações *lobistas* transformem seu poder social diretamente em poder político (seja através de influências junto à Administração Pública, seja através de manipulação da opinião pública por força do monopólio dos meios de comunicação de massa).

Habermas sintetiza a idéia do Estado Democrático de Direito no seguinte excerto[132]:

> "The institutions of the constitutional state are supposed *to secure an effective exercise of the political autonomy of socially autonomous citizens.* Specifically, such institutions must accomplish two things. On the one hand, *they must enable the communicative power of a rationally formed will to emerge and find binding expression in political and legal programs.* On the other hand, they *must allow this communicative power to circulate throughout society via the reasonable application and administrative implementation of legal programs,* so that it can foster social integration through the stabilization of expectations and the realizations of collective goals." (destacamos)

1.5.7 Os paradigmas jurídicos do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito

Um paradigma jurídico é, para Habermas, a imagem ou a idéia implícitas que determinada sociedade faz de si mesma, o que fornece uma perspectiva da prática legislativa e da prática de aplicação do direito em determinado momento histórico, orientando assim o projeto de realização de uma associação de cidadãos livres e iguais[133].

O paradigma jurídico é mais imediatamente distinguível nas graves decisões judiciais que deixam mostrar implícita ou explicitamente a idéia que os juízes fazem do direito e da própria sociedade, na medida em que justificam suas decisões, enfocam os fatos sociais e os relacionam a normas. Mas o paradigma jurídico é muito mais amplo, na medida em que a disputa em torno da correta compreensão paradigmática de um sistema jurídico, refletido no conjunto da sociedade, é uma disputa política que envolve todos os cidadãos, e não só os profissionais ligados mais diretamente ao direito[134].

O paradigma do direito formal burguês reflete uma separação entre o Estado e a sociedade, e uma correspondente separação entre o direito privado e o direito público. O direito privado, através da organização de uma sociedade civil despolitizada, preservada de intervenções estatais e centrada na economia, garantia o *status* de liberdade negativa dos atores jurídicos. De outro lado, o direito público tinha a função de regular o Estado autocrático e criar limites e freios à administração pública, além de proteger os indivíduos em seus direitos civis. De acordo com o clássico direito privado, que gozava de franca autonomia frente

[132] HABERMAS, *op. cit.,* p.176.
[133] *Idem,* p. 392.
[134] *Idem,* p. 395.

ao direito constitucional, o livre-arbítrio individual como liberdade negativa de fazer o que se quer é suficientemente garantido com o estabelecimento de certos direitos e instituições, como direitos individuais, proteção contra danos, e principalmente liberdade e autonomia contratual, e direito de propriedade, aliados a garantias institucionais quanto ao casamento e à família[135].

Veja-se a caracterização minuciosa de Habermas[136]:

> "According to this model, an economic society institutionalized in the form of private law (above all through property rights and contractual freedom) was separated from the sphere of the common good, the state, and left to the spontaneous workings of market mechanisms. *This 'private law society' was tailored for the autonomy of legal subjects who, primaly as markets participants, would seek and find their happiness by pursuing their own particular interests as rationally as possible.* The interpenetration of the principle of legal freedom with the universal right to equality grounded the normative expectation that the social justice could be concomitantly established by defining spheres of individual liberty, that is, by guaranteeing a negative legal status connected with a claim to corresponding individual legal protection." (destacamos)

O paradigma liberal do direito formal burguês chegou a uma exaustão na medida em que se percebeu que *a mera existência de leis gerais e abstratas não promovia uma igualdade autêntica, pois eram extremamente desiguais as condições concretas para o exercício efetivo das liberdades individuais garantidas pelas normas do direito comercial, das propriedades e das sucessões.* Ocorre então, com a passagem para o paradigma do Estado Social, tanto uma materialização das liberdades jurídicas quanto a criação de uma nova categoria de direitos fundamentais, os direitos dos cidadãos de receberem prestações sociais do Estado.

A partir do Estado Social, percebe-se que a permissão jurídica genérica de fazer ou omitir algo, se não for acompanhada de uma liberdade fática, carece de sentido, sendo que tal liberdade fática é vista como atingível em grande parte pelas prestações e pelo intervencionismo estatal. Assim, passam a ser cada vez mais comuns as legislações e decisões judiciais que impõem restrições aos clássicos direitos e liberdades privados (propriedade, contrato, sucessão). Segundo Habermas, o novo paradigma do Estado Social tinha dois componentes: de um lado, surgia a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa formada por domínios específicos de ação (sistemas) que empurrava os atores sociais para posições marginais de clientes, expondo-os a contingências das operações autônomas dos sistemas; de outro lado, havia a crença de que tais contingências poderiam ser domesticadas normativamente com o auxílio do poder administrativo e das medidas redistributivas do Estado do Bem-Estar cada vez mais ativo preventiva e reativamente[137]:

> "According to the liberal market model, society represents the result of a spontaneous forces and thus is something like a 'second nature' that resists the influence of individual actors. From the vantage point of the regulatory welfare state, however, society loses precisely this quasi-natural character. As soon as systeem conditions vary beyond a certain level determined by the 'limits of social tolerance', the state is held accountable for crisis conditions perceived to result from its own steering deficits."

135 *Idem*, p. 397.
136 *Idem*, p. 401.
137 *Idem*, p. 406.

A questão é que o paradigma do Estado Social apontava desde o primeiro instante para uma brutal insensibilidade das burocracias quanto às restrições dramáticas que os programas sociais acabavam por impor à autodeterminação dos indivíduos-clientes, cada vez mais tutelados e impedidos de conduzirem autonomamente os rumos de sua vida.

O que ocorre no Estado Social é uma curiosa concorrência, entre o Estado e os submetidos ao Estado, pela ampliação de seus âmbitos de ação, pelo que se pode dizer que este modelo paga pela expansão do Estado como ator social o preço da retração da autonomia dos atores individuais cada vez mais emaranhados em suas dependências sistêmicas.

Veja-se a descrição extremamente atual que nos oferece Habermas[138]:

> "The welfare state provides services and apportions life opportunities: by guaranteeing employment, security, health care, housing, minimum income, education, leisure, and natural bases of life, *it grants each person the material basis for a humanly dignified existence. But wich such overwhelming provisions, the welfare state obviously run the risk of impairing individual autonomy, precisely the autonomy it is supposed to promote by providing the factual preconditions for the equal opportunity to exercise negative freedoms.*"

A crítica de Habermas ao Estado Social é profunda, pois se julga que seus pressupostos não são afinal de contas distintos dos pressupostos do Estado liberal burguês, ambos compartilhando de uma visão produtivista de uma sociedade industrial capitalista. Enquanto a concepção liberal julga que a busca dos interesses privados atinge a justiça social, a concepção do Estado Social julga que esta justiça é, ao contrário, destruída pela busca dos interesses privados sem intervenção ou supervisão estatal. Mas *a justiça social é para ambos algo demasiadamente ligado à proteção jurídica do* status *negativo dos cidadãos, privilegiando de forma totalmente desbalanceada a autonomia privada em detrimento da autonomia pública dos atores sociais*. Por isso Habermas afirma que a disputa entre os dois paradigmas se resume na especificação das precondições para uma igualdade do *status* jurídico das pessoas em termos de destinatários da ordem jurídica, esquecendo-se ambos os paradigmas que a autonomia pública está ligada aos indivíduos enquanto autores do ordenamento jurídico[139], sendo que entre autonomia pública e autonomia privada há uma co-originalidade e uma dependência recíproca[140]:

> "Under postmetaphysical conditions, the only legitimate law is one that emerges from the discursive opinion and will formation of equally enfranchised citizens. *The latter can in turn adequately exercise their public autonomy, guaranteed by rights of communication and participation, only insofar as their private autonomy is guaranteed. A well-*

138 *Idem*, p. 407.
139 *Idem*, p. 408.
140 *Idem*, p. 409.

> *secured private autonomy helps 'secure the conditions' of public autonomy just as much as, conversely, the appropriate exercise of public autonomy helps 'secure the conditions' of private autonomy.* This mutual dependency, or circular reinforcement, is manifested in the genesis of valid law. This is because legitimate law reproduces itself only in the forms of a constitutionally regulated circulation of power, which should be nourished by the communications of an unsubverted public sphere rooted in the core private spheres of an undisturbed lifeworld via the networks of civil society." (destacamos)

Habermas propõe que, uma vez verificado que a garantia formal da autonomia privada se mostrou insuficiente (paradigma liberal), e uma vez que a intervenção e controle sociais pelo direito põem em risco a autonomia privada que se busca garantir ou restaurar (paradigma do Estado Social), deve-se buscar no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito uma forma que, mediante o agir comunicativo nas esferas do discurso público informal e institucionalizado, garanta simultaneamente a autonomia pública e a autonomia privada precisamente no momento em que emergem.

1.5.8 A relação dialética entre igualdade de fato e igualdade de direito

Sendo um dos temas fulcrais da presente monografia a *igualdade,* é importante abordar as contribuições de Habermas na identificação da relação problemática que se dá, no bojo das relações do Estado Social, entre a busca da igualdade de fato e o atingimento da igualdade de direito.

Antes de mais nada, cabe esclarecer que o *projeto* de Habermas é o de, sem retornar ao paradigma do direito formal burguês, coarctar o desenvolvimento atual da juridicização do Estado Social, que acaba por destruir, com seu paternalismo tutelador, o que declaradamente procura restaurar: a autonomia privada dos atores sociais. A intenção é, nas palavras de Habermas, "domar" o sistema econômico capitalista atual, reestruturando-o social e ecologicamente de forma a que o uso do poder administrativo seja trazido sob controle. Do ponto de vista da eficiência do poder administrativo, isto significa encontrar meios de a administração empregar formas moderadas de controle social indireto; do ponto de vista da legitimidade, isto significa ligar a administração pública ao poder comunicativo e imunizá-la de forma mais efetiva contra a colonização pelo poder ilegítimo[141].

Programas que contribuem muitíssimo para a implementação deste paradigma procedimental são, por exemplo, os relacionados à conscientização dos atores sociais (principalmente os mais carentes de recursos materiais e bens culturais) para a dinâmica da acionabilidade judicial de seus direitos subjetivos, não a partir de uma perspectiva paternalista de mera isenção de custas judiciais e garantia de defensores públicos que retirem dos desvalidos o peso de lidar com a selva de leis cambiantes, mas visando a *implicar* criticamente os indivíduos mesmos no processo de percepção, articulação, representação e imposição organizada de seus próprios interesses perante o Poder Judiciário e perante a administração[142].

[141] *Idem*, p. 410.
[142] *Idem*, p. 412.

A igualdade entre os cidadãos está intimamente relacionada à legitimidade da dominação política; ou seja, o princípio da igualdade contém em si as condições para que a sociedade seja regida pelo direito justo, conforme observa Habermas[143]:

> "Discourse theory explains the legitimacy of law by means of procedures and communicative presuppositions that, once they are legally institutionalized, ground the supposition that the processes of making and applying law lead to rational outcomes. *The norms passed by the political legislature prove their 'rationality' by the fact that addressees are treated as free and equal members of an association of legal subjects.* In short, this rationality is proven in the equal treatment of legal persons who at the same time are protected in their integrity." (destacamos)

Mas é óbvio que por tratamento igual das pessoas não se quer dizer tratar a todos da mesma forma, aplicando-se a mesma norma de tratamento. Habermas consigna que a igualdade *perante* a lei deve ser considerada juntamente com a igualdade substantiva ou material (igualdade *na* lei), segundo a qual as situações e pessoas consideradas iguais nos aspectos relevantes devem ter o mesmo tratamento, e as pessoas e situações que diferem nos aspectos relevantes devem ter tratamento diverso.

Até aí não há nada de original na visão de Habermas sobre a igualdade. O importante está em como Habermas concebe a maneira de justificar a "relevância" dos critérios igualadores e desigualadadores. Os critérios devem ser "justificados" em discursos próprios, e assim mostram-se por natureza problemáticos ou problematizáveis. Nesta justificação dos critérios, entra em cena o discurso comunicativo e seus pressupostos procedimentais. Assim, as razões para a justificação são boas ou "de peso" se forem capazes de ser demonstradas sob condições discursivas e mostrarem-se ao final aceitáveis racionalmente pelo público de cidadãos enquanto autores da ordem jurídica e atingidos por seus efeitos. Veja-se como, ao tratar do tema da igualdade, Habermas mais uma vez solidifica a idéia da dependência recíproca entre a autonomia pública e a autonomia privada[144]:

> "*Legitimate law closes the circle between the private autonomy of its adressees,* who are treated equally, *and the public autonomy of enfranchised citizens, who, as equally entitled authors of the legal order, must ultimately decide on the criteria of equal treatment.*" (destacamos)

O que importa para Habermas não é o fato de duas situações serem ou não tratadas de forma igual ou diversa, mas se tal igualdade ou diversidade foi fundamentada racionalmente através de um discurso comunicativo entre atores *igualmente* emancipados e dirigidos a um entendimento comum, cujo resultado é a identificação da relevância ou não dos fatos em comum entre dois indivíduos ou duas situações.

Aqui já podemos expor a toda luz a dialética que se dá entre igualdade de fato e igualdade de direito. O paradigma liberal sofria de uma "cegueira social"

[143] *Idem*, p. 414.
[144] *Idem*, p. 415.

na medida em que propugnava por uma igualdade de direitos negativos de liberdade que, na prática, resultava totalmente ilusória, uma vez que a definição abstrata de direitos iguais era negada por condições fáticas desiguais concernentes ao exercício destas mesmas liberdades pelos indivíduos. Assim, o paradigma do Estado Social procurou reverter tal "cegueira social" do paradigma anterior mediante a criação da igualdade fática (igualdade perante ou através da lei), com o intuito declarado de tornar efetivo o que era ilusório: a autonomia privada dos cidadãos. Veja-se[145]:

> "Insofar as *welfare compensations establish equal opportunities to make equal use of legal powers, compensation for material inequalities in life circumstances and power positions helps realize legal equality.* To this extent, the dialetic between legal and factual equality has been an inconspicuous motor of legal development for quite some time." (destacamos)

Contudo, a construção sistemática pelo Estado do Bem-Estar Social da igualdade fática levou a resultados bem diversos de uma autêntica garantia de autonomia privada. Ao contrário, o que ocorreu foi uma separação da autonomia pública da autonomia privada, o que converteu a última numa concessão paternalista e tuteladora, na medida em que os cidadãos beneficiários da igualdade material propiciada pelas provisões sociais vêem ao mesmo tempo terrivelmente restringida sua autonomia para decidir livremente sobre seus planos de vida. Ocorre o que Habermas concebe como a conversão de algo que seria uma *criação de possibilidades para o uso da liberdade* em algo que se impõe como uma *supervisão ou uma custódia por parte do Estado burocratizado.*

Segundo Habermas, o paradigma do Estado Social é míope para a dialética entre a justiça procedimental no processo de formação discursiva do direito e a justiça distributiva das oportunidades de vida socialmente produzidas, pois *a chave da concepção normativa do direito deve ser a idéia de autonomia, e não a idéia de bem-estar.* Assim, Habermas adverte que *no Estado Social ocorre uma indevida desconexão entre a igualdade na distribuição de direitos sociais e a igualdade dos indivíduos no exercício de sua autonomia pública enquanto autores da ordem jurídica.* Ou seja, ao mesmo tempo que são beneficiados em seu bem-estar por provisões sociais de um Estado assistencialista, os indivíduos que necessitam de tais provisões sociais tornam-se tutelados pela política pública paternalista, desfrutando assim de um *status* de cidadãos de segunda categoria: o que era para igualar desiguala mais ainda.

Mas este não é um dilema insolúvel, por isso mesmo que o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito busca substituir o igualitarismo distributivista do paradigma anterior por uma noção que, ao continuar buscando a igualdade fática, o faça principalmente sob o signo da autonomia e não simplesmente sob o signo do bem-estar, e assim nunca perca de vista que se os beneficiados por provisões sociais não puderem ver-se a si mesmos como autores das normas que assim dispõem, a busca da igualdade fática converte a igualdade jurídica, degenerando-a, em paternalismo tutelador.

Vê-se então que o novo paradigma cria a igualdade fática caso a caso, verificando-se a igualdade material contribui para o reforço dos laços entre a autonomia pública e a autonomia privada. Os critérios para tal exame, rigorosamente afinados com a concepção procedimental da teoria discursiva do direito, informam-se por um princípio intuitivo segundo o qual os cidadãos emancipados devem, exercitando sua autonomia pública, desenhar os contornos de sua autonomia privada de forma a qualificar suficientemente os indivíduos para exercerem seus papéis na esfera pública, cuja comunicação depende em última instância da participação de indivíduos que ofereçam "inputs" a partir de um mundo da vida cujos âmbitos nucleares privados estejam intactos, livres da colonização por parte dos meios que regem os subsistemas funcionais[146].

[145] *Idem*, p. 416.

Através da aplicação destes critérios de igualdade fática, por natureza contestáveis nas arenas discursivas (informais e institucionalizadas) que promovem a circulação do poder comunicativo e sua ligação com o poder administrativo, será possível avaliar se a criação de uma igualdade fática aprimora ou debilita a autonomia, identificando o ponto em que a idéia de fortalecimento da liberdade se transforma em supervisão tuteladora[147]:

> "These criteria also determine when a regulation results in formal legal discrimination or welfare-state paternalism. *A legal program proves to be discriminating if it is insensitive to how actual inequalities have side effects that in fact restrict the use of equally distributed liberties. And it proves to be paternalistic if it is insensitive to the freedom-restricting side effects of the state's compensation for those inequalities.*
> The recognition of claims to social benefits (and protection from ecological or technological threats) is justified in relative terms; such recognition is indirectly related to the guarantee of personal self-determination as a necessary condition for political self-determination." (destacamos)

1.6 A Igualdade Distributiva para Ronald Dworkin

Antes de procedermos às reflexões conclusivas acerca do exame até aqui feito das teorias de Kelsen, Perelman, Rawls e Habermas sobre o tema mais geral da justiça, julgamos interessante abordar as linhas essenciais da teoria de Ronald Dworkin sobre o tema específico da *igualdade distributiva.*

Em primeiro lugar, porque julgamos que a teoria de Dworkin fornece um contraponto para a crítica do princípio da diferença proposto por Rawls, o qual até aqui somente foi descrito pela ótica de seu formulador; em segundo lugar, a teoria de Dworkin toma o sistema tributário numa dimensão mais específica e significativa do que na teoria de Rawls, e assim podemos ensaiar uma aproximação ao tema de fundo da presente dissertação, ainda que a abordagem de Dworkin seja eminentemente especulativa e forneça muito mais uma filosofia da tributação do que uma teoria da tributação. De todo modo, Dworkin constrói uma relação entre a tributação e a garantia da igualdade dos cidadãos de uma forma muito mais clara e direta do que se pode perceber nos autores já estudados.

[146] *Idem*, p. 417.
[147] *Idem*, p. 418.

Ronald Dworkin, professor de direito da Universidade de Nova Iorque e da Universidade de Oxford, desenvolveu sua teoria sobre a igualdade principalmente em dois longos artigos escritos em 1981 na revista norte-americana *Philosophy and Public Affairs*. O primeiro artigo é intitulado What is Equality? Part I: Equality of Welfare[148] e o segundo artigo é intitulado What is Equality? Part II: Equality of Resources[149].

Dworkin inicia seu primeiro ensaio com uma importante distinção: a distinção entre tratar as pessoas igualmente ("treat people equally") e tratar as pessoas como iguais ("treat people as equals"). O ideal político da igualdade é tratar as pessoas como iguais, no sentido de que para a sociedade todos os indivíduos devem ter o mesmo valor intrínseco. Todavia, existem várias concepções de igualdade disputando qual a melhor forma de realizar aquele ideal político. Assim, há os que defendem que os indivíduos são tratados como iguais quando sua renda é igual, há os que defendem (contrariamente aos primeiros) que os indivíduos são tratados como iguais quando seu bem-estar é igual, ou quando sua felicidade é igual, e assim por diante. Dworkin se dispõe, pois, a examinar qual seria a melhor concepção de igualdade, no sentido de que melhor realiza o ideal de tratar os cidadãos como iguais, *"as equals"*. Como se verá ao final desta seção, a concepção eleita por Dworkin é a igualdade de recursos ("equality of resources").

Antes de passar ao exame das duas grandes concepções discutidas por Dworkin nos referidos artigos, deve-se esclarecer que sua teoria diz respeito a somente uma esfera da igualdade, a igualdade distributiva ("distributional equality"), enquanto a esfera da igualdade política não é abrangida por suas especulações, conforme o próprio autor reconhece[150]. Ao estudar a igualdade distributiva, Dworkin tem em mente eleger um critério ou alguns critérios para a distribuição de dinheiro, ativos e outros recursos entre os indivíduos, de modo a que o princípio de tratar os indivíduos como iguais seja cumprido ou concretizado da melhor forma. Na questão da igualdade distributiva, deve-se pois concluir qual esquema de distribuição de dinheiro, ativos e outros recursos trata realmente os cidadãos como iguais.

Dworkin propõe-se examinar duas teorias gerais sobre a igualdade distributiva. A teoria da igualdade de bem-estar ("equality of welfare") sustenta que um esquema distributivo trata os cidadãos como iguais quando distribui e transfere dinheiro, riqueza e recursos entre eles até o ponto em que nenhuma outra transferência adicional pode torná-los mais uniformes ("iguais") em *bem-estar*. A segunda teoria da igualdade distributiva é a igualdade de recursos ("equality of resources"), segundo a qual um esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando promove a distribuição e a transferência de recursos entre elas até o ponto em que nenhuma transferência adicional pode deixar suas parcelas do total de recursos mais uniformes ("iguais").

1.6.1 Igualdade de bem-estar

Segundo Dworkin, há um apelo imediato na idéia de que, se o ideal político da igualdade é mesmo relevante, é a igualdade de bem-estar que deve contar.

[148] *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* pp. 185-246.
[149] *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* pp. 283-345.
[150] *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* p. 186.

Isto porque o conceito de bem-estar ("welfare") foi inventado por economistas exatamente para buscar demonstrar o que é o *fim* e o que é o *meio* na vida das pessoas. O bem-estar foi tomado como uma *medida* para conferir um valor adequado aos recursos: os recursos são valiosos se podem produzir bem-estar, ou na medida em que podem produzir mais ou menos bem-estar. Assim, segundo esta teoria, se decidimos na base da igualdade, mas tomamos a igualdade em termos de recursos, desconectados do bem-estar por eles proporcionado, estaremos tomando por "fim" o que é apenas e tão-somente o "meio". A conclusão é pois a de que, se quisermos tratar genuinamente as pessoas como iguais, devemos propiciar que suas vidas sejam igualmente desejáveis, ou ao menos propiciar os meios ou recursos para tanto. Assim, o que importa para esta concepção é tornar igual o grau de bem-estar de cada um, e não a conta bancária ou o número de bens duráveis de consumo possuídos pelas pessoas.

Há um exemplo que mostra ao mesmo tempo a força e a debilidade desta teoria da igualdade de bem-estar. Imaginemos, propõe Dworkin, que um pai deve decidir como dividir sua herança entre os filhos, sendo que um deles é aleijado, outro é um *playboy* com gostos e manias extremamente sofisticados e caros, outro é um poeta de hábitos simples e frugais, e o último é um escultor promissor que necessita para desenvolver seu trabalho de adquirir materiais extremamente caros. Ninguém há de discordar que o filho aleijado merece, por justiça, receber um quinhão maior do que os outros, e a igualdade de bem-estar parece explicar bem esta reivindicação, demonstrando que o aleijado deve receber mais porque ele precisa de mais recursos (meio) para atingir o mesmo nível de bem-estar (fim) que os outros irmãos conseguem atingir com menos recursos.

Se essa explicação da situação do aleijado parece dar força à teoria da igualdade de bem-estar, a situação do filho *playboy* com gostos e manias sofisticados e caros revela sua debilidade, pois a igualdade de bem-estar, reconhecendo que este indivíduo também precisa de mais recursos do que por exemplo o filho poeta para atingir o mesmo grau de bem-estar, deveria predicar que o filho extravagante recebesse uma parcela maior de recursos do que o filho humilde - e isso é totalmente contrário à intuição que temos da idéia de justiça.

Para resolver esta aporia, uma solução seria a sociedade adotar parcialmente a teoria da igualdade de bem-estar, de forma a explicar que o aleijado tem direito a um maior quinhão, mas não o filho com gostos extravagantes. Pode-se aceitar, por exemplo, que *em princípio* os recursos da sociedade sejam distribuídos com o objetivo de que as pessoas tenham o mesmo bem-estar, mas que não sejam levadas em conta diferenças de bem-estar decorrentes ou oriundas de certas fontes, como gostos caros e manias extravagantes. Ou pode-se formular a teoria segundo a qual somente determinadas diferenças de bem-estar originadas de certas fontes, como defeitos físico-mentais de nascimento, devem ser minimizadas, dando dessarte à igualdade de bem-estar um papel bem mais reduzido na teoria da igualdade distributiva.

Deixando de lado as importantes críticas quanto à praticabilidade ou à viabilidade de uma sociedade pautar-se pela igualdade de bem-estar, pois o próprio conceito de bem-estar seria por demais vago e impreciso, além do que a comparação entre o bem-estar de cada indivíduo é extremamente difícil e subjetiva, Dworkin analisa uma a uma as diferentes concepções da igualdade de bem-estar. Estas diferentes concepções, propostas por vários filósofos e pensadores,

na verdade têm visões diferentes sobre o que seria o bem-estar, mas todas estatuem o princípio de que, na medida em que seja possível, ninguém deve ter menos bem-estar do que os outros indivíduos da sociedade.

Dentre as concepções sobre o significado do bem-estar dos indivíduos, Dworkin analisa a concepção de bem-estar como *sucesso* na realização das preferências, objetivos e ambições dos indivíduos ("success theories"), a concepção de bem-estar como um *estado mental consciente*, tido como a satisfação ("enjoyment") ou o contentamento ("conscious state theories"), e por fim a concepção objetiva do bem-estar ("objective conceptions"). A posição de Dworkin é a de que, apesar de ser relevante a busca filosófica do real sentido da idéia de bem-estar ("welfare"), há boas razões de moralidade política para não se buscar uma igualdade de bem-estar entre as pessoas, seja este bem-estar uma questão de sucesso individual ou uma questão de um certo estado mental consciente.

1.6.2 Crítica às teorias da igualdade de bem-estar como igualdade de sucesso individual - "success theories"

Quanto à questão da busca da igualdade entre os indivíduos em termos de bem-estar concebido como sucesso na aquisição ou preenchimento ("fulfillment") das preferências e objetivos individuais ("success theories")[151], Dworkin considera que tal tarefa deve necessariamente supor uma teoria de fundo que diga quais os critérios para uma justa repartição dos recursos sociais. Isto pelos seguinte motivos.

Os indivíduos se diferenciam muitíssimo uns dos outros por suas crenças nos valores de suas próprias vidas, apesar destas poderem ser, não obstante, bastante semelhantes. Dworkin dá o exemplo de duas pessoas que têm o mesmo padrão de vida, material e moral, vivendo sob as mesmas condições sociais, econômicas e familiares. Ocorre que a primeira destas pessoas considera que qualquer vida ocupada e ativa, com os contentamentos e satisfações cotidianos que ela possui, tem enorme valor e constitui um tesouro que merece ser buscado e guardado. A segunda pessoa, todavia, por ter um perfil filosófico que Rawls chamaria de "perfeccionismo" (à moda de Nietzsche), é muito exigente em sua idéia da vida que poderia ser tida ou considerada como uma vida preciosa e de sucesso. Assim, perguntando a esta segunda pessoa se considera sua vida como de muito valor e sucesso, a resposta seria totalmente diferente da que seria dada pela primeira pessoa, sendo que seria extremamente injusto transferir recursos da primeira pessoa para a segunda pessoa a fim de que os níveis de sucesso fossem equalizados[152].

[151] Dworkin considera que a forma irrestrita de tais teorias, que engloba o sucesso em relação à aquisição dos objetivos e preferências políticos e impessoais de cada cidadão, não tem condições de prosperar, pois as preferências e os objetivos políticos e impessoais dos cidadãos inexoravelmente entram em choque uns com os outros, ainda mais nas sociedades contemporâneas extremamente pluralistas. Assim, Dworkin critica tão-somente a versão restrita da igualdade de bem-estar como sucesso em relação aos objetivos e preferências estritamente pessoais: "We should therefore consider the most restricted form of equality of success that I shall discuss, which requires that distribution be arranged so that people are as nearly equal as distribution can make them in the degree to which each person's preferences about his own life and circumstances are fulfilled." What is Equality? Part One: Equality of Welfare, in *Philosophy and Public Affairs* 10 (1981), pp. 204.

[152] "Suppose that Jack and Jill have equal resources and that they are otherwise roughly similar in every way except in respect of their beliefs I am about to mention. They are both

Isto tudo demonstra a extrema dificuldade de comparar o sucesso de cada pessoa com o sucesso das outras ou o valor da vida de cada pessoa com o valor da vida das outras, porque é um elemento variável a própria crença das pessoas no valor da vida em geral.

Sendo assim, Dworkin chega à hipótese de compararmos o sucesso ou o valor da vida de cada um sem que sejam levadas em conta diferenças quanto às fantasias e convicções filosóficas individuais, mas tão-somente diferenças quanto ao cumprimento de certos objetivos à luz de certo modelo ("standard") do que *deve*, e não do que *pode* ser[153]:

> "*Differences in people's judgments about how well their lives are going overall are differences in their lives, reather than simply differences in their beliefs, only when they are differences, not in fantasy or convinction, but in fulfillment,* which is, I take it, a matter of measuring personal success or *failure against some standard of what should have been,* not merely of what might have been." (destacamos)

À luz desta nova orientação, consideram-se somente as diferenças entre os sucessos dos indivíduos quando o indivíduo de menor sucesso tem um pesar razoável ("reasonable regret") por não ter cumprido seus objetivos. Ou seja, não há de se considerar que um indivíduo tem menos sucesso na vida porque acha que a vida de um gênio ou de um indivíduo com poderes sobrenaturais tem muito mais valor do que a sua, e assim este indivíduo considera sua vida como de quase nenhum sucesso. Mas devemos considerar que um indivíduo tem menos sucesso na vida (e assim reclamar transferências de recursos para ele) se o mesmo não tem os poderes e dotes normais que a maioria dos indivíduos possui. Neste último caso, considera-se que o indivíduo pode lamentar razoavelmente ("reasonably regret") o fato de seu menor sucesso, ao contrário do primeiro caso. Assim, vê-se que qualquer teoria da igualdade do sucesso geral dos indivíduos que não tenha como essencial a idéia de pesar razoável ("reasonable regret") mostra-se irrelevante como candidata a ordenar a distribuição dos recursos sociais entre os indivíduos.

Aqui Dworkin chega a sua conclusão fundamental sobre as teorias do sucesso, pois qualquer compreensão que faça da idéia de "reasonable regret" uma noção fundamental deve incluir em sua descrição da igualdade como sucesso pressuposições sobre o que seria uma distribuição justa, e isto significa que a igualdade de bem estar em termos de sucesso individual não constitui em si uma teoria para uma justa distribuição dos recursos[154]:

> healthy, neither handicapped, both reasonably successful in their chosen occupations, neither outstandingly accomplished or creative. They take roughly the same enjoyment from their day-to-day life. But Jack (who has been much influenced by genre painting) thinks that any ordinary life fully engaged in projects is a life of value, while Jill (perhaps because she has taken Nietzche to heart) is much more demanding. Jack thinks, for example, that the life of a busy peasant who achieves very little and leaves nothing behind is full of value, while Jill thinks that such a life is only full of failure. If each is asked to assess the overall value of his or her own life, Jack would rate his high and Jill hers low. But there is surely no reason in that fact for tranferring resources from Jack to Jill provided only that Jill would then rate her life, while still of little overall success, a bit higher." *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* p. 213.

[153] *Idem,* p. 215.

[154] *Idem,* p. 217.

> "Equality of overall success cannot be stated as an attractive ideal at all without making the idea of reasonable regret central. *But that idea requires an independent theory of fair shares of social resources (this might, for example, be the theory that everyone is entitled to an equal share of resources) which would contradict equality of overall success not in some cases, but altogheter.*" (destacamos)

1.6.3 Crítica às teorias da igualdade de bem-estar como igualdade de satisfação, contentamento ("conscious state theories")

Inicialmente, as mesmas considerações quanto à necessidade de restringir a comparabilidade do grau de satisfação ou contentamento entre as pessoas às preferências e objetivos de ordem estritamente pessoal (afastando as preferências políticas e impessoais) são aplicáveis aqui.

Dworkin observa que o principal apelo da teoria da igualdade de satisfação (em sua forma restrita) é o de que ela reivindica tornar as pessoas iguais naquilo que elas valorizam igualmente. Todavia, o autor adverte que, para quase todas as pessoas, a dor ou a insatisfação são realmente um mal e fazem da vida menos desejável e valiosa, enquanto o prazer e o contentamento têm um valor positivo e tornam a vida mais desejável. Estados mentais conscientes como estes (dor, prazer) figuram realmente como componentes da concepção geral da boa vida, mas tão-somente como *componentes,* pois quase ninguém persegue somente o prazer na vida e quase ninguém faria um grande sacrifício de alguma coisa que valoriza tão-somente para evitar uma pequena quantidade de dor. Em resumo, pessoas diferentes dão a esses estados mentais conscientes (dor, prazer, satisfação, alegria) diferentes "pesos" ou importâncias: "must of us, I think, are dedicated to something whose value to us is not exhausted or captured in the enjoyment its realization will bring, and some are dedicated to more things in that way, or more strongly dedicated, than others"[155].

Assim, torna-se claro que o principal apelo da teoria da igualdade de satisfação contradiz a realidade e nega as óbvias particularidades de cada ser humano. Mas alguém poderia dizer, observa Dworkin, que a igualdade de satisfação ("equality of enjoyment") é um ideal político atrativo não porque todas as pessoas valorizam o estado mental "satisfação" da mesma maneira, quando se trata de decidir o que é importante para suas vidas, mas sim porque todas as pessoas *devem* valorizar tal estado da mesma maneira. Assim, o apelo é transformado e passa a ser o de que a teoria torna as pessoas iguais naquilo em que elas *deveriam* ser iguais.

Dworkin responde de duas formas a tal apelo: em primeiro lugar, que é errado supor que haja alguma evidência de que a vida mais valiosa é uma vida de máxima satisfação ou máximo prazer. E segundo, mesmo que houvesse tal evidência, a teoria da igualdade de satisfação não seria atrativa em uma sociedade em que grande parte dos indivíduos rejeita tal concepção, e rejeita lançando mão de suas mais profundas convicções sobre o bem.

Finalmente, Dworkin adverte que a necessidade de basear-se no conceito de "reasonable regret" também ocorre na teoria da igualdade de satisfação, principalmente quando pensamos nas pessoas perfeccionistas que sofrem terríveis in-

[155] *Idem,* p. 222.

satisfações e mesmo sofrimentos morais pelo fato de não serem tão ricas em talentos inatos e adquiridos como gostariam que fossem. Assim como seria intuitivamente injusto transferir recursos para estas pessoas por força de seu menor sucesso absoluto decorrente disto (teoria da igualdade de sucesso), também seria injusto transferir recursos para estas pessoas por força do estado mental de "insatisfação" ou "decepção" gerado por seu perfeccionismo.

1.6.4 Crítica às teorias objetivas do bem-estar

Vimos anteriormente que o principal problema das teorias da igualdade de sucesso e de satisfação é o papel intuitivamente injusto que a subjetividade de tais teorias acaba por desempenhar. Ou seja, viu-se que é caso bastante comum que dois indivíduos com a mesma renda, as mesmas origens sociais, a mesma educação, os mesmos talentos, que vivenciam os mesmos fatos cotidianos, tenham conceitos muito diversos sobre seu nível de sucesso ou sua satisfação, e tais níveis diferentes não devem autorizar automaticamente uma transferência de recursos.

A teoria objetiva do bem-estar busca eliminar este subjetivismo, através do conceito de "reasonable regret" (pesar razoável). Esta teoria julga as avaliações subjetivas dos indivíduos à luz de determinado padrão ("standard"), considerando em alguns casos que as avaliações são corretas e em outros que as avaliações são incorretas. Por exemplo: o padrão adotado pode indicar que está errada uma pessoa que não valoriza a amizade e julga que sua vida é muito boa apesar de não ter amigos e viver solitária. Assim, recursos serão transferidos para tal indivíduo partindo-se do pressuposto que seu sucesso geral ou seu contentamento é baixo nada obstante o próprio indivíduo o considere alto. Daí o caráter objetivo de tal teoria.

Dworkin observa que tal teoria objetiva invade a autonomia de cada indivíduo para decidir sobre os valores da sua vida, sendo que isso vai de encontro ao princípio que garante a liberdade individual no Estado de Direito. Some-se a isto o fato de que esta concepção objetiva também depende substancialmente do conceito de pesar razoável, e assim pede uma teoria independente de fundo, que diga quais são as partes justas e conseqüentemente quais indivíduos têm o "direito" de reclamar razoavelmente uma redistribuição de recursos.

1.6.5 Igualdade de recursos ("equality of resources")

Para se entender a teoria da igualdade de recursos proposta por Dworkin, é necessário seguir alguns passos do exemplo fornecido pelo autor.

Suponhamos que sobreviventes de um naufrágio chegam a uma ilha deserta com recursos abundantes e sem população nativa, e qualquer resgate se mostra muito improvável. A partir desta situação, Dworkin procura estabelecer os procedimentos destinados a atingir-se uma justiça distributiva, ou seja, uma divisão dos recursos possuídos pelos indivíduos que realize da melhor forma o ideal político segundo o qual todos os indivíduos têm o mesmo valor intrínseco.

Os indivíduos devem dividir os recursos da ilha igualmente, pois nenhum náufrago tem um valor superior ao dos outros. Para que tal divisão inicial dos recursos da ilha se mostre igualitária, Dworkin propõe a realização do teste da inveja ("envy test"), ou seja, a divisão será igual se nenhum dos náufragos cobiçar o quinhão de algum outro. Mas a aplicação deste teste não resolve totalmente

a situação, pois apesar de evitar-se a situação de um indivíduo preferir o quinhão de outro, não se evita a situação de um indivíduo preferir uma outra divisão, pois a combinação de recursos que compõe cada quinhão favorece alguns gostos em detrimento de outros[156].

Neste momento entra em cena o leilão proposto por Dworkin, um leilão em que cada indivíduo tem uma quantidade igual de recursos monetários para adquirir itens da ilha. Este leilão, em que cada um entra em igualdade de condições, gera um conjunto de quinhões que tem o mérito de ter sido atingido com cada pessoa tendo desempenhado um papel igual, através de suas compras sobre um estoque inicial de recursos. Assim, não se pode dizer que o conjunto efetivo de quinhões foi atingido de forma arbitrária.

Dworkin reconhece que a sorte desempenha um certo papel em determinar quão satisfeito alguém fica com o resultado do leilão. Um indivíduo que tem gosto por itens raros tem mais azar do que outro que tem gosto por itens mais abundantes. Todavia, a igualdade de recursos advogada por Dworkin, ao contrário da igualdade de bem-estar, não vê aí qualquer legitimidade para transferências de recursos. Veja-se[157]:

> "If the immigrants had decided to establish a regime of equality of welfare, instead of equality of resources, then these various pieces of good or bad luck would be shared with others, because distribution would be based, not on any auction of the sort I described, in which luck plays this role, but on a strategy of evening out differences in whatever concept of welfare had been chosen. (...)
> *Under equality of welfare, people are meant to decide what sorts of lives they want independently of information relevant to determining how much their choices will reduce or enhance the ability of others to have what they want. (...) Under equality of resources, however, people decide what sorts of lives to pursue against a background of information about the actual cost their choices impose on other people and hence on the total stock of resources that may fairly be used by them.*" (destacamos)

Aqui já começam a ficar claras as diferenças fundamentais entre a igualdade de bem-estar e a igualdade de recursos. Para esta última, os recursos devotados à vida de cada pessoa devem ser iguais, e estes recursos são medidos a partir da importância que outras pessoas dão a tais recursos. O julgamento de uma pessoa sobre qual a parcela justa de recursos a ser devotada a sua vida pressupõe necessariamente a medida acima mencionada, de forma que os gostos e preferências que variam de pessoa para pessoa não podem influir na igualdade da repartição dos recursos, ou seja, tal realidade subjetiva não pode servir de métrica para a repartição justa dos recursos.

156 "For the combination of resources that composes each bundle the divider creates will favor some tastes over others, compared with different combinations he might have composed. That is, different sets of n bundles might be created by trial and error, each of which would pass the envy test, so that for any such set that the divider chooses, someone will prefer that he had chosen a different set, even though that person would not prefer a different bundle within that set." What is equality - Part Two - Equality of Resources, *in Philosophy and Public Affairs 10 (1981)*, p. 286.

157 *Idem*, p. 288.

Do exposto, já podemos ter uma idéia da importância fundamental que a instituição do "mercado" desempenha na igualdade de recursos[158]. Todavia, Dworkin faz questão de salientar que o mercado é essencial pressupondo necessariamente que todos entram nele em igualdade de condições.

Este modelo inicial de leilão será trabalhado por Dworkin de forma a poder se aplicar de diversas formas às sociedades reais. Ou seja, Dworkin procurará responder à seguinte pergunta: qual estrutura deve este leilão tomar numa economia real, quais ajustamentos e complementos devem ser feitos na produção e nas trocas que se seguirão ao leilão inicial - para que os resultados continuem a satisfazer o requisito de que uma igual parcela dos recursos seja disponível a cada cidadão?

Após o término deste leilão inicial, o quadro é o seguinte[159]:

> "If the auction is successful as described, then equality of resources holds for the moment among the immigrants. But perhaps only for the moment, because *if they are left alone, once the auction is completed, to produce and trade as they wish, then the envy test will shortly fail. Some may be more skillful than others at producing what others want and will trade to get. Some may like to work, or to work in a way that will produce more to trade, while others like not to work or prefer to work at what will bring them less. Some will stay healthy while others fall sick, or lightning will strike the farms of others but avoid theirs. For any of these and dozens of other reasons some people will prefer the bundle others have in say, five years, to their own.*" (destacamos)

Diante deste quadro, Dworkin estabelece algumas diferenciações fundamentais. A primeira diferenciação é feita entre uma pessoa e suas circunstâncias. A pessoa é vista pela igualdade de recursos como inseparável das crenças, preferências, ambições e atitudes que definem como é para tal pessoa uma vida desejável e de sucesso. As circunstâncias da pessoa são compreendidas como as características físicas e mentais que propiciam os meios ou os impedimentos para se atingir aquela vida desejada ou de sucesso.

Os defeitos físicos ou mentais ("handicaps") são vistos pela igualdade de recursos como circunstâncias da pessoa, e assim fatores externos e arbitrários, que reclamam por compensação através de transferência de recursos. As ambições, os gostos, as preferências e as atitudes das pessoas são vistos pela igualdade de recursos como inerentes aos próprios indivíduos, algo que estes escolhem contra o "background" formado pelas informações do custo de tais preferências e gostos para os outros indivíduos da sociedade: "It is true that this argument produces a certain view of the distinction between a person and his circunstances, and assigns his tastes and ambitions to his person, and his physical and mental powers to his circunstances"[160].

158 "I argue that an equal division of resources pressuposes an economic market of some form, mainly as an analytical device but also, to a certain extent, as an actual political institution. (...) the idea of an economic market, as a device for setting prices for a vast varitey of goods and services, must be at the center of any attractive theoretical development of equality or resources." *Idem*, p. 284.

159 *Idem*, p. 293.

160 *Idem*, p. 303.

Por outro lado, Dworkin diferencia a sorte bruta ("brute luck") da sorte escolhida ("option luck"), da seguinte forma[161]:

> "Option luck is a matter of how deliberate and calculated gambles turn out - whether someone gains or loses through accepting an isolated risk he or she should have anticipated and might have declined. Brute luck is a matter of how risks fall out that are not in that sense deliberate gambles."

O instituto do seguro, se disponível, propicia uma ligação entre a sorte bruta e a sorte escolhida, na medida em que a pessoa pode escolher fazer um seguro contra uma fatalidade. Se a fatalidade se concretiza e o indivíduo tem seguro, então sua sorte escolhida foi melhor do que a sorte escolhida de quem não comprou o seguro e sofreu a fatalidade, apesar de em ambos os casos a sorte bruta ter sido a mesma.

Esta característica do mercado de seguros é relevante pois é a partir dessa perspectiva que a igualdade de recursos proposta por Dworkin justifica a transferência de recursos decorrente de defeitos físicos e mentais dos indivíduos ("handicaps")[162].

Assim, Dworkin propõe que o leilão inicial dos imigrantes imaginários seja complementado por um mercado hipotético de seguro, em que os imigrantes pagam prêmios que serão revertidos no futuro em benefício daqueles indivíduos que vierem a desenvolver em suas vidas concretas os defeitos físicos e mentais "segurados" ou "cobertos".

Vejamos a opinião de John Roemer a respeito deste mercado hipotético de seguros, e a correlação feita pelo autor entre tal mercado, a "posição original" e o "véu de ignorância" existentes na teoria da justiça de John Rawls[163]:

> "The third pass, to take handicaps into account, involves the construction of a hypothetical insurance market. Suppose it where possible meaningfully to distinguish between a person's tastes and her handicaps. Suppose we imagine all individuals as situated behind a 'thin' veil of ignorance, where each knows his preferences (conceptions of overall success, or of life plans) but not his handicaps. (This veil is thin in contrast with Rawls's, behind which souls do not know their preferences.). All do know, however, the distribution of handicaps in the actual world (but not the joint distribution of handicaps and preferences). *Behind this veil, each can purchase external resources using an initial equal allotment of clamshells (units of account), but also can purchase insurance against being born with a handicap. (...) Thus the presence of insurance markets transforms events of brute luck into events of option luck. Dworkin's view is that it is fair for persons to suffer the consequences of option luck, for persons decide how much to insure against those kinds of event. Brute luck, however, is a morally arbitrary (and hence unfair) way of distributing resources. Thus handicaps which cannot be insured against, and for which no compensation is otherwise forthcoming, are events of brute luck and unfair.* The hypothetical insurance market converts that brute luck into option luck for the 'souls' behind the veil. *Dworkin defines fair compensation for those in the actual society who suffer handicaps as the contingent compensation they would have purchased, knowing the risks of becoming handicapped, had insurance available.*" (destacamos)

[161] *Idem*, p. 293.

[162] "(...) the idea of a market in insurance provides a counter-factual guide through which equality of resources might face the problem of handicaps in the real world." *Idem*, p. 297.

[163] ROEMER, John. *Theories of Distributive Justice*. Cambridge : Harvard University Press, 1998, p. 248.

Após oferecer tal solução para a questão da justificativa de compensação no caso dos defeitos físicos e mentais ("handicaps"), Dworkin passa a ferir o tema dos diferentes talentos entre as pessoas.

Para Dworkin, supondo um leilão inicial com todos os indivíduos adquirindo recursos em igualdade de condições, se todos os indivíduos tivessem os mesmos talentos produtivos, seria contrário à igualdade enquanto ideal político redistribuir a riqueza daquele que opta por uma vida de trabalho duro e pouco consumo para aquele que prefere uma vida de pouco trabalho e bastante lazer e consumo. O teste da inveja ("envy test") deve pois ser aplicado diacronicamente, no sentido de que ninguém deve invejar o quinhão de recursos disponíveis aliado à ocupação de outrem ao longo de toda a vida, nada obstante possa haver inveja em relação ao quinhão de recursos de cada um num dado momento da vida.

Contudo, isto nada tem a ver com a posição segundo a qual quando os indivíduos começam em igualdade de posições e não ocorrem fraudes no decorrer do processo de trocas, a prosperidade de um nunca afeta negativamente os outros. Esta teoria é identificada por Dworkin como um tipo de igualdade de oportunidades, também citada negativamente por Rawls. Dworkin acredita que sempre que houver diferenças de talento entre as pessoas, e assim é nas sociedades reais, não se pode deixar livremente o mercado determinar o resultado final da distribuição de recursos entre os indivíduos, considerando-se qualquer distribuição de riqueza como justa. Esta teoria equivocada é chamada por Dworkin de "starting gate theory", numa alusão ao fato de que o que importa é a igualdade no início, permitindo-se a geração de desigualdades ao longo do processo, geradas pela superioridade de talentos de uns em relação a outros indivíduos.

A seguinte passagem é de importância fundamental para a compreensão do pensamento de Dworkin sobre as linhas mestras da igualdade de recursos, sintetizando grande parte de seu pensamento sobre a justiça distributiva:

> "So we must reject the starting-gate theory, and recognize that the requirements of equality (in the real world at least) pull in opposite directions. *On the one hand we must, on pain of violating equality, allow the distribution of resources at any particular moment to be (as we might say) ambition sensitive.* It must, that is, reflect the cost or benefit to others of the choices people make so that, for example, those who choose to invest rather than consume, or to consume less expensively reather than more, or to work in more rather than less profitable ways, must be permitted to retain the gains that flow from these decisions in an equal auction followed by free trade. *But on the other hand, we must not allow the distribution of resources at any moment to be endowment-sensitive, that is, to be affected by differences in ability of the sort that produce income differences in a laissez-faire economy among people with the same ambitions.*" (destacamos)

O desafio que se coloca perante a igualdade de recursos é encontrar um meio de distinguir as diferenças justas e injustas no nível de riqueza e renda dos indivíduos, geradas por sua vez pelas diferenças de ocupação. As diferenças injustas são aquelas advindas da sorte genética ("endowment-sensitive"), de talentos que fazem de certas pessoas prósperas mas que são negados a outras pessoas que explorariam tais talentos da melhor forma possível se os possuíssem.

O que Dworkin propõe é identificar as similaridades entre os "handicaps" e a relativa ausência de talentos e habilidades, para propor que o nível de compensação para os últimos seja fixado em princípio a partir da pergunta de quanto seguro alguém compraria num leilão com recursos igualmente distribuídos entre os participantes, tendo em vista a possibilidade de cada indivíduo não ter um determinado nível de certas habilidades e certos talentos. Assim, Dworkin acredita que se for possível considerar quanto seguro as pessoas comprariam para não correrem o risco de estarem abaixo de determinada linha de rendimentos, então se poderá criar um mecanismo para fixar ao menos os limites inferiores de um programa de tributação e redistribuição de renda e riqueza que satisfaça as demandas da igualdade de recursos.

Dworkin imagina uma situação parecida com a posição original de Rawls, em que os indivíduos são conscientes de suas habilidades e talentos, mas não sabem quanta renda estes talentos poderão gerar no âmbito da sociedade real, oferecendo-se assim a possibilidade de comprar seguro contra a situação de ganhar menos do que certo limite escolhido como a cobertura do seguro. O prêmio deste seguro seria pago não com o estoque inicial de recursos, mas constituiria parte da renda futura do segurado[164].

É exatamente este mercado hipotético de seguros contra a ausência relativa de talentos e habilidades que fornecerá as linhas essenciais da política de tributação e redistribuição sugerida por Dworkin. Para ele, quanto menor for o nível de renda escolhido como cobertura, mais pessoas irão comprar o seguro, pois como aumenta a probabilidade do segurado conseguir auferir uma renda maior do que a cobertura, o valor do prêmio tende a cair até que se constitua um bom negócio a compra da apólice.

1.6.6 Os tributos vistos como prêmios de seguro

Dworkin assume que há um meio de fixar o nível da cobertura média que seria atingida neste mercado hipotético de seguros, e de calcular o prêmio que tal nível de cobertura iria demandar. O prêmio seria uma suficientemente pequena na proporção da cobertura de modo que para a pessoa média a expectativa de bem-estar do seguro seria maior que a expectativa de bem-estar advinda da situação em que não se comprasse a apólice do seguro.

O que Dworkin propõe é transformar tal estrutura hipotética de seguros num esquema de tributação, baseando as exigências de tributos dos contribuintes na quantidade de prêmio exigida, para então redistribuir os tributos pagando, àqueles que não tiveram efetivamente habilidade para auferir a renda equivalente à cobertura dados os seus talentos reduzidos, a diferença entre a cobertura e a sua renda efetiva.

[164] *Idem, ibidem,* p. 317.

Segundo Dworkin, o mais razoável é supor que o prêmio em tal mercado hipotético de seguros seria fixado como uma função crescente da renda que o segurado viesse a ter na realidade, e não fixado numa base fixa independente da renda do segurado. Daí deriva Dworkin o caráter progressivo dos impostos existentes nas sociedades reais[165]:

> "The insurance firms would have reason to offer this different scheme if the total of premiums paid would be more, and the immigrants buying insurance would also have reason to accept it if the change increased their expected welfare under the conditions of equal risk we have stipulated. *Since we assume declining marginal utility of money over the range in question, as part of the assumptions on which we speculate that insurance would be bought at all, these conditions will be met. Immigrants would prefer a 'bet' under which the cost of the bet will be an increasing function of their income* (...)." (destacamos)

Assim, se pensarmos que os imigrantes do exemplo de Dworkin, como agentes racionais e iguais em valor, iriam optar por tal esquema de seguro contra relativas diminuições de talento e habilidades entre os indivíduos, o sistema tributário e as despesas públicas podem ser vistos com a mesma funcionalidade deste mercado imaginário de seguro[166]. Com esta função de redistribuição do sistema tributário, espera-se responder aos reclamos do problema da diferença de talentos entre os indivíduos, supondo um princípio maior que assegura igualdade inicial de recursos e risco igual de vir a possuir uma quantidade menor de talentos e habilidades.

A abordagem proposta por Dworkin, como o próprio autor reconhece, pode ser criticada por propor mais ou menos redistribuição de riqueza entre os indivíduos do que o necessário. Quanto à primeira crítica, Dworkin logo a descarta, explicando que o nível de cobertura a partir do qual se justificam as transferências será naturalmente inferior ao nível de renda capaz de ser produzido pela grande maioria dos indivíduos[167], até mesmo pela relação cobertura-prêmio.

Dworkin se demora mais quanto à objeção de que seu sistema de "igualdade de recursos" seria bastante tímido quanto às transferências de renda e riqueza entre os indivíduos. Segundo tal objeção aponta, e o próprio Dworkin reconhece, o sistema proposto pelo mercado hipotético de seguros procura colocar os indivíduos, cujos talentos não são tão lucrativos, na posição em que estariam se o risco desta má sorte bruta fosse repartido igualmente entre todas as pessoas. Mas o sistema não faz com que os indivíduos de talentos pouco lucrativos tenham a garantia da mesma posição econômica daqueles que encontraram meios mais lucrativos para exercer os seus talentos.

[165] Dworkin, Ronald. What is equality - Part Two - Equality of Resources, *in Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* pp. 324-325.

[166] Dworkin vê filosoficamente o sistema tributário e as despesas do governo como "a practical translation of a hypopthetical insurance market, which assumes equal initial assets and equal risk", e considera que tal abordagem fornece uma visão apropriada do problema dos talentos e habilidades diferenciados entre os indivíduos. *Idem,* p.327.

[167] Aproximadamente o nível de renda tomado como o salário mínimo nos Estados Unidos ou na Inglaterra, segundo supõe Dworkin. *Idem,* p. 321.

A resposta de Dworkin é a seguinte: realmente, o sistema das transferências guiadas pelo mercado hipotético de seguros não legitima alguém que tem as mesmas ambições (pessoa) mas talentos diferentes (circunstâncias) de uma estrela de Hollywood a pleitear a igualação de suas rendas ou de sua riqueza[168].

Dworkin não rebate diretamente tal argumento, mas simplesmente reconhece os limites de sua teoria da igualdade e pondera que a igualação de tais rendas e riquezas significaria uma radical mudança no sistema econômico, afetando todos os agentes de uma forma não totalmente passível de previsão[169]:

> "Claude cannot argue, on grounds of equality, for a world in which he has the movie star's income. *The immigrants cannot create a world in which everyone who would be willing to work movie-star hours can have movie-star pay. If Claude is unhappy with this situation, even after the tax scheme is put into play, he must propose a world in which no one will have such an income and his income will be relatively (and perhaps) absolutely higher in consequence.* But whichever such world he proposes will be changed not only for those who under our scheme would have more than he does, but for everyone else as well, including those for one reason or another, including their preferences for work, leisure and consumption, will have less. If, for example, no one can earn movie-star wages, people who wish to watch movies may perhaps find very different far available which, rightly or wrongly, they will not regard as highly as what they now have." (destacamos)

1.6.9 A teoria da igualdade de Dworkin em comparação com a teoria da justiça de Rawls

Em primeiro lugar, a teoria da justiça de Rawls tem por escopo toda a "estrutura básica" da sociedade, englobando assim também as relações políticas entre os cidadãos, enquanto a teoria de Dworkin sobre a igualdade vista na presente dissertação é limitada à relação entre os indivíduos no que tange à propriedade de recursos materiais.

Há entre as duas teorias vários pontos de convergência. Antes de tudo, cabe mencionar que ambos os autores foram motivados a escrever suas teorias como contra-argumentações à doutrina utilitarista, até então dominante no contexto anglo-saxão.

O primeiro princípio de justiça social de Rawls ("cada pessoa deve ter direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades básicas para todas as outras pessoas"), se limitado a seus aspectos econômico-materiais, é correspondido pela exigência do leilão inicial em igualdade de condições proposto por Dworkin. Ou seja, tanto um autor como o outro supõem que a igualdade exige que os indivíduos tenham as mesmas condições iniciais de prosperar na vida. Aspectos primordiais para o desenvolvimento humano, tais como saúde, moradia, educação, devem necessariamente ser garantidos a todos os cidadãos que iniciam sua vida, devendo ser praticamente eliminada qualquer desvantagem inicial como a que é impingida, numa sociedade desigual, aos indivíduos de determinada classe social ou de determinada raça ou de determinado sexo.

[168] "The immigrants cannot create a world in which everyone who would be willing to work movie-star hours can have movie-star pay." - "The brute fact remains that some people have much more than of what both desires, through no reason connected with choice". *Idem*, p. 329.

[169] *Idem*, p. 330.

Isto fica bem claro pela exigência de Dworkin de que todos os imigrantes, no exemplo imaginário, cheguem à ilha deserta com os mesmos recursos, e participem do leilão inicial em igualdade de condições. No mundo real, isto significa a exigência de que os indivíduos comecem a desenvolver atividades econômicas em igualdade de condições. Isto também fica claro com o conteúdo radicalmente igualitário do primeiro princípio de justiça de Rawls. Se isto não for garantido (como ocorre em quase todas as partes do mundo), o livre mercado perde qualquer funcionalidade em termos de justiça distributiva e se converte numa fonte de desigualdade e discriminação totalmente contrárias ao ideal político da igualdade.

As transferências geradas pelo mercado hipotético de seguros na teoria de Dworkin, tanto no que tange aos *handicaps* como aos diferenciais de talento e habilidade, encontram um paralelo na teoria de Rawls através de seu conceito de "igualdade eqüitativa de oportunidades", enquanto contraposto ao conceito elitista de "igualdade de oportunidades".

No final do artigo de Dworkin que vem sendo estudado nesta seção, o autor promove uma comparação entre sua teoria da "igualdade de recursos" e o segundo princípio de justiça de Rawls, o "princípio da diferença". Segundo Dworkin, as transferências propostas por seu mercado hipotético de seguros dariam muito mais valor às preferências, aos gostos e às ambições da pessoa, tratando cada indivíduo como portador de um próprio conceito de vida desejável, enquanto o princípio da diferença proposto por Rawls não seria sensível a tais particularidades pessoais, além do que se aplicaria às classes sociais determinadas um tanto quanto arbitrariamente[170]:

> "From the standpoint of our conception, *the difference principle is not sufficiently fine-tuned in a variety of ways. There is a conceded degree of arbitrarieness in the choice of any description of the worst-off group*, and this is, in any case, a group whose fortunes can be charted only through some mythical average of representative member of that group.(...)
> *Equality of resources, as described here, does not single out any group whose status has that position. It aims to provide a description (or rather a set of devices for aiming at) equality of resources person by person,* and the considerations of each person's history that affect what he should have, in the name of equality, do not include his membership in any economic or social class.
> The difference principle is tuned to only one of the dimensions of equality that equality of resources recognizes. The former supposes that flat equality in primary goods, without regard to differences in ambition, taste and occupation, or to differences in consumption, let alone differences in physical condition or handicap, is basic or true equality. (...)

[170] *Idem*, pp. 342-343.

> *This uni-dimensional analysis of equality would plainly be unsactisfactory if apllied person by person. It would fall before the argument that it is not an equal division of social resources when someone who consumes more of what other want nevertheless has as much left over as someone who consumes less. Nor that someone who chooses to work at a more productive occupation, measured by others want, should have no more resources in consequence than someone who prefers leisure.*" (destacamos)

Concordamos em parte com Dworkin. Em parte porque não podemos tomar a teoria de Rawls a partir dos mesmos pressupostos da teoria de Dworkin. Enquanto a teoria de Dworkin é limitada à igualdade nas relações individuais reduzidas à propriedade privada de recursos e ativos, a teoria de Rawls busca dar conta da justiça política globalmente considerada. Por isso mesmo Rawls dá maior peso ao relacionamento entre as classes sociais, sendo que o princípio da diferença tem como última *ratio* garantir a noção de "cooperação mútua" entre os grupos econômicos. Ou seja, não concordamos que Rawls tenha uma visão da igualdade que "deixe sem resposta" as questões relativas às diferenças interpessoais de ambições, gostos e preferências ("ambition-sensitive differences"): na verdade, sua teoria nem se propõe a responder tais questões, pois está interessada numa visão *macro* da sociedade política.

Por outro lado, isto leva à percepção que não andou bem Dworkin quando comparou as transferências de seu mercado hipotético de seguros com as transferências reclamadas pelo princípio da diferença de Rawls. Ora, as transferências do mercado hipotético de seguros, acionadas tanto pelos *handicaps* quanto pelos diferenciais de talento e habilidade, devem ser comparadas com o conceito de "igualdade eqüitativa de oportunidades" defendido por Rawls. Quando se faz isso, a crítica de Dworkin no sentido de que Rawls só tem uma visão de classe, e não "person by person", perde muito de seu vigor, pois enquanto o princípio da diferença está vinculado à garantia da cooperação social e do benefício mútuo, a igualdade eqüitativa de oportunidades está voltada para as condições individuais.

De todo modo, é inegável que a teoria de Dworkin constitui um avanço em relação à discussão da igualdade *vis-à-vis* as condições individuais em termos de personalidade, ambição, preferência quanto a determinado modo de vida etc.

John Roemer identifica muito bem estes avanços[171]:

> "Both Rawls's difference principle and Sem's equality of capabilities can be considered theories of equality of resources, where resources are defined as things that help people realize their plans of life or achieve success. *For Rawls, equality of resources has been attained when the bundles of primary social goods obtained by persons are equal* (...). Both Rawls and Sem emphasize the distinction between their definitions of resource equality and equality of welfare or success in achieving life plans (...). This they have in common with Dworkin. *Dworkin's innovations is to distinguish, more carefully than Rawls and Sem do, between a person's circunstances and his tastes and ambitions. His theory moves to center stage the issue or responsibility, which appears only embryonically in the work of Rawls and Sem.*" (destacamos)

[171] ROEMER, *op. cit.*, pp. 245-246.

1.7 Conclusão Parcial: a Viabilidade, a Funcionalidade e o Conteúdo Mínimo de uma Teoria Filosófica da Igualdade e da Justiça

Discordamos de Kelsen quando este afirma que a igualdade e a justiça são eternas "ilusões", no sentido de que representariam conceitos "irracionais" e não passíveis de uma abordagem filosófico-científica isenta dos preconceitos metafísicos do "jusnaturalismo" ou redondezas.

Na arguta análise clássica de Kelsen acerca das diversas normas de justiça eleitas pelo pensamento jusnaturalista, dois fatores contribuíam para a conclusão cética e negativista de Kelsen. O primeiro é o caráter eminentemente formalista e às vezes totalmente vazio das regras de justiça analisadas por Kelsen, tais como o "suum cuique" e a regra de ouro. Em segundo lugar, Kelsen analisava somente regras de justiça estanques e que se esgotavam num único comando, ignorando que ideais políticos como o de justiça e de igualdade devem ser criticados filosoficamente em termos de sistemas de pensamento ou teorias mais ou menos amplas sobre as relações entre os indivíduos em sociedade.

Concordamos inteiramente com Kelsen quando este demonstra que *quase* sempre os juristas definem igualdade e justiça ou de uma forma metafísica (apelando para uma idéia de Bem incompreensível pela razão e acima das relações humanas), ou de uma forma vazia de conteúdo e meramente formal (como o brocardo de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), ou ainda de uma forma ideológico-conservadora (pressupondo como natural um dado ordenamento positivo).

Contudo discordamos vivamente com a postura cética de Kelsen de reduzir o papel da ciência do direito ao formalismo de sua teoria pura, a qual como visto anteriormente se cala ante "o olhar esbugalhado da Górgona do poder", o que demonstra o quão contraditória é a clássica afirmação de Kelsen de que "do ser não deriva o dever ser", e vice-versa. Não podemos compartilhar da visão de uma teoria jusfilosófica que, como a teoria pura kelseniana, vê a diferença entre a dominação de um "bando de salteadores" e a dominação do Estado de Direito como uma mera questão de maior ou menor eficácia repressiva.

Escolhemos, para nosso estudo, a teoria da justiça de Rawls, a teoria discursiva do direito de Habermas e a teoria da igualdade distributiva de Dworkin porque elas constituem tentativas mais ou menos bem-sucedidas de tratar de temas fundamentais para a filosofia do direito segundo uma perspectiva racional e ponderada, que prima sobretudo pela visão substantiva e materializante dos temas, ultrapassando o formalismo com que tais temas são geralmente tratados pelos autores dogmáticos.

Quanto à viabilidade de teorias sobre a justiça e a igualdade, acreditamos que o desenvolvimento e as conclusões das teorias de Rawls, Habermas e Dworkin falam por si mesmos. Ou seja, não é que não sejam passíveis de críticas materiais e metodológicas, mas os princípios de justiça social propostos por Rawls e as exigências da igualdade propostas por Dworkin constituem instrumentos bastante úteis para se avaliar a legitimidade da dominação política exercida nas sociedades concretas da atualidade. E isto não tem nada a ver (como

parece supor Kelsen) com o afirmar que qualquer ordem que não atenda a estes princípios de justiça não constitui uma ordem jurídica.

Assim devem ser encaradas a viabilidade e a funcionalidade de uma empreitada filosófica em busca do conceito do justo e do conceito do igualitário.

Arrisquemos, por exemplo, uma análise da sociedade brasileira atual à luz dos princípios de justiça propostos por Rawls e à luz dos pressupostos para a igualdade traçados por Dworkin, como forma de colocarmos à prova a pré-falada funcionalidade das teorias.

A estrutura básica da sociedade brasileira nega totalmente o primeiro princípio de justiça de Rawls, o da "liberdade igual", principalmente quando se tem em mente o caráter substantivo e não meramente formal que Rawls confere a tal princípio.

Tomemos a liberdade que é talvez a fundamental, a liberdade política, a liberdade "dos antigos" descrita por Constant, a liberdade de participar e influir nas decisões mais importantes da sociedade quanto ao seu destino. Uma sociedade será mais ou menos justa na medida em que garanta ou não os meios concretos para uma "igual participação dos cidadãos" no poder. Este princípio de participação exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de tomar parte no, e contribuir para o resultado final do processo de formação das leis a que estes cidadãos se submeterão. O valor da liberdade política não depende da simples existência formal de instituições como eleições periódicas e direito de sufrágio universal, mas sim da existência de condições materiais que garantam a todos os cidadãos oportunidades eqüitativas de participação e influência no processo político, sendo que as liberdades básicas protegidas pelo princípio da igual participação perdem muito de seu valor na medida em que a elite socioeconômica usa e abusa de seu poder econômico para controlar, manipular e deturpar o curso do processo político.

O primeiro princípio de justiça social de Rawls transforma-se no conceito de "autonomia pública" na teoria discursiva de Habermas. Se verificarmos as condições da sociedade brasileira atual, veremos que há muito poucas arenas informais ou institucionalizadas nas quais pode ter lugar um discurso comunicativo incluindo todos os cidadãos como igualmente emancipados a fim de elaborar-se o direito legítimo como o meio principal de "conduzir" democraticamente a sociedade permeada pelo sistema funcional do mercado, por exemplo.

Se utilizarmos o primeiro princípio de justiça social de Rawls ou o conceito de autonomia pública para Habermas para aferirmos o quão justa ou legítima é a sociedade brasileira atual, verificaremos que o grau de justiça é mínimo. Nada obstante o fim do regime autoritário instituído em 1964 ter revigorado as garantias formais de participação na vida política, bem como os direitos individuais, é ainda bastante decepcionante o grau de justiça em termos de "igual participação política" dos cidadãos no processo de tomada das decisões fundamentais para o país.

Se analisarmos a sociedade brasileira atual à luz do segundo princípio de justiça de Rawls, a injustiça será ainda mais gritante. Conforme este segundo princípio, as desigualdades econômicas e sociais devem ser reguladas de maneira que, cumulativamente possam (a) beneficiar ou trazer vantagens consideráveis aos indivíduos menos favorecidos e (b) estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.

Segundo este princípio de justiça, não basta uma organização social em que as melhores posições estejam abertas "formalmente" a todos e à espera dos melhores talentos. Ou seja, não basta que todos os indivíduos tenham o mesmo "direito legal" a pleitear as posições mais privilegiadas, se a distribuição inicial dos "ativos" disponíveis para cada indivíduo é fortemente influenciada por contingências naturais e sociais. Isto significa que as posições não devem estar abertas a todos apenas sob um ponto de vista formal. Supondo uma dada distribuição de dotes e talentos naturais, a igualdade eqüitativa não permite que a posição socioeconômica do indivíduo interfira de forma determinante no sucesso ou não dos indivíduos na implementação de seus talentos.

Ou seja, o princípio determina que se assegurem iguais perspectivas de cultura e realização para todos os que são dotados e motivados de forma semelhante, independentemente de sua classe social, pois o nascimento em determinada classe é uma simples contingência e não pode ser levado em consideração. Refletir sobre a regência sobre a sociedade brasileira deste princípio implicará a constatação de uma sociedade das mais injustas do mundo, na qual grande parte dos indivíduos carece dos meios mais fundamentais para se colocar numa igualdade de condições para disputar os cargos e as posições economicamente superiores na sociedade.

Tributos desconcentradores de renda e riqueza, programas de educação e cultura destinados a eliminar ao máximo as barreiras de classe são alguns instrumentos básicos propostos por Rawls e cuja aplicação na sociedade brasileira está bem longe de um grau mínimo. Ou seja, vive-se no Brasil uma estrutura social que somente garante a abertura "formal" dos cargos e funções privilegiados, uma estrutura de "liberdade natural", enquanto os princípios da justiça de Rawls apontam para o que é chamado de sistema da "igualdade democrática", que combina a igualdade eqüitativa de oportunidades com o princípio da diferença.

Outra curiosidade que ressalta da análise da sociedade brasileira é que aqui ainda nem mesmo se chegou (e ao que tudo indica não se chegará) àquele ponto em que, segundo Habermas, o fortalecimento da liberdade jurídica por meio da igualdade fática operada pelo paradigma do Estado Social transforma-se em supervisão tuteladora e paternalista. Ou seja, em nossa sociedade a ideologia neoliberal prega uma volta ao paradigma do direito formal burguês sem que se tenha chegado propriamente ao ponto dilemático em que se viu o Estado Social na europa ocidental nos anos 80. Todavia, isto não significa que não nos sejam extremamente úteis os critérios de Habermas para adequar a necessária busca da igualdade fática com a preservação da auto-referência entre autonomia pública e autonomia privada, diferenciando entre os programas jurídicos discriminatórios e os programas jurídicos paternalistas.

Vejamos como a sociedade brasileira se comporta quanto ao princípio da diferença proposto por Rawls. Supondo-se uma estrutura social em que vigora o princípio da liberdade igual (primeiro princípio de justiça de Rawls) e o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades, as maiores expectativas (quanto ao rol de bens sociais primários) daqueles indivíduos que estão em melhor situação são justas se, e somente se, funcionam como parte de um esquema que melhora as expectativas dos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Assim, a

idéia é a de que a desigualdade que beneficia os mais favorecidos deve também, necessariamente, beneficiar os menos favorecidos.

A análise da distribuição da renda e da riqueza entre os extratos sociais na sociedade brasileira indica uma relação inversa. Analisando, por exemplo, o quadro econômico que se apresenta em 1999, verifica-se que os direitos à assistência e previdência social, os programas sociais, educacionais e de qualificação profissional das classes menos favorecidas estão sendo comprimidos a um mínimo na medida em que os gastos do Estado avolumam-se cada vez mais no que tange aos juros da dívida externa e interna pagos aos agentes econômicos que conformam a elite econômica nacional e internacional. Ou seja, o que se vê é um princípio da diferença às avessas: o governo propiciando, através de sua política econômica, uma piora da condição econômica das classes desfavorecidas em prol de um enriquecimento crescente das classes já ocupantes das melhores posições e dos melhores cargos "formalmente" disponíveis a todos.

Ou seja, analisando a estrutura básica da sociedade brasileira em função dos dois princípios de justiça de Rawls, constata-se uma realidade nua e crua: um país dilacerado por uma injustiça crônica que se prolonga por séculos e séculos. Note-se que tal conclusão decorre não de um referencial socialista ou comunista, mas de um referencial dos mais respeitados na pátria do capitalismo por excelência, os Estados Unidos da América do Norte.

Se verificarmos o grau de igualdade da sociedade brasileira à luz da teoria proposta por Dworkin, o quadro não será menos desanimador, bastando proceder à seguinte reflexão. Dentre as brutais desigualdades econômicas existentes na sociedade brasileira, qual a proporção que pode ser creditada a diferenças nas ambições, gostos e preferências individuais, e qual a proporção que pode ser creditada a inícios de vida ("starting points") desiguais em termos de recursos básicos tais como educação, alimentação, moradia, auto-estima individual, aliados ainda a condições raciais e étnicas adversas enfrentadas por grande parte dos brasileiros?

Esta reflexão indica algo muito claro, que em nossa opinião é o retrato da desigualdade substancial profunda que caracteriza a sociedade brasileira atual: o Estado brasileiro, e mesmo a ética elitista que impera na sociedade civil brasileira, não consideram que todos os indivíduos aqui nascidos e que aqui vivem têm o mesmo valor e devem ser tratados como iguais ("as equals"), merecendo o mesmo respeito e a mesma consideração por parte do Estado. O quadro social que se apresenta, em que parcela considerável da população nasce, vive e morre sob condições depauperadas e subhumanas, deixa algo muito claro: há "brasileiros" e "brasileiros", brasileiros de maior valor e brasileiros de menor valor, sendo que as instituições, os benefícios, os privilégios são concebidos e desenvolvidos somente para os primeiros, e isto desde já alguns séculos.

Em suma: uma reflexão filosófico-jurídica como a que pensamos ter realizado no presente capítulo indica a viabilidade da construção de uma teoria substancial da justiça e da igualdade. Por teoria *substancial* da justiça e da igualdade entendemos a teoria que vence tanto o formalismo vazio do positivismo lógico quanto a metafísica obscura dos jusnaturalistas e de seus sucedâneos atuais. *Substancial* não quer dizer aqui o oposto de *procedimental,* pois para Habermas, por exemplo, a única forma de sustentar-se no contexto das sociedades complexas pós-tradicionais um conceito de justiça e igualdade é através de uma

concepção *procedimental,* no sentido de que, ultrapassados os pressupostos da filosofia do sujeito e da racionalidade instrumental, é possível construir uma presunção de legitimidade e racionalidade do conteúdo (indeterminável *a priori*) de uma norma construída através de um discurso em que todos os cidadãos tomam parte como igualmente emancipados e promovem a mobilização incondicional de suas energias comunicativas empós de um entendimento mútuo.

À luz do conteúdo de justiça e de igualdade presente nas teorias vistas neste capítulo, pode-se avaliar o grau de justiça e de igualdade presente em determinada sociedade concreta, e isto consideramos ser o primeiro passo para atingir, de um ponto de vista consistente, o *princípio constitucional* da igualdade, o que veremos no capítulo seguinte.

1.7.1 Afinal, o que é a igualdade?

Antes de adentrarmos, no próximo capítulo, a discussão constitucional sobre o princípio da igualdade, julgamos oportuno fixar um conceito político-filosófico de igualdade, a partir do pensamento dos autores já estudados.

Consideramos inapropriada à construção de tal conceito a postura segundo a qual igualdade significaria tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. A uma porque tal pensamento quase sempre deixa sem resposta a questão fundamental consistente na própria "definição" de quem são afinal os iguais e os desiguais. A duas porque, mesmo superado o defeito do formalismo, esta postura confere um peso excessivo à "igualdade de tratamento", desviando o foco daquilo que nos parece essencial. Vejamos.

Imaginemos determinada lei que conceda bolsa especial de estudos, em instituições estrangeiras com renome mundial, para as crianças que obtiverem rendimento acima de 90% em um teste de inteligência dos mais rigorosos. Pode-se dizer que esta lei fere a igualdade, pois trata desigualmente aqueles que são iguais? A princípio a resposta seria negativa, pois diríamos que, tendo em vista o propósito da lei, as crianças superdotadas podem ser vistas como desiguais em relação às crianças normais, e assim estar-se-ia aplicando a máxima de tratar desigualmente os desiguais.

Agora imaginemos outra lei que conceda a mesma bolsa de estudos em função dos antepassados ilustres das crianças, que já tenham brilhado em seus estudos no exterior. Neste caso diríamos que a lei não respeita a igualdade, pois, tendo em vista os propósitos da lei, as crianças com antepassados notáveis não podem ser vistas como desiguais em relação às crianças normais, e assim estar-se-ia tratando desigualmente os iguais.

E por que a avaliação oscila em ambos os casos? A resposta preferida pela dogmática jurídica é que no primeiro caso o discrímen é *razoável,* enquanto no segundo é *arbitrário* e *discriminatório*. Assim, o conceito dos iguais (aos quais deve se dar o mesmo tratamento) e dos desiguais (aos quais deve se dar tratamento diverso) fica condicionado ao julgamento da razoabilidade ou arbitrariedade do discrímen contido na norma.

Consideramos que uma forma de evitar o caráter indireto da definição é conceituar a igualdade, tal como faz Dworkin, como *tratar os indivíduos como iguais,* no sentido de que todos os cidadãos que compõem determinada sociedade têm o mesmo valor intrínseco e merecem o mesmo respeito e considera-

ção enquanto membros da comunidade. Este é o critério fundamental, a partir do qual pode ser julgado se determinado discrímen violou ou não a igualdade.

Também para Habermas o essencial não é o fato de duas situações ou dois indivíduos serem ou não tratadas de forma igual ou diversa, mas se tal igualdade ou diversidade foi fundamentada racionalmente através de um discurso comunicativo entre os atores afetados pela norma, cujo resultado é a identificação da relevância ou não dos fatos em comum entre dois indivíduos ou duas situações.

Na primeira norma citada acima, por exemplo, não se pode dizer *a priori* que às crianças normais estão sendo negados o respeito e a consideração que elas merecem como cidadãos igualmente emancipados e livres. Examinando a adequação do conteúdo do tratamento diferenciado ao critério discriminatório, vê-se que o juízo normativo não se choca com a igualdade, ou seja, serem impedidas de obter a bolsa não faz das crianças normais cidadãos inferiorizados em relação às crianças superdotadas. No segundo exemplo, contudo, resta patente que a eleição do discrímen coloca os cidadãos de "linhagem nobre" como tendo um valor superior aos demais, e isto não é aceitável pelo princípio da igualdade.

A vantagem em se definir a igualdade como "tratar os indivíduos como iguais", no sentido aqui utilizado, é que na própria definição de "igualdade" está a chave para diferenciar entre discriminações justas e injustas, enquanto que tal não se verifica na definição de igualdade como "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", onde a chave radica não na igualdade propriamente dita, mas na razoabilidade ou não-arbitrariedade do discrímen.

Há uma outra vantagem na definição que defendemos, pois esta também oferece a chave para diferenciar quando dois indivíduos realmente diferentes *devem* ser tratados diferenciadamente, e quando dois indivíduos realmente diferentes *podem* ser tratados diferenciadamente, a critério do legislador. Por exemplo, um indivíduo que nasce com determinado defeito físico ou mental *deve* ser tratado pelo Estado com maiores cuidados, pois de outra forma estar-lhe-iam sendo negadas as condições para que sua cidadania fosse desfrutada em igualdade de condições em relação aos indivíduos considerados normais.

Todavia, no caso da primeira norma atinente às bolsas de estudo, a definição de igualdade aqui proposta indica que as crianças superdotadas *podem* fazer jus a um tratamento diferenciado daquela natureza, mas não há ali uma obrigatoriedade de tratamento diferenciado.

Pode-se dizer que também Habermas compartilha da opinião de que é muito mais apropriado definir a igualdade como "tratar os indivíduos como iguais" do que como "tratar os indivíduos igualmente". A diferença é que Habermas radica a igualdade não no conteúdo da norma (que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente), mas nos pressupostos que devem ser verificar no discurso que produz a norma. Ou seja, os cidadãos não devem necessariamente ser iguais na forma em que são tratados pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma. Assim, mais explicitamente do que todos os outros autores analisados, Habermas identifica o equívoco tradicional de encarar igualdade como vinculada somente ao momento em que a norma gera efeitos sobre os cidadãos-destinatários (autonomia privada) e não ao momento em que a norma é em si mesma um

efeito das ações dos cidadãos enquanto criadores-sujeitos do direito (autonomia pública).

Lançada a definição de que igualdade é tratar os indivíduos como iguais, no sentido de que todos os componentes de determinada sociedade têm o mesmo valor intrínseco e merecem o mesmo respeito e consideração enquanto cidadãos, tanto na esfera privada quanto na esfera pública de sua autonomia, cabe descrever em linhas gerais os critérios segundo os quais os indivíduos são tratados como iguais.

Na concepção de igualdade que julgamos mais apropriada, as comparações entre os indivíduos devem se fazer em dois campos distintos, conforme sugere Rawls. No plano das liberdades fundamentais (liberdade política, liberdade de pensamento, liberdade de religião, liberdade de assembléia), deve haver uma igualdade absoluta em sua distribuição entre os cidadãos, sendo que as liberdades básicas somente podem ser restringidas em prol das próprias liberdades básicas, quando uma liberdade específica choca-se parcialmente com outra. É fundamental adicionar a tal concepção a exigência de que a liberdade política de participação tenha o mesmo valor para todos os cidadãos, e isto se consegue com a utilização de instrumentos que impeçam que determinada elite econômica se aproprie dos meios de comunicação e das estruturas partidárias de forma a conduzir ideologicamente as questões nacionais, afastando do debate genuíno as principais questões do interesse da nação.

Tais medidas qualificam os atores que tomarão parte no discurso a ser conduzido comunicativamente na esfera pública, e fazendo isso constroem os pressupostos para a construção de um direito legítimo.

No plano da distribuição, entre os indivíduos, da renda, da riqueza, das oportunidades e das posições de comando e controle, não há que se desejar o nivelamento total dos ativos possuídos (igualdade de resultados) ou do nível de bem-estar dos cidadãos (igualdade de bem-estar), mesmo porque tal desejo restaria eternamente insatisfeito. Neste plano, a igualdade é concebida como igualdade eqüitativa de oportunidades, pela qual o poder público deve criar condições para que as desigualdades contingentes quanto a dotes naturais e posições sociais influam no menor grau possível na distribuição dos bens e recursos. Conforme observa Dworkin, a sociedade será tanto mais justa quanto as diferenças de riqueza forem decorrentes de diferenças nas ambições e escolhas das pessoas, e tanto mais injusta quanto as diferenças de riqueza foram decorrentes de circunstâncias não escolhidas pelos indivíduos, como uma condição social adversa implicando a negativa de recursos básicos como educação e saúde, uma ausência de dotes naturais etc.

Sem dúvida que a igualdade eqüitativa de oportunidades exige ações estatais que impliquem maiores gastos sociais com a educação e a formação profissional dos menos favorecidos, mas isto não tem por escopo nivelar totalmente os indivíduos. Aqui é interessante realçar a advertência de Habermas no sentido de que o essencial é a idéia de autonomia e não a idéia de bem-estar, sendo que a igualdade distributiva é muito mais uma conseqüência necessária de um efetivo exercício da autonomia pública por parte dos cidadãos[172]:

[172] HABERMAS, *op. cit.*, p. 418.

"*the system of rights only spells out what those who participate in the self-organization of a community of free and equal citizens must always already implicitly presuppose.* The idea of a just society is connected with the promise of emancipation and human dignity. *The distributive aspect of equal legal status and equal treatment - the just distribution of social benefits - is simply what results from the universalistic character of a law intended to guarantee the freedom and integrity of each.*" (destacamos)

Complementando a igualdade eqüitativa de oportunidades, Rawls concebe o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades de renda, riqueza, prerrogativas e poderes somente serão legítimas se contribuírem para a melhoria das condições dos menos favorecidos. O princípio da diferença representa o acordo da comunidade em considerar a distribuição de talentos naturais como um bem público e em dividir entre todos os indivíduos os benefícios desta distribuição.

Conforme observa Rawls, a distribuição natural dos dons, dotes e talentos não pode ser tido por justa ou injusta, adjetivos que se aplicam antes à forma como as instituições sociais lidam com tais diferenças de fortuna, incorporando ou não a arbitrariedade encontrada na natureza. Com o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades e o princípio da diferença, os homens concordam em conformar instituições sociais que permitem que alguém se valha da boa fortuna apenas na medida em que beneficie também os demais.

Além disso, Rawls sublinha que o princípio da diferença permite que permeie a sociedade um sentimento de reciprocidade, ou de benefício mútuo. Através do princípio da diferença, os mais favorecidos quanto aos bens sociais primários do segundo plano podem esperar a cooperação dos menos favorecidos, pois o princípio da diferença propõe aos menos favorecidos condições razoáveis, o que não ocorreria se permitíssemos a situação em que os benefícios marginais dos mais favorecidos implicassem a piora das condições de vida em geral dos menos favorecidos.

Mas é necessário não perder de vista a relação entre o princípio da diferença e a idéia de fraternidade, principalmente quando se tem em mente que a autoestima do indivíduo é um dos mais importantes bens sociais primários. Com efeito, mesmo atendido o princípio da diferença, a desigualdade entre os mais e os menos favorecidos não poderia atingir limites que afetassem os indivíduos menos favorecidos a ponto destes terem prejudicado o senso de seu próprio valor.

Por fim, resta avaliar a chamada "igualdade perante a lei", que foi encarada de forma bastante diversa pelos vários autores estudados. Enquanto Kelsen desclassificou tal igualdade como mera "aplicação correta da lei" ou uma conseqüência da generalidade das normas jurídicas, Perelman elegeu a "justiça formal" como o critério igualitário comum e fundamental de todas as concepções concretas de justiça.

Preferimos a posição intermediária de Rawls, que reconhece o valor da justiça formal ("igualdade perante a lei") como inerente ao "rule of law" ("Estado de Direito") e uma característica necessária para uma administração justa das leis e das instituições de uma sociedade. Se as instituições são imparcial e consistentemente administradas pelas autoridades competentes para tanto, se as leis são

aplicadas com regularidade, levando-se em conta em todos os casos de aplicação as similaridades e as diferenças definidas pela própria lei, podemos dizer que tal sistema possui uma justiça formal ("justice as regularity"). Se a esta justiça formal se acrescentam princípios como o da igualdade formal ("os iguais devem ser tratados igualmente"), o do "nullun crimen nulla poena nullum tributum sine lege", e um mínimo grau de devido processo legal, então pode-se dizer que vigora o "rule of law", independentemente, note-se bem, dos princípios de justiça substancial que conformem a estrutura básica da sociedade.

Assim não há uma sobrevalorização formalista da igualdade perante a lei, nem um desprezo tal como o de Kelsen. Rawls não se deslumbra porque sabe que o Estado de Direito pode estar presente em instituições extremamente injustas, já que tratar casos similares de maneira similar e garantir uma justiça livre de corrupção não basta para garantir uma justiça substantiva, que depende dos princípios a partir dos quais é definida a estrutura básica. De outro lado, o Estado de Direito e a igualdade formal relacionam-se de perto com a liberdade, principalmente no que diz respeito à regra da legalidade e ao devido processo legal, que contribuem para garantir o processo de garantia de expectativas legítimas entre os cidadãos, essencial para a cooperação social e a estabilidade dos vínculos de cidadania.

Finalmente, cabe identificar os laços estreitos entre a igualdade, na concepção de tratamento dos indivíduos como igualmente emancipados e livres, e a própria idéia de democracia. É exatamente a noção de igualdade que diferencia uma democracia meramente estatística, onde prevalece a premissa majoritária segundo a qual se deve obedecer sem mais a vontade da maioria dos cidadãos, de uma democracia constitucional, que *exige a presença de condições especiais para que a tomada de decisões pela maioria tenha uma presunção de legitimidade.* Sem tais condições especiais (igual liberdade de pensamento, expressão, religião, garantia de igual valor da liberdade política), resta inviabilizada a democracia constitucional, a qual se degenera em simples regra estatística.

Ora, o princípio da igualdade, e sua proteção pelo Poder Judiciário frente as leis, reflete exatamente tais condições especiais sob as quais deve operar a regra da maioria. Dworkin enfatiza que, a menos que vigorem estas condições democráticas (que apontam em última análise para a prevalência da igualdade entre os cidadãos), não se pode sustentar haver diferença substancial entre a premissa majoritária e os regimes absolutistas. É que apenas quando se mostram presentes as condições democráticas[173], os cidadãos tornam-se agentes genuínos da

[173] "The democratic conditions are the conditions of moral membership in a political community. (...) A political community cannot count anyone as a moral member unless it gives that person a part in any collective decision, a stake in it, and independence from it. First, each person must have an opportunity to make a difference in the collective decisions, and the force of his role - the magnitude of the difference he can make - must nor be structurally fixed or limited in ways that reflect assumptions about his worth or talent or ability, or the soundness of his convictions or tastes. (...) Second, the political process of a genuine community must express some bona fide conception of equal concern for all members, which means that political decisions that affect the distribution of wealth, benefits, and burdens must be consistent with equal concern for all. (...)" DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law - The moral reading of the American Constitution.* Cambridge : Harvard University Press, 1996, pp. 24-25.

comunidade política (e não meramente componentes numéricos), e assim pode existir a identificação entre a liberdade da comunidade e a liberdade do indivíduo[174]:

> "But powerful as the idea of democratic self-governance is, it is also deeeply mysterious. *Why am I free - how could I be thought to be governing myself - when I must obey what other people decide even if I think it wrong or unwise or unfair to me and my family? What difference can it make how many people must thunk the decision right and wise and fair if it is not necessary that I do? What kind of freedom is that? The answer to these enormously difficult questions begins in the communal conception of collective action.* If I am a genuine member of a political community, its act is in some pertinent sense my act, even when I argued and voted against it (...)." (destacamos)

174 DWORKIN. *Idem*, p. 22.

2. Princípio Constitucional da Igualdade - Aspectos Fundamentais

O tema da igualdade foi abordado no primeiro capítulo a partir de uma perspectiva filosófica, buscando-se uma fundamentação sólida deste ideal político na obra de alguns dos grandes teóricos da justiça da atualidade, como Rawls[1], Habermas e Dworkin. O estudo do tema sob o prisma filosófico buscou abrir novos horizontes argumentativos e amadurecer a discussão jurídico-dogmática da matéria, nada obstante reconhecermos que os jusfilósofos por nós escolhidos não representam a última palavra sobre a teoria da justiça no século XX, sendo que após a sua obra muitas críticas e reelaborações de seus pontos de vista ocorreram.

Agora, neste segundo capítulo, interessa-nos ingressar na discussão propriamente jurídico-dogmática[2] do tema da igualdade.

É fato notório que o ideal político da igualdade é positivado, com maior ou menor detalhamento, na generalidade das constituições do mundo contemporâneo, mais precisamente no capítulo dos direitos fundamentais do cidadão. Vejam-se os seguintes exemplos:

> Constituição brasileira
> "Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais;*
> IV - promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*."
> "Art. 5° (inserido no Título relativo aos direitos e garantias fundamentais) *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,* garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito* à vida, à liberdade, *à igualdade,* à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações,* nos termos desta Constituição; (...)" (destacamos)

1 Em sua obra clássica sobre a *Teoria de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 27), Alexy cita exatamente a teoria da justiça de Rawls como exemplo contemporâneo das teorias filosóficas que se ocupam da *fundamentação* dos direitos fundamentais.

2 Conforme Alexy, a dogmática jurídica, ou ciência do direito em sentido estrito, desdobra-se em três dimensões: a dimensão analítica, a dimensão empírica e a dimensão normativa. A dimensão analítica corresponde *grosso modo* à teoria geral do direito, englobando a compreensão sistemático-conceitual da ordem jurídica (conceito de norma, conceito de direito subjetivo, estudo da estrutura de um ordenamento positivo, conceito de ponderação de princípios). A dimensão empírica consiste no conhecimento do direito positivo válido, englobando não só a descrição do direito legislado como a descrição da práxis jurídica em geral, principalmente os precedentes judiciais. Por fim, a dimensão normativa corresponde à crítica valorativa da práxis jurídica, sobretudo da prática das decisões judiciais. Para Alexy, se a ciência do direito quiser cumprir racionalmente sua tarefa prática - fundamentar racionalmente juízos concretos de dever ser -, então tem que vincular reciprocamente essas três dimensões. (ALEXY, *op. cit.*, pp. 31-34).

Constituição espanhola
"Artículo 1º
1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores de su ordenamiento jurídico,* la libertad, la justicia, *la igualdad* e el pluralismo político. (...)"
"Art. 9º
2. Corresponde a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.* (...)"
"Art. 14. (inserido no Título dos direitos e deveres fundamentais) *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" (destacamos)

Constituição alemã (trad. espanhola)
"Artículo 3º (inserido no capítulo dos direitos fundamentais)
1. Todos los hombres son *iguales ante la ley.*
2. *Hombres y mujeres tendran los mismos derechos.*
3. *Nadie podra ser perjudicado ni privilegiado en consideracion a su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, creencias o concepciones religiosas o filosoficas.*"
"Artículo 33
1. Todos los alemanes tendran en cada Estado los mismos derechos y deberes civicos.
2. *Todos los alemanes tendran, segun su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos publicos.*
3. Seran independientes de toda profesion religiosa el disfrute de derechos civiles y civicos y la admision a cargos publicos, asi como los derechos adquiridos en la funcion publica, y *a nadie le podra derivar perjuicio alguno* por pertenecer o por no pertenecer a una confesion o ideologia determinada." (destacamos)

Por sua vez, a doutrina e a jurisprudência constitucional dos países de matriz européia ocidental referem-se quase sempre ao "princípio da igualdade", o que nos remete necessariamente ao estudo da idéia mesma de "princípio", como realidade normativa contraposta às regras.

2.1 A Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos (Dworkin e Alexy)

Como dito acima, doutrina e jurisprudência da generalidade dos países concebem o ideal político da igualdade, enquanto realidade jurídico-constitucional, como um "princípio".

A construção do conceito de *princípio jurídico,* e sua distinção das *regras jurídicas,* foi brilhantemente realizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores que tomaremos como referência teórica no desenvolvimento desta seção. Como para Alexy e Dworkin os princípios, ao lado das regras, formam as espécies do gênero *norma,* faz-se necessário apresentar preliminarmente o conceito de norma.

2.1.1 Conceito semântico de norma e conceito de norma de direito fundamental

Alexy parte de um conceito semântico de norma jurídica, que diferencia a *norma* de seu *enunciado*, sendo a *norma* o *significado* de um enunciado normativo, donde se conclui que uma mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico (que define uma relação de dever ser), mas todo enunciado normativo pode ser transformado lingüisticamente num enunciado deôntico. As modalidades deônticas fundamentais são o mandato, a proibição e a permissão. Com os enunciados proposicionais, expressa-se que algo é, enquanto que com os enunciados normativos se expressa que algo é proibido, ordenado ou permitido.

O conceito semântico de norma jurídica adotado por Alexy distingue claramente o conceito de norma e o conceito de validade da norma. Este autor considera que o conceito de norma não tem necessariamente de incorporar a validade da norma, pois assim como é possível expressar um pensamento sem supor o mesmo verdadeiro, é possível expressar uma norma sem tê-la necessariamente como válida. As teorias sobre a validade das normas ora tomam critérios sociológicos, ora tomam critérios jurídicos, ora tomam critérios morais para predicar como válidas determinadas normas. O conceito semântico de norma não pressupõe nenhuma dessas teorias como válidas, nem tampouco as exclui: o ponto é que cada uma destas teorias da validade tem que partir de *algo* para então predicá-lo como válido ou não, e para isto o mais adequado parece ser o conceito de norma tal como fornecido pela teoria adotada por Alexy[3].

Abordado o conceito de norma, adiantemos o que significa para Alexy a expressão "norma de direito fundamental", pois a igualdade constitui certamente um direito fundamental. A intenção da obra de Alexy sobre os direitos fundamentais é fazer uma teoria geral dos direitos fundamentais que decorrem da constituição alemã (Lei Fundamental), e assim a definição de Alexy visa diretamente a uma dogmática do direito alemão. Após rejeitar os critérios materiais e estruturais (como os propugnados por Carl Schmitt) para a identificação das normas de direito fundamental, e advogando para tanto a pertinência do critério formal (forma de positivação), assevera Alexy[4]:

> "Si se vinculan los dos criterios que se refieren al texto de la Constitución, es posible definir provisionalmente los conceptos de disposición de derecho fundamental y de norma de derecho fundamental de la siguiente manera: disposiciones de derecho fundamental son los enunciados contenidos en los artículos 1 a 19 LF y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 LF que confieren derechos individuales. Normas de derecho fundamental son las normas directamente expressadas por estos enunciados."

Sobre tal excerto há que esclarecer um par de questões. Em primeiro lugar, os dois critérios formais encontrados no texto da Constituição a que se refere

[3] *Idem,* pp. 58-59.
[4] *Idem,* p. 65.

Alexy são os seguintes: os artigos 1° a 19 da Lei Fundamental estão todos contidos no Primeiro Capítulo da Carta, intitulado "Dos direitos fundamentais"; os artigos 20, § 4°, 38, 101, 103 e 104, por sua vez, são citados expressamente no art. 93, § 1° da Constituição alemã como matérias ("direitos") em relação às quais o Tribunal Constitucional Federal se manifestará quando provocado[5]. Assim, Alexy propõe que somente estes dois critérios formais determinam com segurança quando um dispositivo contém ou não um enunciado de direito fundamental.

Em segundo lugar, a definição acima é chamada de provisória porque logo em seguida Alexy inclui dentre as normas de direito fundamental as *normas adscritas*, acrescentadas aos dispositivos da Constituição em virtude da abertura semântica e estrutural da maioria de tais dispositivos constitucionais.

A abertura semântica e estrutural das normas estatuídas diretamente pela Constituição faz com que seja necessário encontrarem-se normas que precisem o significado e a estrutura dos dispositivos constitucionais. Estas normas adscritas as reconhece como tal principalmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Exemplifiquemos a questão pela forma sugerida por Alexy:

"Artículo 5. [Constituição alemã]. (...)

3. Seran libres el arte y la ciencia, la investigacion y la ensenhanza."

Este dispositivo expressa uma norma aberta *semanticamente*, cabendo o estabelecimento de regras semânticas por parte do Tribunal Constitucional Federal, que precisem o que se deve entender por "ciência", por exemplo. Esta norma também é aberta *estruturalmente*, pois pelo mero enunciado normativo não se sabe se são exigidas do Estado ações específicas positivas no sentido de criar situações em benefício da liberdade da ciência, ou se somente é exigida do Estado a omissão no que tange a ações que impliquem violação da liberdade da ciência. Também não nos diz o simples enunciado normativo se os cientistas, por exemplo, adquirem com a norma algum direito subjetivo contra o Estado no que respeita à liberdade da ciência. Citando julgamentos concretos do Tribunal Constitucional, Alexy demonstra que nos mesmos foram reconhecidas as seguintes normas[6]:

> *1) Tudo que por seu conteúdo e forma é um intento sério e planejado de descobrimento da verdade deve ser livre. (precisão semântica)*
>
> *2) O Estado tem o dever de possibilitar e promover o livre cultivo da ciência livre e sua transmissão às futuras gerações, facilitando os meios pessoais, financeiros e organizativos. (precisão e fundamentação estrutural)*
>
> *3) Todo aquele que trabalhe na ciência, na investigação e no ensino - sob a reserva do dever e fidelidade de acordo com o artigo 5°, parágrafo 3°, frase 2 da Lei Fundamental - tem um direito de defesa contra toda influência estatal no processo de obtenção e transmissão dos conhecimentos científicos. (precisão e fundamentação estrutural)*

Precisamente estas normas, reconhecidas pelo Tribunal Constitucional Federal, são chamadas "normas adscritas" às normas diretamente estatuídas pela Constituição, e funcionam também como normas de direito fundamental segundo o modelo de Alexy.

2.1.2 Princípios e regras como espécies de normas jurídicas - a teoria de Dworkin

Dworkin talvez seja o autor contemporâneo que mais contribuiu para a importantíssima distinção entre princípios e regras jurídicas. Antes de analisarmos em profundidade a contribuição de Dworkin, vejamos o que ela representa no quadro geral do constitucionalismo contemporâneo, na opinião abalizada de Paulo Bonavides.

Segundo Bonavides[7], a juridicidade dos princípios passou, na história da teoria do direito, por três fases distintas: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

Na fase do jusnaturalismo, os princípios eram prestigiados mas ainda eram concebidos numa dimensão por demais abstrata e metafísica. Com a Escola Histórica do Direito, o jusnaturalismo é negado em nome de um positivismo que concebe os princípios como tendo uma função bastante limitada: já inseridos nos textos legais codificados, funcionam como válvulas de segurança para orientar a decisão daqueles casos não abrangidos expressamente pelas regras legais[8].

Quando se chega à idade do pós-positivismo, a teoria da distinção entre regras e princípios, ambos vistos como normas jurídicas, adquire bastante importância. Segundo Bonavides[9],

5 "Art. 93
1. El tribunal Constitucional Federal decidira: (...)
4a) sobre reclamaciones de orden constitucional (Verfassungsibeschwerden) que podran ser interpuestas por cualquiera mediante alegacion de que la autoridad publica le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los articulos 20, parrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104;"

6 ALEXY, *op. cit.*, pp. 66-73.

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. São Paulo : Malheiros, pp. 228-265.

8 Segundo Bonavides, "a segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como válvula de segurança, que garante o 'reinado absoluto da lei'. Com efeito, assinalou Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como 'válvula de segurança', e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para 'estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo." *Op. cit.*, p. 235. Esta característica do positivismo é focalizada por Dworkin, que conforme se verá adiante, a ela contrapõe uma outra concepção de direito. O modelo juspositivista é resumido por Dworkin em três "dogmas", sendo que a função acima especificada dos princípios jurídicos se relaciona de perto com o segundo dos dogmas, que diz o seguinte: "The set of these valid legal rules is exhaustive of 'the law', so that if someone's case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot decided by 'applying the law'. It must be decided by some official, like a judge, 'exercising his discretion', which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one". DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 17. Ou seja, os princípios jurídicos são para os positivistas entes com menor normatividade que as regras, e constituem os *standards* que devem guiar os juízes quando as regras não contiverem a resposta jurídica para o caso concreto ou quando as regras não forem elas próprias muito claras.

9 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 237.

> *"A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.*
> (...)
> *É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada por Dworkin,* jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definida reconhecida aos princípios." (destacamos)

Pois bem. Analisando importantes precedentes judiciais do direito norte-americano, Dworkin percebe que os tribunais não raro decidem os casos aplicando normas que dificilmente se encaixariam no figurino de uma regra jurídica ("legal rules"). As regras jurídicas são aplicáveis segundo um modelo "tudo ou nada", ou seja, ou a regra é válida e assim deve prevalecer a conseqüência jurídica nela determinada todas as vezes que o pressuposto de fato se verificar no mundo fenomênico, ou então a norma é inválida e fica prejudicada a conseqüência jurídica prevista na norma.

No caso de duas normas indicarem soluções contraditórias para uma mesma questão, uma delas deve ser declarada inválida, através da utilização das diversas técnicas jurídicas previstas para este solucionar este conflito[10]:

> *"If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves.* A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort. A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles." (destacamos)

No caso dos princípios ("legal principles"), dá-se uma configuração lógica e aplicativa totalmente diversa, em que o enunciado normativo, ao invés de apontar para um pressuposto de fato definido e determinar uma dada conseqüência jurídica, limita-se a estabelecer uma razão que aponta para uma direção decisória. O exemplo mais citado por Dworkin em seu artigo "The Model of Rules - I"[11] é o princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza, princípio que foi aplicado por um tribunal de Nova Iorque em 1889 (*Riggs x Palmer*) ao decidir que o neto que cometera homicídio contra o avô para adquirir desde logo sua parte na herança (prevista em testamento) não tinha direito a herdar, nada obstante nenhuma regra do direito das sucessões do Estado de Nova Iorque contivesse a previsão de tal restrição quanto ao direito de herdar.

[10] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1978, p. 27.
[11] *Idem, ibidem,* pp. 14-46.

Dworkin explica que os princípios não definem conseqüências jurídicas que decorrerão automaticamente de fatos ocorridos na realidade. Tampouco prejudica o princípio segundo o qual "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza" o fato de haver situações em que o direito permite que alguém se beneficie mesmo tendo descumprido certo dever legal. Estas situações não infirmam o caráter de princípio da referida norma, nem mesmo exigem que a norma seja modificada para incluir exceções[12]:

> *"A principle* like 'no man may profit from his own wrong' *does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.* If a man has or is about to receive something, as a direct result of something illegal he did to get it, then that is *a reason which the law will take into account in deciding* whether he should keep it. *There may be other principles or policies arguing in the other direction* - a policy of securing title, for example, or a principle limiting punishment to what the legislature has stipulated. *If so, our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contraventing considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive. All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another."* (destacamos)

Por outro lado, os conflitos de princípios não se resolvem pelo critério da validade, mas pelo critério do peso relativo de cada um, sendo que o julgamento segundo o qual um princípio ("principle") ou uma política ("policy") é mais ou menos importante do que outro é quase sempre uma questão aberta a controvérsias.

A forma lingüística muitas vezes não constituirá um critério seguro para distinguir a regra de um princípio, sendo que muitas vezes esta própria caracterização será um foco de controvérsias entre os doutrinadores: alguns considerando que determinado dispositivo encarta uma regra, e outros considerando que se trata de um princípio. Dworkin exemplifica com a Primeira Emenda à Constituição Americana, segundo a qual o Congresso não produzirá leis que limitem a liberdade de expressão ("Congress shall make no law abridging the freedom of speech"): aqueles que interpretam tal dispositivo como uma regra dirão que se uma lei particular limita a liberdade de expressão ela deve ser declarada sem mais como inconstitucional; aqueles que interpretam tal dispositivo como um princípio reputarão tal lei como inconstitucional a não ser que o contexto apresente algum outro princípio que nas circunstâncias específicas demonstre ter mais peso ("weighty") do que o princípio da liberdade de expressão ("balancing of principles").

Muitas vezes tem-se uma norma que logicamente funciona como uma regra, mas que substancialmente funciona como um princípio, como é o caso das normas em que a interpretação dos tribunais utiliza termos como *razoável, negligente, relevante, injusto,* etc.[13]. Acreditamos que este tópico é extremamente

[12] *Idem, ibidem,* p. 26.
[13] *Idem, ibidem,* p. 28.

relevante no que toca ao princípio constitucional da igualdade concebido como tratar os indivíduos como iguais, pelo que voltaremos a abordá-lo com mais detalhes na seção seguinte.

2.1.3 A teorização de Alexy

As idéias fundamentais de Alexy sobre a distinção regra x princípio são as mesmas de Dworkin, mas o jurista alemão confere maior formalização às suas concepções sobre tal distinção no desenrolar do terceiro capítulo de sua *Teoria de los derechos fundamentales*[14]. Vejamos.

A distinção entre regras e princípios é considerada por Alexy como uma das chaves para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Para o autor, tanto as regras quanto os princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é a distinção, pois, entre dois tipos de normas.

Após afastar um a um os critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios[15], Alexy faz questão de frisar que entre as regras e os princípios há uma diferença que não é só de grau, mas uma diferença qualitativa.

O princípio é uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização,* caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais mas também das possibilidades jurídicas. No âmbito de tais possibilidades jurídicas, explica Alexy, encontram-se naturalmente os princípios e regras opostos[16].

Alexy frisa em seu trabalho que a caracterização dos princípios como mandatos de otimização é o que diferencia de forma mais clara sua teoria da de Dworkin.

Por outro lado, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela prescreve, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível.

[14] Segundo Bonavides, "a par da reviravolta antipositivista de Dworkin, num momento culminante para o advento do pós-positivismo, urge, tocante aos princípios, acompanhar a escalada e o desdobramento da doutrina, desde a tibieza inicial de Betti e Esser em reconhecer-lhes a normatividade, até as posições mais recentes e definidas no constitucionalismo contemporâneo e seus precursores, que erigiram os princípios a categorias de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora.
Para tanto, contribuíram sobremodo o jurista alemão Alexy e também alguns publicistas da Espanha e Itália, receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas da compreensão do fenômeno constitucional (...)". *Op. cit.,* p. 238.

[15] O critério mais difundido é o da generalidade, segundo o qual os princípios seriam normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas de um grau de generalidade relativamente baixo. A determinabilidade dos casos de aplicação (maior no caso das regras e menor no caso dos princípios), a forma de gênesis normativa (normas criadas - regras e normas desenvolvidas - princípios), o caráter explícito de conteúdo valorativo, a referência à idéia do direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para o ordenamento jurídico são outros critérios tradicionais citados por Alexy. ALEXY, Robert, *op. cit.,* p. 84.

[16] *Idem,* pp. 86-87.

A distinção entre regras e princípios fica clara quando se analisam as colisões de princípios e os conflitos de regras. É comum a ambos o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, a dois juízos de dever ser contraditórios. Mas a forma como se soluciona este conflito diferencia as regras dos princípios.

Um conflito de regras somente pode ser solucionado introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida pelo menos uma das regras.

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente diversa. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve *ceder* ao outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que deu lugar a outro nem que naquele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios *precede* ao outro, e sob outras circunstâncias a questão da precedência poderia ser solucionada de maneira inversa[17]. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que prima o princípio de maior peso. Aqui a argumentação de Alexy é idêntica à de Dworkin.

Assim, os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios - como só podem entrar em colisão princípios válidos - tem lugar mais além da dimensão da validade, tem lugar na dimensão do peso[18].

A lei de colisão consiste no procedimento de ponderação de bens jurídicos, para decidir qual dos interesses jurídicos, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso concreto. A solução da colisão consiste na verdade em que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, estabelece-se entre os princípios uma relação de *precedência condicionada.* A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso concreto, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro.

Segundo Alexy, quase todos os princípios apresentam somente relações de precedência condicionada (concreta ou relativa) quando entram em colisão com outros, sendo que somente o princípio da dignidade humana é concebido como tendo uma precedência absoluta ou incondicionada.

A lei de colisão de princípios afirmada por Alexy é a seguinte: o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 sob as condições C dadas no caso concreto. A ponderação (geralmente de um tribunal constitucional) consiste na menção das condições de precedência e na fundamentação da tese de que sob tais condições P1 precede a P2.

Como resultado de toda ponderação correta sobre direitos fundamentais, pode formular-se uma norma de direito fundamental adicional (acrescentada, adscrita) com caráter de regra, de acordo com a qual pode ser julgado o caso concreto.

[17] Para Alexy, o conceito de colisão de princípios e sua lei respectiva supõem a validade dos princípios que entram em colisão. Assim, se pensarmos no princípio de discriminação racial, não é possível realizar sua ponderação com outro princípio, porque então o que ocorreria seria a declaração de que um dos princípios é inválido e não pertence ao ordenamento jurídico. *Op. cit.,* p. 105.

[18] *Idem,* p. 89.

Ou seja, as condições sob as quais um princípio precede o outro concorrente passam a constituir o pressuposto de fato de uma regra cuja conseqüência é a mesma do princípio precedente. Portanto, ainda que todas as normas de direito fundamental diretamente ditadas pelo constituinte tivessem exclusivamente o caráter de princípios - algo que não é verdade para Alexy - ainda assim existiriam entre as normas de direito fundamental algumas que seriam regras (as adscritas, adicionais).

Segundo Alexy, há um diferente caráter *prima facie* nas regras e nos princípios[19]. Os princípios ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm mandatos definitivos mas mandatos *prima facie.* Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser *deslocadas* por razões opostas. O princípio não determina como se há de resolver a relação entre uma razão e outra oposta. Por isso os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, elas contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir a sua invalidade; mas, se não é este o caso, então vale definitivamente o que a regra diz.

Por isso se poderia pensar que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Tal modelo se perceberia, segundo Alexy, em Dworkin, o qual afirma que as regras, quando válidas, são aplicáveis de uma maneira "tudo ou nada", enquanto os princípios somente contêm uma razão que indica uma direção mas que não têm como conseqüência necessariamente uma determinada decisão. Alexy alega que este modelo é demasiado simples, devendo ser buscado um modelo mais diferenciado, mantendo todavia o caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre do fato de que é possível, por motivo da decisão de um caso, introduzir nas regras uma cláusula de exceção. Quando isto ocorre, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode levar-se a cabo sobre a base de um princípio, como no caso do procedimento hermenêutico conhecido por *redução teleológica*. Mas Alexy adverte o seguinte[20]:

> *"El carácter prima facie que [as regras] adquieren a raíz de la pérdida de su carácter estrictamente definitivo es, sin embargo, básicamente distinto del de los principios.* Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla." (destacamos)

Concordamos inteiramente com Alexy que a possibilidade de engastar cláusulas de exceção nas regras por ocasião do julgamento de casos concretos leva

[19] *Idem*, pp. 98-101.
[20] *Idem*, pp. 100.

à perda de seu caráter definitivo, aproximando-as assim, mas não identificando-as, com o caráter *prima facie* dos princípios. Todavia, a crítica feita a Dworkin nos parece um tanto quanto apressada. Com efeito, Dworkin chega a dizer expressamente que o conflito entre duas regras pode levar a que uma das duas seja *remodelada* (o verbo utilizado é "recast")[21]. Dworkin, por outro lado, menciona expressamente a influência de um princípio sobre uma norma fundamentada por um princípio oposto, admitindo, ainda que implicitamente ou mesmo em tese, a teoria da redução teleológica[22]. Cremos que o que ocorre é que Dworkin, ao contrário de Alexy, não é tão minucioso nem formaliza com tantos detalhes seu pensamento, preferindo um estilo mais "ao correr da pena".

Alexy também prevê o caso de os princípios ganharem mais definitividade, na medida em que se estabeleça uma carga de argumentação em benefício de determinados princípios em relação a outros.

Segundo Alexy, tanto os princípios como as regras constituem razões para outras normas, sejam normas universais ou normas individuais. As diferenças são as seguintes: os princípios constituem razões *prima facie,* enquanto as regras constituem razões definitivas. No caso de uma regra ser aplicável e não permitir exceções, o juízo concreto de dever ser que a aplica ao caso concreto geralmente estabelece um direito definitivo, enquanto no caso dos princípios o direito é *prima facie*. Veja-se[23]:

> "Las decisiones sobre derechos presuponen la determinación de derechos definitivos. *La vía desde el principio, es decir, del derecho prima facie, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo com la ley de colisión, el establecimiento de una regla.* Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. *Los principios mismos no son nunca razones definitivas*." (destacamos)

Os fundamentos da distinção princípio/regra são totalmente acatados pelo constitucionalista português Gomes Canotilho, que em seu já clássico *Direito Constitucional* percorre um a um os critérios tradicionais de distinção para fixar-se na teoria de Alexy[24]. Após estabelecer a diferenciação, Canotilho afirma que a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios constitui um forma de "constitucionalismo adequado", realçando que os princípios, em função de sua clara relevância axiológica, cumprem importantes funções normogenética e sistêmica, contribuindo para o fundamento de regras juri-

[21] "The decision as to which is valid, and which must be abandoned or *recast,* must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves." DWORKIN, Ronald, *Takin Rights Seriously,* p. 27.
[22] "A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles. (Our own legal system uses both of these techniques)". *Idem,* p. 27.
[23] ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 103.
[24] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* 5ª ed. Coimbra : Almedina, 1991, pp. 171 e ss.

dicas e tendo uma "idoneidade irradiante" que lhes credita a cumprirem a função de "ligar" ou "cimentar" objetivamente todo o sistema constitucional[25].

Paulo de Barros Carvalho[26] sustenta que há quatro acepções básicas em que o vocábulo princípio é utilizado na doutrina e no direito positivo brasileiro: norma jurídica fortemente carregada de valor e de alta hierarquia, de modo que aparece como linha diretiva que ilumina a compreensão de amplos setores normativos de um sistema jurídico (i); o próprio valor grandioso encaixado na norma jurídica descrita na acepção anterior (ii); norma jurídica de posição privilegiada mas que não encarta propriamente um valor, mas antes cuida de estabelecer um limite objetivo ao legislador (iii); e finalmente este próprio limite objetivo disposto na norma descrita na acepção anterior (iv).

Tomando o princípio como o valor encartado nas normas jurídicas de alta hierarquia que informam amplos setores normativos, Paulo de Barros Carvalho irá concluir que a igualdade tibutária e a proibição do efeito confiscatório do tributo são verdadeiros valores (princípios), enquanto a legalidade, a anterioridade e a irretroatividade tributárias são *limites objetivos*, os quais por sua vez perseguem valores como a seguraça jurídica e a certeza do direito.[27]

2.1.4 Os princípios jurídicos e a máxima de proporcionalidade

Os três aspectos da máxima de proporcionalidade - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito - decorrem da própria caracterização dos princípios como mandatos de otimização em função das possibilidades fáticas e jurídicas.

Os cânones da necessidade e da adequação simplesmente demonstram como se dá o alcance da otimização em função das possibilidades fáticas, enquanto o cânone da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) figura o alcance da otimização em função da possibilidade jurídica.

Quando um princípio entra em colisão com outro (ou seja, a aplicação isolada de cada um no caso concreto geraria duas regras contraditórias), o mandato de otimização em função das possibilidades jurídicas implica a ponderação dos princípios, o que se dá através da lei de colisão informada pela relação de precedência condicionada entre os princípios. Aí se manifesta a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, o cânone da necessidade (máxima parcial de proporcionalidade) implica que, se o meio M1 e o meio M2 estão disponíveis para a implementação do princípio P1, e M1 afeta em menor grau do que M2 (ou mesmo não afeta em absoluto) a implementação do princípio P2, então está proibida a utilização de M2 e permitida a utilização de M1. Isto decorre, em verdade, do próprio caráter de princípio da norma contida em P2, pois o princípio é um mandato de otimização em função das possibilidades fáticas, o que *in casu* requer necessariamente o afastamento de M2.

Agora, quando também o meio mais benigno impede a realização de um princípio em benefício da realização de outro, aí então o cânone da necessidade

[25] *Idem, ibidem*, p. 175.
[26] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 93.
[27] CARVALHO, Paulo de Barros. Enunciados, normas e valores jurídicos tributários, *in Revista de Direito Tributário* nº 69, São Paulo : Malheiros, s/d, pp. 51 e ss.

deve ser complementado pelo cânone da proporcionalidade em sentido estrito, pois se trata de otimização em função de possibilidades jurídicas, e não possibilidades fáticas[28]:

> "Si tanto M1 como M2 impiden la realización de P2 - algo que, por lo general, es el caso cuando existe motivo para un examen de necessidad - y M2 lo hace en menor medida que M1, entonces M1 y M2 no agotan el ámbito de las posibilidades fácticas para la realización de P2 ni siquiera si se parte del hecho de que M1 y M2 son los únicos medios adecuados para el fin F exigido por P1. *Desde el punto de las posibilidades fácticas, es posible una mayor medida de satisfacción de P2 si no se realizan ni M1 ni M2. La maxima de necesidad permite sólo privilegiar a M2 frente a M1. El que, en efecto, una de las dos alternativas puede ser elegida, no es una cuestión de posibilidades fácticas, es decir, no es una cuestión de necesidad, sino una cuéstion de posibilidades jurídicas, es decir, una cuéstion de la ponderación entre P1 e P2 (proporcionalidad en sentido estricto).*" (destacamos)

Quanto ao cânone da adequação, sua explicação é mais simples, bastando dizer que é proibido utilizar determinado meio se este meio ao mesmo tempo não é adequado para implementar o princípio P1 e é prejudicial à implementação de um princípio oposto P2. Como se vê, também aqui a otimização é buscada com respeito às possibilidades fáticas, e não às possibilidades jurídicas, pois não há *in casu* necessidade alguma de ponderação dos princípios P1 e P2.

É interessante notar que, no modelo de Alexy, é equivocado falar em princípio da proporcionalidade, como geralmente se coloca na doutrina e na jurisprudência. No modelo de Alexy a proporcionalidade conforma uma regra (também chamada pelo autor de *máxima*), sendo que em relação a ela não há se falar na sua otimização, mas em sua aplicação ou não[29].

Na doutrina brasileira, importante trabalho analisa em profundidade a problemática jurídica do princípio da proporcionalidade. Suzana de Toledo Barros caracteriza o princípio da proporcionalidade como um modo eficaz de impedir o abuso ou a fraude à Constituição por meio da própria lei. No controle da constitucionalidade das leis que se dá através do teste da proporcionalidade, abre-se campo para detectarem-se vícios substanciais da lei "em uma perspectiva diversa daquela tradicional, quando está em causa a mera compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais"[30].

Com relação às três máximas parciais da proporcionalidade vistas acima na teoria de Alexy, Suzana Barros explica que a primeira a ser considerada é a máxima da adequação ou idoneidade, pela qual se responde à questão: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido pela norma em questão? Isto reflete que a adequação dos meios aos fins conforma a exigência de que qualquer medida restritiva de direitos fundamentais deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida pelo legislador. Ressalta a autora que[31]

[28] ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 114.
[29] *Idem*, p. 112, nota 84.
[30] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996, p. 72.
[31] *Idem, ibidem*, p. 75.

> "O exame de idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Sob esse prisma, é lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico. E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva a adequação ser aferida no momento em que o legislador tomou a sua decisão, a fim de que de se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos."

Quanto à máxima da necessidade, também chamada de exigibilidade, questiona-se se a medida restritiva é mesmo indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas com menos "efeitos colaterais". Esclarece Suzana Barros que na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, "é importante que se possa indicar outra medida menos gravosa - menor restrição - e concomitantemente apta a lograr o mesmo ou um melhor resultado - meio mais idôneo. Segue-se não se poder formar um juízo de exigência da providência legislativa restritiva, se não se recorrer à ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido"[32]. Assim, a necessidade, ao contrário da idoneidade, traduz-se por um juízo positivo, pois o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e porque objetivamente produziria menos conseqüências gravosas. Além disso, a adequação é um pressuposto da necessidade, pelo que Gilmar Ferreira Mendes observa que "apenas o que é *adequado* pode ser necessário, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*"[33].

Finalmente, temos a proporcionalidade em sentido estrito, na qual a dimensão de equilíbrio entre valores e bens jurídicos é o mais importante: enfim, aí se dá a ponderação propriamente dita, não no plano fático, mas no plano jurídico-constitucional, terminando-se por definir a precedência condicionada de determinado valor num caso concreto.

2.1.5 As normas de direito fundamental organizadas num modelo híbrido regra/princípio

Alexy analisa três modelos de compreensão das normas de direito fundamental: o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e o modelo combinado de regras e princípios.

Se concebermos que todas as normas de direito fundamental são princípios (existindo como regras apenas aquelas derivadas da ponderação de princípios no caso concreto), então ficaria até certo ponto prejudicada a eficácia de disposições expressas constantes da Constituição.

Com efeito, encontram-se nas constituições disposições destinadas a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, em maior ou menor grau. Tais disposições têm a nítida função de conferir maior potencial de determinação no que tange à relação entre alguns direitos fundamentais. Segundo Alexy, o modelo puro de princípios deixa de lado tais regulações e prejudica a própria idéia de vinculação ao texto constitucional, com perdas claras para a segurança jurídica.

[32] *Idem, ibidem*, p. 77.
[33] *Idem, ibidem*, p. 78.

Na Constituição brasileira encontramos cláusulas restritivas de direitos fundamentais que, sendo levadas em conta, representam realmente elementos dotados de maior determinabilidade em contraposição ao caráter *prima facie* dos princípios. Veja-se por exemplo o art. 5.º, XII, da Constituição brasileira:

> "Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, em último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

O modelo puro de princípios é inadequado pois, tendo uma autoridade judicial autorizado uma escuta telefônica na forma determinada pela lei aplicável, não há que se falar em ponderação de princípios para verificar-se se houve ferimento do princípio do sigilo das comunicações, mas há que se falar na aplicação da regra restritiva prevista expressamente no texto constitucional.

A posição oposta é a que sustenta que todas as normas de direito fundamental podem ser aplicadas sem necessidade de ponderação, podendo no máximo exigir complementação. A situação que demonstra de forma mais flagrante o desacerto desta tese é a situação dos direitos fundamentais outorgados pela Constituição sem a previsão de qualquer cláusula restritiva. Com efeito, nestes casos é patente que a aplicação concreta do dispositivo irá exigir ponderação com outros valores constitucionais. Tome-se por exemplo o art. 5º, X, da nossa Constituição:

> "Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

Não há no texto constitucional referência a qualquer cláusula restritiva tal como "nos termos em que a lei estabelecer", ou "ressalvados os casos expressos em lei". Mesmo assim, não há afirmar-se que qualquer lei que venha instituir determinada ressalva à inviolabilidade da intimidade das pessoas deva ser declarada sem mais como inconstitucional, pelo simples fato de que teria "desrespeitado" a *regra* contida no art. 5º, X, da Constituição. Parece claro que a declaração da inconstitucionalidade deve ser precedida pelo exame dos possíveis princípios que no caso concreto possam ter incidido (e com mas força do que o princípio da inviolabilidade da intimidade) justificando a referida ressalva. A respeito, Alexy cita uma decisão do Tribunal Constitucional Federal que deixa claro que tais direitos fundamentais sem restrição devem ser tomados como princípios e não como regras[34].

Há direitos fundamentais estatuídos nas constituições com a previsão de uma reserva simples. O exemplo dado por Alexy é o art. 2º, § 2º, da Lei Fundamental:

[34] "Sólo derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional están - en vista de la unidad de la Constitución y de todo el orden de valores protegidos por ella - excepcionalmente en condiciones de restringir en algunas relaciones hasta los derechos fundamentables ilimitables. Los conflitos que aquí surjan pueden ser solucionados sólo si se averigua cuál disposición constitucional tiene un peso mayor para la cuéstion que concretamente hay que decidir [...] La norma más débil puede ser desplazada sólo en la medida en que ello parezca necesario desde el punto de vista lógico y sistemático; en todo caso hay que respetar su contenido de valor fundamental concreto". BverfGE 28, 243 (261). ALEXY, *op. cit.*, pp. 119-120.

> "Art. 2°, § 2° Cada uno tendra derecho a la vida y a la integridad fisica y sera inviolable la libertad de la persona. Estos derechos solo podran verse afectados en virtud de una ley".

Em relação aos direitos fundamentais acompanhados de tais reservas simples, prevendo-se somente a exigência de uma lei para que se lhes possa restringir, é claramente errônea a atitude de livrar da ponderação e da máxima de proporcionalidade e lei restritiva prevista na Constituição. Ou seja, quanto aos direitos estabelecidos sem reserva, o apego literal ao texto constitucional resulta numa garantia excessiva, enquanto no caso dos direitos sujeitos a reserva simples tal apego não garante nada de relevante.

Estando a lei restritiva de direitos sujeita, pois, a um controle quanto ao conteúdo da restrição criada ao direito fundamental, claro está que não se pode então dizer que estamos diante de uma simples regra. Alexy esclarece o seguinte[35]:

> "Tal como se mostrara com respecto a los derechos fundamentales sin reservas, los criterios libres de ponderación pueden abarcar correctamente, hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios. *La jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal - que para toda restricción de derechos fundamentales exige que se respeten las máximas de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto - corresponde a las intelecciones teóricas, com respecto a las normas y la fundamentación de la teoria de los principios.*" (destacamos)

Mesmo no caso dos direitos fundamentais com reserva qualificada, ou seja, com previsões de restrições qualificadas pelo meio ou pela finalidade[36], Alexy demonstra que é equivocada sua concepção como simples regra, a afastar totalmente a ponderação.

A concepção correta é, para Alexy, a que concebe os dispositivos sobre direitos fundamentais como ora conformadores de princípios, ora conformadores de regras. Os princípios são conformados sempre que os dispositivos conferem um direito subjetivo *prima facie*. Por exemplo, quando a Constituição brasileira estatui (art. 5°, XIV) que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", conforma-

[35] *Idem*, p. 126.

[36] Alexy toma como exemplo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que faz uso do mecanismo de ponderação para posicionar-se quanto à violação do art. 13, § 3°, da Constituição alemã, que dispõe:
"Artículo 13
1. El domicilio sera inviolable.
2. Los registros (Durchsuchungen) solo podran ser ordenados por la autoridad judicial y, cuando sea peligroso demorarlos, por los demas organos previstos en las leyes y unicamente podran realizarse en la forma establecida.
3. Por lo demas, solo podran adoptarse intervenciones y limitaciones para la prevencion de un peligro comun o de un peligro de muerte para personas determinadas, y en virtud de una ley tambien para la salvaguardia contra peligros que amenacen directamente la seguridad y el orden publicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro."

se um princípio que constitui uma razão *prima facie* do direito subjetivo de acesso à informação. Por sua vez, o *caput* do art. 5° da Constituição brasileira garante a todos o "direito à vida", estabelecendo assim um princípio que, num caso concreto, pode vir a conflitar com o princípio contido no inciso XIV do mesmo artigo. Verificada a colisão dos dois princípios, cabe ao órgão jurisdicional aplicar os cânones da máxima da proporcionalidade (necessidade, adequação e ponderação) e estabelecer qual a precedência no caso concreto, formulando um juízo concreto de dever-ser[37].

Mas muitas vezes os dispositivos de direito fundamental não se restringem a positivar princípios, mas avançam para estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Mas tais determinações nunca constituem regras completas cuja aplicação prescinda do mecanismo de ponderação.

A conclusão da teoria de Alexy é que, quando através de uma disposição de direito fundamental, é estabelecida uma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, estabelece-se ao mesmo tempo um princípio e uma regra. E na medida em que a regra (determinação) não é aplicável sem uma ponderação prévia, é regra incompleta, e a decisão judicial pressupõe assim o recurso ao nível dos princípios.

Em suma, as regras representam um avanço em direção a uma maior determinabilidade em relação à esfera dos princípios, mas isto não torna a aplicação das regras livre da ponderação própria da esfera dos princípios.

Além das normas-princípios e das normas-regras que são conformadas pelas disposições de direito fundamental, é possível a construção de normas de caráter duplo, assim caracterizadas por Alexy[38]:

> "El hecho de que, a través de las disposiciones iusfundamentales, se estatuyan dos tipos de normas, es decir, las reglas y los principios, fundamenta *el carácter doble de las disposiciones iusfundamentales*. El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las normas iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, *se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinulación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación.*" (destacamos)

Analisando o dispositivo do art. 5°, § 3°, primeira parte da Lei Fundamental[39], Alexy chega a uma *regra* (chamada por ele de regra de subsunção) que es-

[37] Sobre a colisão dos princípios do direito à vida (personalidade) e do direito à informação, Alexy comenta um importantíssimo precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão conhecido como caso Lebach. ALEXY, *op. cit.*, pp. 95-98.

[38] *Idem*, p. 135.

[39] "Artículo 5.
1. Cada uno tendra derecho a expresar y difundir su opinion por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa (Pressefreiheit) y la libertad de informacion a traves de la radiofonia y del cinematografo. No se podra establecer la censura.
2. Estos derechos no tendran mas limites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la proteccion de los menores y el derecho al honor personal.

tatui que "são proibidas as intervenções estatais em atividades que pertencem ao campo da arte".

Ora, como certamente há casos em que princípios opostos têm precedência ao princípio da liberdade da arte, Alexy introduz na regra incompleta de subsunção, seguindo a prática do Tribunal Constitucional Federal, uma cláusula restritiva, que dá à norma uma nova forma: "são proibidas as intervenções estatais em atividades que pertencem ao campo da arte quando tais intervenções não forem necessárias ao cumprimento dos princípios constitucionais opostos de *status* constitucional (que possam referir-se a direitos fundamentais de terceiros ou a bens coletivos) que, devido às circunstâncias do caso, tenham preferência frente ao princípio da liberdade da arte".

Ou seja, a cláusula restritiva introduzida na regra de subsunção torna a aplicação desta sujeita aos cânones da máxima de proporcionalidade (necessidade, adequação e ponderação), além do que exige que o princípio oposto tenha *status* constitucional (pois o princípio da liberdade da arte foi estabelecido pela constituição alemã sem reservas).

Assim, se ocorre uma intervenção estatal no campo da arte (T) e a cláusula restritiva (S) não é cumprida, então está proibida tal intervenção (R): *T e não-S deve-ser R.*

Esta norma tem um caráter de regra na medida em que sua aplicação não é sopesada frente a uma outra norma, sendo que tudo o que se subsuma em T e não cumpra a cláusula restritiva S do direito fundamental está proibido. Todavia, esta cláusula restritiva S é conformada por uma série de elementos cuja compreensão passa necessariamente pela máxima da proporcionalidade. Assim, as normas de direito fundamental com caráter duplo surgem sempre que, ao que é estatuído diretamente por disposições de direito fundamental, acrescentam-se normas suscetíveis de subsunção, com a ajuda de cláusulas que fazem referência a requisitos somente passíveis de verificação ponderativa[40].

Este caráter duplo de determinadas normas constitucionais também é realçado por Dworkin, que afirma expressamente que não raro os Tribunais interpretam um dispositivo legal como sendo funcionalmente uma regra mas substancialmente um princípio. Veja-se[41]:

> "The *Court construed the provision as a rule, but treated that rule as containing the word 'unreasonable'*, and as prohibiting only 'unreasonable' restraints of trade. This allowed the provision to *function logically as a rule (whenever a court finds that the restraint is 'unreasonable' it is bound to hold the contract invalid) and substantially as a principle* (a court must take into account a variety of other principles and policies in determining whether a particular restraint in particular economic circunstances is 'unreasonable.'" (destacamos)

2.2 O Princípio da Igualdade no Modelo Normativo de Alexy

Escolhemos a obra de Alexy como referencial teórico principal para este segundo capítulo dado o rigor metodológico e o detalhamento exaustivo com

3. Seran libres el arte y la ciencia, la investigacion y la ensenhanza. La libertad de ensenhanza no exime, sin embargo, de la lealtad a la Constitucion".

40 ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 137.

41 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously,* p. 28.

que o autor alemão tratou do tema dos princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais em sua *Teoria de los derechos fundamentales.*

Nesta mesma obra há um capítulo específico sobre o direito fundamental da igualdade, e consideramos que esta deve ser a porta pela qual devemos entrar no campo específico de nossas investigações: o princípio da igualdade e seus reflexos na esfera tributária. Soaria leviano dizer qualquer coisa sobre o princípio da "igualdade tributária" sem antes compreender profundamente o estágio atual do debate constitucional sobre o direito fundamental à igualdade.

Alexy inicia por uma distinção entre *direito geral de igualdade* e *direitos especiais de igualdade*. Direitos especiais de igualdade são os contidos na Constituição alemã em seus arts. 3°, §§ 2° e 3°, 6°, § 5°, 33, §§ 1° a 3° e 38, § 1°[42]. Na Constituição brasileira, são os erigidos, por exemplo, nos arts. 3.°, IV, 5.°, I e 7.°, XXX[43].

O direito fundamental geral de igualdade é estatuído pela Constituição alemã em seu art. 3°, § 1°: "Todas as pessoas são iguais perante a lei". Na Constituição brasileira, pode-se dizer que o direito fundamental geral de igualdade é estatuído no *caput* de seu art. 5°[44].

42 "Artículo 3.
...
2. Hombres y mujeres tendran los mismos derechos.
3. Nadie podra ser perjudicado ni privilegiado en consideracion a su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, creencias o concepciones religiosas o filosoficas".
"Artículo 6.
...
5. La legislacion otorgara a los hijos habidos fuera de matrimonio las mismas condiciones para su desarrollo fisico y espiritual y su insercion en la sociedad que a los hijos legitimos."
"Artículo 33.
1. Todos los alemanes tendran en cada Estado los mismos derechos y deberes civicos.
2. Todos los alemanes tendran, segun su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos publicos.
3. Seran independientes de toda profesion religiosa el disfrute de derechos civiles y civicos y la admision a cargos publicos, asi como los derechos adquiridos en la funcion publica, y a nadie le podra derivar perjuicio alguno por pertenecer o por no pertenecer a una confesion o ideologia determinada."
"Artículo 38.
Los diputados (die Abgeordneten) de la Dieta Federal Alemana seran elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Representaran al pueblo entero, no estaran ligados por mandato ni instruccion y solo estaran sujetos a su propia conciencia."

43 "Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
...
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."
"Art. 5º,
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;"
"Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
...
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;"

44 "Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,* garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a *inviolabilidade do direito* à vida, à liberdade, *à igualdade,* à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (destacamos)

Hoje já se tornou lugar comum afirmar que o mandato de "igualdade perante a lei" vincula também e principalmente o legislador, superada desde há muito a concepção de que a igualdade vincula somente os órgãos aplicadores do direito, não havendo, pelo menos na doutrina brasileira especializada, autor que defenda que a igualdade garantida pela Constituição limita-se a vincular o aplicador da norma, mas não o legislador.

No caso da Constituição alemã, a discussão também carece de maior interesse prático, pois a igualdade perante a lei está incluída no capítulo dos direitos fundamentais, sendo que o artigo 1° da Constituição afirma expressamente em seu parágrafo 3° que os direitos fundamentais vinculam os três poderes do Estado.

Alexy demonstra que na Alemanha também já foi superado o entendimento antigo de que a igualdade operava somente na aplicação do direito, citando o grande jurista Leibholz como um dos precursores da moderna doutrina da igualdade, hoje pacificada no Tribunal Constitucional Federal.

Um dos argumentos segundo os quais a igualdade não pode ser compreendida como vinculante somente do aplicador do direito é o de que, enquanto componente da categoria dos *direitos fundamentais,* o princípio da igualdade surge histórica e conceitualmente de um sentimento de "desconfiança frente ao legislador", sendo que o princípio aponta para um controle jurisdicional *racional* do próprio conteúdo das leis elaboradas pela maioria parlamentar[45].

Enquanto mandato dirigido ao legislador e relativo à formulação do direito, é claro que a igualdade não pode ordenar ao legislador que *(a)* dê a todos, em todas as situações, o mesmo tratamento jurídico nem que *(b)* promova a igualdade de todos em todos os aspectos (econômicos, sociais, culturais etc.). O preço disto, se fosse possível, seria a elaboração de leis não-funcionais, disparatadas e extremamente injustas.

Diante da constatação de que é impossível e mesmo indesejada a igualdade de todos em tudo, Alexy passa a analisar a célebre frase segundo a qual a igualdade estaria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

O autor afirma que esta frase pode ser interpretada de duas formas totalmente distintas: a primeira é a que vincula o legislador somente à correção lógico-formal das normas de caráter universal que o mesmo produzirá[46], e a segunda, a que nos interessa, é a que vincula concretamente o legislador como uma exigência quanto ao *conteúdo* da norma a ser produzida, daí o termo *igualdade material* ligado à segunda interpretação.

Pois bem. Assentado que o mandato de igualdade é dirigido fundamentalmente ao legislador e diz respeito ao conteúdo da norma, Alexy pondera que a igualdade ou a desigualdade entre indivíduos e situações é sempre relativa a determinado critério, valendo uma relação triádica segundo a qual *a* é igual/desigual a *b* com respeito à propriedade P (P1, P2, ..., Pn). Assim, sempre que se afirmar que *a* é igual a *b,* deve-se pressupor que se está diante de um *juízo de*

[45] ALEXY, Robert, *op. cit.,* p. 383.

[46] O que significa que o legislador deve ditar normas universais condicionadas que respeitem à condição: para todo *x* vale que se *x* tem as propriedades P1, P2, ... Pn definidas no pressuposto de fato da norma, então deve ser que para x vale a conseqüência jurídica C". *Op. cit.,* p. 385.

igualdade parcial, igualdade fática referida somente a algumas e não a todas as propriedades do par de comparação.

Mas asseverar que *a* é igual a *b* através de um juízo de igualdade fática parcial não implica o estar ordenado ou não um tratamento igual ou desigual. Com efeito, tanto a igualdade fática parcial é conciliável com um tratamento desigual quanto a desigualdade fática parcial é conciliável com um tratamento igual. Isto está a indicar que, quando a fórmula "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais" menciona os termos "iguais" e "desiguais", está a referir não a um simples juízo de igualdade/desigualdade fática parcial, mas uma igualdade/desigualdade *valorativa* que somente *parte de,* mas não se esgota neste juízo de igualdade/desigualdade fática parcial.

A *igualdade valorativa* caracteriza-se pois pelo caráter central da definição mesma dos *critérios valorativos* cuja aplicação levará à formulação de juízos de igualdade fática parcial, implicando a conseqüência jurídica de se determinar o mesmo tratamento (não em todos os aspectos, mas em determinados aspectos) para dois indivíduos ou duas situações[47].

Ora, como o fundamental para o mandato da igualdade é a definição mesma dos critérios valorativos, a qual deve ser uma definição correta, razoável ou justa, chega-se aqui ao cerne da problemática jurídica do mandato da igualdade, desdobrado nestas duas questões colocadas por Alexy[48]:

> "Primero, si y en qué medida *es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de la igualdad* y, segundo, *quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juícios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional.*" (destacamos)

2.2.1 A fórmula fundamental do mandato de igualdade e o conceito de arbitrariedade

Analisando as contribuições doutrinárias dos constitucionalistas alemães, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, Alexy assevera que a fórmula que melhor exprime a postura valorativa dos órgãos jurisdicionais frente ao mandato de igualdade é a seguinte: "é proibido tratar o essencialmente igual de forma desigual".

O conceito de "essencialmente igual" requer duas considerações: em primeiro lugar, trata-se naturalmente de uma igualdade valorativa, que fatalmente não considerará como "essencial" toda igualdade fática parcial existente entre os indivíduos. Em segundo lugar, o conceito valorativo de "essencialmente igual" deve ser explicado com a ajuda do conceito de arbitrariedade do tratamento desigual, no sentido de que existe uma igualdade essencial se e somente se um tratamento desigual seria *arbitrário.* Assim, a fórmula acima também pode ganhar a versão: "é proibido todo tratamento arbitrariamente desigual".

Com efeito, o fio condutor da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal parece ser a proibição geral do arbítrio. Veja-se a seguinte decisão do referido tribunal[49]:

[47] *Idem,* p. 388.

[48] *Idem,* p. 388.

[49] *Idem,* p. 391.

> "La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una *razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna outra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.*" (destacamos)

Deste modo, lançando mão do conceito de igualdade essencial e do conceito de arbitrariedade, responde-se à primeira questão lançada por Alexy, que se refere à forma de fundamentação racional dos juízos de valor no campo do controle de constitucionalidade das leis relativamente ao cânone da igualdade.

Quanto à segunda questão, que se refere ao órgão que deve possuir a competência para formular em última instância os juízos de valor no campo da igualdade, ocorre uma divisão de tarefas entre o legislador e a corte constitucional. A divisão será razoável somente se for adotada a *versão fraca da máxima da igualdade*, a qual reconhece ao legislador uma ampla liberdade de configuração legislativa, cabendo ao judiciário somente observar se os limites do razoável foram respeitados.

A versão forte da máxima da igualdade confere aos órgãos judiciários o poder de exigir do legislador a solução mais justa e funcional, aplicando-se a igualdade valorativa em um sentido ideal. Veja-se a colocação de Alexy[50]:

> "En la *versión fuerte*, de lo que se trata es de la solución ideal, es decir, la *solución más justa y funcional*. En este sentido, dos casos serían siempre esencialmente iguales y, por lo tanto, deberían ser tratados igual si su tratamiento igual satisface postulados tales como los de justicia o funcionalidad en una medida mayor que su tratamiento desigual. *Si el Tribunal Constitucional Federal partiera de la versión fuerte, el legislador quedaría privado de toda libertad de configuración. (...) Por ello, interessa sólo una versión débil de la máxima de igualdad, en la que se trata del respeto de los límites a la libertad de configuración del legislador definidos por el concepto de arbitrariedad* y, por lo tanto, no de la igualdad valorativa en un sentido ideal, sino limitado." (destacamos)

A conclusão a que se chega é a de que, admitindo a versão fraca da máxima da igualdade, para a admissibilidade de um tratamento desigual há de existir uma razão suficiente, e quando não há tal razão o tratamento igual está ordenado. Com isso, transfere-se o ônus da argumentação para o tratamento desigual, pois na ausência de uma argumentação racional que demonstre a existência de uma razão suficiente para o tratamento igualitário, fica ordenado o tratamento igual.

Este ônus da argumentação que pesa sobre o tratamento desigual é formalizado por Alexy através de duas fórmulas assimétricas, uma relativa ao tratamento igual, outra relativa ao tratamento desigual:

> i) se não há qualquer razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado ao legislador um tratamento igual;
>
> ii) se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado ao legislador um tratamento desigual.

[50] *Idem*, p. 394.

As fórmulas são intencionalmente assimétricas para corresponderem a dois propósitos: estabelecer uma carga de argumentação para o tratamento desigual, e reconhecer uma margem considerável de discricionariedade para o legislador na conformação da lei.

Isto é obtido na medida em que o mandato do tratamento desigual exige a existência de uma razão suficiente para tanto, enquanto a fórmula do tratamento igual contenta-se com a inexistência de uma razão fundamentada racionalmente que simplesmente "permita" um tratamento desigual. Daí a carga de argumentação em favor do tratamento igual.

De outro lado, admitindo que há uma razão suficiente para a possibilidade (permissão) de um tratamento desigual, deixa-se ao legislador a escolha de um tratamento igual ou desigual, pois nenhum dos dois estará ordenado pela máxima da igualdade. Uma razão é suficiente para a simples permissão de um tratamento desigual quando é possível fundamentar racionalmente tal tratamento de forma a comprovar que seu caráter não é arbitrário, o que não significa demonstrar que tal tratamento é o mais correto[51].

2.2.2 *Os princípios de igualdade* de iure *e de igualdade de fato e o "paradoxo da igualdade"*

Alexy reconhece uma ambigüidade básica do conceito de tratamento igual/desigual. Esta ambigüidade decorre de que o caráter igual/desigual pode ser aferido tanto a partir dos *atos* de tratamento, quanto a partir das *conseqüências* geradas pelos atos de tratamento.

Alexy em verdade não aprofunda tal distinção teórica, lembrando somente que o Tribunal Constitucional Federal reconhece também a igualdade relacionada às conseqüências dos atos estatais, citando como exemplo o precedente sobre a isenção de custas judiciárias aos reconhecidamente pobres. Segundo tal precedente, o Tribunal considerou que o tratamento igualitário é o que gera uma situação fática de igualdade, neste caso uma situação fática em que tanto o rico quanto o pobre têm condições econômicas de recorrer às vias judiciais. Assim, não conceder a referida isenção significa tratar de forma desigual os iguais, sendo que não se considerou plausível nenhuma razão que justificasse tal desigualdade[52].

Sobre tal distinção entre a igualdade referida ao ato de tratamento e a igualdade referida às conseqüências ou aos resultados do ato de tratamento, Felix Oppenheim escreveu interessantíssimo verbete no *Dicionário de Política* organizado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino[53]. Neste verbete, Oppenheim desenvolve a teoria de que considerar as regras de distribuição do ponto de vista dos resultados finais constitui um método correto para encontrar-se um critério descritivo geral de igualitarismo. Veja-se[54]:

[51] *Idem*, p. 400.

[52] *Idem*, p. 403.

[53] BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 4ª ed. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1992.

[54] *Idem*, p. 603. Oppenheim considera que nem todas as regras de distribuição em uma sociedade devem ser igualitárias no sentido de nivelamento de riqueza e renda, propondo o seguinte modelo de uma sociedade democrática: "Podemos distinguir esquematicamente as seguintes fases: 1) uma desigual distribuição inicial dos bens; 2) uma regra inigualitá-

> "Todas as definições até agora examinadas levam em conta apenas a quantidade de um benefício específico ou gravame que há de ser atribuída a duas pessoas quaisquer A e B. As regras de distribuição também podem ser consideradas do ponto de vista dos resultados finais. Quanto terão A e B após lhes haver sido aplicada a regra? Como é que se hão de redistribuir os benefícios e os encargos entre A e B? (...) *Proponho que se chame igualitária uma regra de distribuição quando ela nivele, ou pelo menos reduza, as diferenças entre as quantidades de bens. (...) Ao contrário, uma regra de redistribuição que deixe intactas as desigualdades de benefícios ou ônus anteriores, ou até as aumente, é inigualitária. (...) O igualitarismo converte-se num conceito ordinal (...).*" (destacamos)

Com a questão da consideração dos princípios da igualdade de fato e igualdade de direito, a teoria de Alexy faz uma ligação íntima entre o tema da igualdade e o tema da teoria dos princípios enquanto normas de direito fundamental. Segundo Alexy, seria aparentemente um paradoxo dizer que o dispositivo do art. 3°, § 1°, da Constituição alemã encarta ao mesmo tempo o princípio da igualdade *de iure* e o princípio da igualdade de fato, pois o que segundo um dos princípios é um tratamento igual, segundo o outro é um tratamento desigual.

Considerando equivocadas as posições doutrinárias que, para resolver o paradoxo, simplesmente excluem um dos princípios do dispositivo constitucional mencionado[55], Alexy propõe uma solução de compromisso entre os dois princípios, com clara preponderância ao princípio da igualdade *de iure,* o qual segundo Alexy constitui uma liberdade negativa fundamental e pode ser aplicado com muito mais segurança e facilidade do que o princípio de igualdade de fato. Vejamos.

A solução proposta por Alexy é interpretar as expressões "tratamento igual" e "tratamento igual" nas fórmulas de igualdade como *igualdade de iure,* e encaixar a igualdade de fato no conceito de "razão suficiente" encontrado nas mesmas fórmulas.

Assim, em ambas as normas (de tratamento igual e desigual) o conceito de tratamento é identificado com o *ato* e não com o *resultado do ato,* expressando-se assim uma clara preferência em favor do princípio da igualdade *de iure.*

Quanto à relação entre o princípio da igualdade de fato e o conceito de razão suficiente, esclarece Alexy[56]:

> "(...) el principio de la igualdade de hecho se hace valer en la aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente. Puede ser tanto una razón suficiente para la permissión de un tratamiente desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no-derecho definitivo a un determinado tratamiento de iure igual; en el segundo, es la razón para un derecho definitivo a un determinado tratamiento de iure desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho."

ria de distribuição - mais aos necessitados; 3) que se resolve numa redistribuição mais igualitária - igual satisfação das necessidades fundamentais, igualdade de oportunidades; 4) daí uma redistribuição inigualitária final - a cada um segundo sua capacidade. (...) Isto nos leva à conclusão de que a moderna teoria democrática não pode ser qualificada nem como igualitária nem como inigualitária, mas é uma fusão dos dois gêneros de princípios: nivelamento até um certo ponto, mediante distribuições desiguais, afora isso, redistribuições inigualitárias. Ela é, portanto, menos inigualitária que as ideologias que fundamentam a desigualdade de tratamento na herança, na cor, na religião ou na riqueza." - p. 605.

55 A alternativa mais comum é afastar do princípio da igualdade a busca da igualdade de fato, integrando a última no princípio do Estado Social.

56 ALEXY, Robert, *op. cit.,* p. 409.

No primeiro caso, o poder judiciário pode considerar que a busca da igualdade de fato consiste numa fundamentação razoável e que tal princípio (muitas vezes chamado pela jurisprudência alemã de princípio do Estado Social) constitui no caso concreto uma razão suficiente que permite um tratamento *de iure* desigual sem que se possa reconhecer qualquer pecha de arbitrariedade na diferenciação. Todavia, a questão aqui se refere à mera *permissão* de um tratamento de *iure* desigual, atuando o princípio da igualdade de fato como um fator meramente *restritivo* do princípio da igualdade *de iure.*

No segundo caso, o princípio da igualdade de fato atua como uma razão *prima facie* para *impor* ou *obrigar* um tratamento *de iure* diferenciado, tal como o Tribunal Constitucional Federal determinou no caso da isenção de custas judiciárias aos reconhecidamente pobres, antes mencionado. Alexy observa que, neste segundo caso, ao constatar um direito subjetivo à criação de igualdade de fato, o poder judiciário limita com maior intensidade a liberdade normativa do legislador, retirando deste a opção de criar ou não tal igualdade de fato. Além disso, a criação da igualdade de fato muitas vezes implica despender recursos do orçamento público, sendo que também esta decisão é de certa forma retirada do legislador. Por isso, a conclusão de Alexy é a seguinte:

> "(...) la clasificación del principio de la *igualdad fáctica como una posible razón suficiente para la obligatoriedad de un tratamiento desigual de iure que sirva para la creación de una igualdad de hecho no implica que la igualdad de iure o la libertad negativa sea injustificablemente desplazada por la igualdad de hecho* ni que la competencia para la conformación del orden social sea desplazada inadmisiblemente del legislador al Tribunal Constitucional Federal. Más bien, se crea así un *modelo que permite adscribir también al artículo 3 párrafo 1 LF el principio de la igualdad de hecho y, com ello, concebir esta disposición como expressión de una concepción amplia de la igualdad, sin que por ello se prejuzgue acerca de una determinada concepción de la igualdad. La clave teórico-normativa y metodológica al respecto es la teoria de los principios.*" (destacamos)

2.3 Igualdade e Diretividade da Constituição para Canotilho

Quando Alexy diz que a igualdade fática como *restrição* à igualdade *de iure* e como motivo para *permissão* de um tratamento *de iure* diferenciado é algo bastante *familiar,* enquanto o princípio da igualdade fática como razão suficiente para a *imposição* ao legislador da definição de um tratamento *de iure* diferenciado é algo *problemático,* o que está em jogo, em certa medida, é a diretividade da Constituição dirigente de um Estado Social, tema que foi brilhantemente estudado pelo constitucionalista português Gomes Canotilho[57], para quem a igualdade é exatamente a pedra de toque do problema da diretividade constitucional.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Reimpressão. Coimbra : Coimbra Editora, 1994.

Canotilho observa que a generalidade da doutrina e da jurisprudência atuais concebe a igualdade como proibição geral do arbítrio judicialmente controlável, obtendo-se assim a "justiciabilidade" da atividade legislativa sem comprometimento da liberdade conformadora do legislador político[58].

Esta postura pressupõe sempre uma regulamentação legal para ser controlada *a posteriori* no que tange à arbitrariedade ou não das discriminações operadas pelo legislador, ficando esquecida a dimensão do princípio da igualdade que impõe um dever legislativo de atuação em prol da redução das desigualdades fáticas.

Com efeito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português caminha nesta senda, conforme Acórdão de 1984 mencionado por Jorge Miranda[59]:

> "O princípio da igualdade não deve nem pode ser interpretado em termos absolutos, impedindo nomeadamente que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular. Mas, inversamente, há violações do princípio da igualdade quando o legislador estabelece distinções discriminatórias. Assim é quando tais distinções são materialmente infundadas, quando assentam em motivos que não oferecem um caráter objetivo e razoável; isto é, quando o preceito em apreço não apresenta qualquer fundamento material razoável. Nesta perspectiva, o princípio da igualdade consagrado pelo art. 13° da Constituição identifica-se com uma 'proibição do arbítrio', quer dizer, com 'uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional de valores, e por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir.'"

O que adverte Canotilho é que tal compreensão do princípio da igualdade despreza a função social mais profunda do princípio e somente o prestigia em seu momento normativo-patológico - o arbítrio legislativo. O princípio da igualdade tal como concebido pela jurisprudência e pela doutrina majoritárias não diz quase nada com a função social do princípio de eliminar as desigualdades fáticas existentes. Canotilho observa que tal postura meramente "de controle" não se coaduna com as Constituições dirigentes que contêm diversos dispositivos que apontam para a construção de uma igualdade de oportunidades *através da lei*. No contexto de tais constituições dirigentes, o princípio da igualdade não é somente uma "determinante negativa heterônoma com função exclusivamente normativa", mas é também "uma imposição normativa heterônoma cujo não-cumprimento justifica a sanção da inconstitucionalidade por violação do dever constitucional de compensação da desigualdade de oportunidades"[60].

Ressalte-se que Canotilho tem nítida preferência pelo conceito de "igualdade de oportunidades" como ideal de justiça distributiva, sendo que há em sua obra nota específica[61] sobre a teoria de John Rawls sobre a diferença entre o sistema de liberdade natural (igualdade de oportunidades) e o sistema de igualdade democrática (igualdade eqüitativa de oportunidades), abordado no primeiro capítulo da presente dissertação.

[58] *Idem, ibidem*, p. 382.
[59] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1998, tomo IV, p. 227.
[60] CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 384.
[61] *Idem*, p. 385, nota 36.

Há uma corrente doutrinária que defende que, no contexto das constituições de Estados Sociais, as reduções das desigualdades fáticas devem ser exigidas do legislador com base nas normas constitucionais específicas a respeito, e não com base no próprio princípio da igualdade. Exemplo destas normas é a contida no art. 206, I, da Constituição brasileira, que determina o princípio da "igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola".

Segundo outra corrente doutrinária, o princípio da igualdade configuraria uma exigência de atuação relativa do legislador. Assim, quando o legislador deixa de considerar situações essencialmente iguais às que já foram objeto de regulamentação legal, sem qualquer motivação plausível, o princípio da igualdade autorizaria exigir-se a emanação de uma disciplina legal igual à estabelecida para os casos previstos na lei[62].

Se aplicarmos as observações de Canotilho à teoria desenvolvida por Alexy, veremos que o modelo normativo proposto pelo autor alemão não exclui a igualdade de fato (ou igualdade *através* da lei) do conteúdo da máxima da igualdade, nem o integra ao princípio do Estado Social como faz por vezes o Tribunal Constitucional Federal. Todavia, é confessada a prevalência no modelo de Alexy da igualdade *de iure,* sendo que a igualdade de fato atua principalmente como restrição ou justificativa da *permissão* de um tratamento desigual (portanto dentro do controle normativo *a posteriori*), e somente marginalmente como fator de *imposição* ou dever de legislar empós do nivelamento de desigualdades fáticas.

Por outro lado, os autores coincidem em suas análises quando observam que o peso relativo do princípio da igualdade de fato frente à igualdade *de iure* é questão umbilicalmente relacionada com a pré-compreensão que se tenha do Estado e da sociedade, sendo que Alexy busca dar conta exatamente disto em seu modelo, na medida em que deixa ao mecanismo discursivo da ponderação de princípios o papel fundamental da "calibragem" da aplicação positiva da igualdade fática. Veja-se a seguinte passagem de Canotilho[63]:

> "Uma constituição dirigente, como se viu a propósito do direito a prestações e se salientou agora a propósito do princípio da igualdade de oportunidades, pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um Estado mínimo, garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado Social, criador de bens colectivos e fornecedor de prestações. *Para uns, isso significa a compreensão democrática e social do Estado de Direito; para outros, isso é o caminho do novo Leviathan, da ditadura de todos sobre todos, pois uma crescente produção de bens públicos através de uma crescente produção de leis e de financiamento coletivo aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual.*" (destacamos)

Para Canotilho, o princípio da igualdade não é apenas um princípio decorrente do Estado de Direito mas também um princípio do Estado Social, assumin-

[62] *Idem*, p. 388.
[63] *Idem*, p. 391.

do assim um relevo essencial enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, para que se garanta um liberdade real e não uma liberdade ilusória.

Canotilho identifica, a nosso ver de forma muito perspicaz, uma relação íntima entre igualdade e dignidade social, ou igual dignidade da pessoa humana. Assim, uma vez que determinado Estado tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana (como o Estado brasileiro, cfr. art. 1°, III, CF), e esta dignidade obviamente deve ser entendida como *igual* dignidade da pessoa humana, isto leva não só a uma proibição de discriminações, como a um mandamento de compensação de desigualdade de oportunidades e como "princípio sancionador da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão)"[64].

2.3.1 A insuficiência da doutrina da proibição do arbítrio como "conteúdo do princípio da igualdade"

Em seu *Direito Constitucional,* após advertir que a igualdade dirige-se não só ao aplicador da lei mas primordialmente ao legislador, Canotilho assevera que a máxima "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais" não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade, ou seja, não responde à questão de qual a valoração correta para se chegar ao juízo de que dois indivíduos ou duas situações são iguais.

Canotilho reconhece que a jurisprudência e a doutrina dominantes, principalmente a partir da matriz alemã, tomam a proibição do arbítrio como resposta àquela questão da valoração correta. Canotilho observa que a proibição do arbítrio geralmente contém a indicação de que existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina criada pelo legislador não se basear num fundamento sério, não tiver um sentido legítimo ou estabelecer uma diferenciação sem um fundamento razoável[65].

Todavia, argumenta Canotilho, a proibição do arbítrio caracterizada forçosamente pela exigência de um 'fundamento razoável' implica, mais uma vez, o problema da qualificação desse fundamento pelo juiz, e a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um problema de valoração.

A respeito, Canotilho menciona uma recente evolução do Tribunal Constitucional português sobre a caracterização da real dimensão da proibição do arbítrio[66]:

> "Neste sentido parece-nos correta a recente evolução da jurisprudência do TC ao afirmar que *'a teoria da proibição do arbítrio' não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, antes expressa e limita a competência do controlo judicial. Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionaridade legislativa. A proibição do arbítrio constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são consagrados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpre-*

[64] CANOTILHO. *Direito Constitucional.* 5ª ed. Coimbra : Almedina, 1991, p. 579.
[65] *Idem, ibidem,* p. 577.
[66] *Idem, ibidem,* p. 578.

> *tação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do juiz, o qual não controla se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa.*" (destacamos)

Concordamos com Canotilho que é necessário "algo mais", para conferir uma fundamentação satisfatória do princípio da igualdade, do que a mera proibição do arbítrio. Exatamente em função deste aspecto sugerimos um novo enfoque para a questão ao final deste capítulo.

Todavia, há que se adiantar que mesmo uma solução de maior densidade valorativa em relação à proibição do arbítrio não poderá conduzir a questão à possibilidade, ainda que remota, do poder judiciário substituir o legislador em sua função de conformar as leis. No particular, concordamos inteiramente com Alexy quanto à necessidade de prevalência da máxima fraca da igualdade, e não da máxima forte, sob pena de ser comprometido o princípio democrático da liberdade do legislador representativo para conformar políticas públicas visando ao bem comum.

Canotilho finaliza suas considerações sobre a igualdade em seu *Direito Constitucional,* com um modelo baseado na obra do alemão Müller (*Juristische Methodik*) para basear o controle judicial do princípio da igualdade. Tal modelo, apresentado abaixo, em verdade não consegue responder à questão (levantada justamente por Canotilho) da correta valoração a ser exercida quando do controle do respeito da lei ao princípio da igualdade, não avançando nem um passo sequer além da já conhecida doutrina da proibição geral da arbitrariedade[67]:

> "Caso I - Desigualdade de tratamento
> (1) existe uma igualdade de situações ou pressupostos jurídico-constitucionalmente relevante?
> No caso afirmativo segue-se
> (2) estas situações ou pressupostos iguais foram tratados de forma desigual sob o ponto de vista jurídico-constitucional?
> No caso afirmativo segue-se
> (3) existe para a desigualdade de tratamento de situações ou pressupostos de facto iguais uma razão materialmente suficiente?
> No caso negativo segue-se
> (4) existe uma regulação arbitrária, violadora do artigo 13°/1 (injustificadamente discriminatória).
>
> Caso II - Igualdade de tratamento
> (1) existe uma desigualdade de pressupostos relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional?
> (2) foram estes pressupostos desiguais tratados jurídico-constitucionalmente de forma igual?
> Se sim
> (3) existe um fundamento material para esta igualdade de tratamento?
> Se não
> (4) verifica-se uma violação do princípio da igualdade (injustificadamente igualitária)".

[67] *Idem, ibidem,* p. 583.

2.4 A Doutrina de Konrad Hesse sobre a Igualdade

No seu consagrado *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*[68], o ex-magistrado do Tribunal Constitucional Federal, Professor Konrad Hesse, dedica um capítulo à análise dos direitos de igualdade, bem como à apresentação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre a matéria.

Antes de entrar propriamente nas questões mais polêmicas da igualdade, Hesse esclarece desde logo que o princípio da igualdade contido na Constituição alemã é princípio que garante igualdade material e formal. Como igualdade formal, o princípio encaixa-se sem qualquer dificuldade como postulado fundamental do Estado de Direito, vinculando os órgão aplicadores do direito a atuarem "sem consideração da pessoa"[69].

Também com característica de esclarecimentos preliminares, Hesse diferencia igualdade de identidade, afirmando o seguinte[70]:

> "Concordância absoluta em todos os característicos, inclusive da precisão temporal e espacial, está logicamente excluída; ela significaria identidade. Uma valoração que qualifica dois fatos de iguais deve, por conseguinte, abstrair das desigualdades existentes que estão na base do conceito; estas aparecem como não essenciais, os característicos idênticos, ao contrário, como essenciais."

A análise de Hesse coincide com a de Alexy no que tange à caracterização da igualdade como juízo valorativo, sendo que também para Hesse a questão decisiva é a escolha das características consideradas como essenciais numa relação de comparação entre dois fatos ou indivíduos, fundamentando assim o mandamento do tratamento igual.

Para Hesse, os direitos especiais de igualdade são erigidos através da definição, pelo próprio constituinte, dos elementos essenciais e dos elementos não-essenciais para a comparação de determinadas situações tendo em vista determinados tratamentos[71].

Assim, quando a Constituição não especifica as características essenciais e não-essenciais para determinadas comparações, isto se torna um problema do princípio da igualdade geral. Este princípio, segundo Hesse, consiste na proibição de tratar o essencialmente igual de forma desigual, sendo que o legislador viola tal mandamento quando promove discriminações arbitrárias. Arbitrariedade é entendida por Hesse não como questão de motivação subjetiva, mas como desproporcionalidade objetiva de uma medida legislativa em relação à situação regulada.

Hesse observa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal mais recente vem apresentando outros critérios além da proibição geral de arbitrariedade. Um critério interessante é o da *justiça sistêmica,* pelo qual se examina se

[68] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. da 20ª ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.

[69] *Idem, ibidem,* p. 330.

[70] *idem, ibidem,* p. 331.

[71] *Idem,* p. 332: "Assim, a igualdade de direito eleitoral do artigo 38 da Lei Fundamental (prescindindo de poucas exceções) refere-se somente ao característico alemães e a uma idade mínima, enquanto todas as diferenças de sexo, de proveniência, de posse, de formação ou de capacidade de compreender são consideradas como não-essenciais".

a discriminação legal examinada está em contradição com a concepção global do sistema de regulação ao qual ela pertence: havendo tal contradição, o Tribunal tem esse fato como um importante indício de violação do princípio da igualdade[72].

Mas o mais interessante dos temas abordados por Hesse vem a ser a extrema vinculação, que o Tribunal por vezes realiza, entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade. Veja-se[73]:

> "Na jurisprudência recente do Tribunal, *o significado do princípio da igualdade geral, como proibição da arbitrariedade, é ampliado progressivamente por elementos do princípio da proporcionalidade: segundo o objeto da regulação e característicos de diferenciação, traça,* segundo isso, *o artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental,* como resulta do seu texto e sentido, assim como da sua conexão com outras normas constitucionais, *à liberdade conformadora do legislador, limites diferentes, que se estendem da mera proibição de arbitrariedade até uma vinculação severa a requisitos de proporcionalidade."* (destacamos)

Hesse informa que, em questões de política econômica e política orçamentária, bem como em políticas de concessão de benefícios, o Tribunal parte de um espaço de conformação mais amplo do legislador. Todavia, quando a regulação a ser valorada interfere em outros âmbitos jurídico-constitucionalmente protegidos, como o princípio do Estado Social, e especialmente o âmbito de outros direitos fundamentais, o Tribunal opera uma substancial restrição da liberdade conformadora do legislador.

Todavia, Hesse não chega a explicitar se tal redução da liberdade conformadora do legislador opera-se somente em favor da aplicação mais rígida dos cânones da proporcionalidade no que tange às restrições à igualdade *de iure,* ou se abrange também a antes mencionada "vinculação" positiva do legislador quanto à tarefa de redução das desigualdades fáticas.

Acreditamos que a posição de Konrad Hesse é de maior aceitação do princípio da igualdade fática como aspecto essencial do princípio da igualdade, o que fica bem claro quando o autor aborda a igualdade entre homens e mulheres contida no art. 3º, alínea 2 da constituição alemã, *in verbis:*

> "Mais além da proibição de discriminação do artigo 3º, alínea 3, da Lei Fundamental, o artigo 3º, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um mandamento de igualdade de direitos e *estende esse também à realidade social.* A frase, 'homens e mulheres gozam dos mesmos direitos', quer não só eliminar normas jurídicas, que unem vantagens e desvantagens a caracteres sociais, mas, para o futuro, realizar igualdade de direitos dos sexos. *Ela visa à adaptação das condições de vida."* (destacamos)

Outra evidência desta posição de Hesse é que Alexy cita sua obra *Der Gleichheitsgrundsaltz im Staatsrecht* como correspondendo a uma corrente doutrinária que não abre mão de interpretar o artigo 3º, 1, da Constituição alemã como contendo também o sentido da igualdade de fato[74].

[72] *Idem,* p. 338.

[73] *Idem,* p. 337.

[74] ALEXY, Robert, *op. cit.,* p. 406.

2.5 A Posição de Alguns Autores Brasileiros

Referência obrigatória para o estudo da doutrina nacional sobre o tema do princípio da igualdade é o extenso Parecer publicado por Francisco Campos em seu *Direito Constitucional*[75], quando ainda se estava na vigência da Constituição de 1946.

Às páginas 7 a 56 da referida obra, Francisco Campos analisa o caso concreto de um decreto-lei de 1944 que teria vulnerado, dentre outros, o dispositivo do art. 141, § 1º, da Constituição de 1946[76].

A análise se dá em forma de Parecer, que ao final responde conclusivamente às questões formuladas ao famoso jurista numa consulta. No que interessa ao presente estudo, pode-se dizer que a contribuição científica de Francisco Campos abrange os seguintes tópicos:

i) Campos ressalta o *topos* privilegiado do princípio da igualdade na Constituição de 1946, não só em relação ao ordenamento jurídico em geral, mas também em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição, no sentido de que o direito à igualdade rege os demais direitos individuais, devendo ser subentendida em cada um dos parágrafos seguintes do artigo 141 (o princípio da igualdade é estampado no primeiro parágrafo) a cláusula relativa à igualdade perante a lei[77].

ii) Campos observa que é comum às declarações de direito das Constituições modernas que determinados direitos fundamentais estejam mencionados juntamente com cláusulas restritivas simples ou qualificadas. Na Constituição brasileira de 1946, isto ocorre nos parágrafos 5º (liberdade de pensamento), 7º (liberdade de crença e religiosa), 8º (proibição de discriminação por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política), 11 (liberdade de assembléia), 13 (liberdade partidária), 15 (inviolabilidade do domicílio), 16 (direito de propriedade) e 20 (direito contra detenção arbitrária).

Todavia, com relação ao princípio de igualdade, a Constituição não admite em caso algum qualquer derrogação legal ao princípio por ela estabelecido, não tolerando limitações ou exceções.[78] Esta posição, que se choca com a teoria dos princípios proposta por Alexy, será desenvolvida mais detalhadamente na última seção deste capítulo.

iii) Campos observa que igualdade não significa, na era industrial do século XX, o mesmo que significou na era burguesa dos séculos XVIII e XIX. Com efeito, nas primeiras declarações de direitos que se seguiram às revoluções liberais que puseram fim ao *Ancien Régime,* abolindo privilégios de classe e discriminações nobiliárquicas, o princípio da igualdade consistia quase que tão-somente em impedir que renascesse a estrutura social dos estamentos e castas sociais. Assim, observa, a acentuação tônica do princípio da igualdade teria de recair precisamente sobre o seu "conteúdo negativo"[79].

[75] CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956, vol. II.

[76] "Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º Todos são iguais perante a lei."

[77] CAMPOS, Francisco. *op. cit.*, p. 12.

[78] CAMPOS, Francisco. *op. cit.*, p. 14.

[79] CAMPOS, Francisco. *op. cit.*, p. 15.

Nas constituições contemporâneas, o princípio da igualdade perante a lei deixa de ser um conceito cujo conteúdo se mostra de modo concreto por antítese a um *statu quo ante,* para ser um conceito sem foco definido de incidência, ou cujo conteúdo comporta as mais amplas conotações. A igualdade não seria pois adstrita a um aspecto ou a uma forma de organização social, mas um postulado de ordem geral destinado a reger o "comércio jurídico" em todas as suas modalidades. O objetivo fundamental do princípio da igualdade seria, segundo Campos, "assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a ordem social como a ordem política e a ordem econômica e jurídica"[80]. Livre concorrência é aí entendida não só no campo econômico mas também no campo político e ideológico.

iv) Dentre as inúmeras situações que sofrem necessariamente a influência do princípio da igualdade, Francisco Campos afirma que o campo econômico concorrencial seria o mais importante, *verbis*[81]:

> "O motivo que inspira a declaração nas Constituições modernas do direito à igualdade perante a lei, é de outra ordem. Ele consiste na convicção de que um determinado regime econômico, precisamente o de que a livre concorrência constitui a categoria lógica, ética e jurídica, não poderá subsistir a não ser se ao Estado se impõe o dever de não alterar, em caso algum, as condições de concorrência, a não ser que tais alterações sejam gerais e se apliquem indiscriminadamente a todos os concorrentes."

Aqui, *data maxima venia,* acreditamos que o jurista conduziu um tanto quanto artificialmente sua linha de pensamento em função da matéria específica da consulta, que versava sobre uma agressão legal às empresas produtoras e comerciantes de guaraná, pois o decreto-lei analisado houvera introduzido a exigência de que todo produto que tivesse no rótulo a expressão "guaraná" contivesse grau mínimo de verdadeiras sementes de guaraná, ainda que no rótulo da garrafa estivesse a expressão "artificial". Ora, sabe-se muito bem que o campo da regulação econômica é daqueles nos quais o poder público desfruta de maior "liberdade conformadora", não sendo muito compreensível que se estabeleça que justamente este campo é o sítio por excelência da aplicação rigorosa do princípio da igualdade.

v) O argumento que ocupa maior espaço no Parecer de Francisco Campos é o endereçamento ao próprio legislador do princípio da igualdade perante a lei. Com admirável elegância, e com análises profundas da doutrina e jurisprudência alemã e norte-americana, Campos demonstra claramente que não pode haver dúvida de que o princípio da igualdade prescrito na Constituição obriga particularmente o legislador, sendo que se não fosse assim o princípio perderia muito de sua eficácia, e a garantia da legalidade ficaria certamente prejudicada.

Talvez por essa magnífica demonstração doutrinária da década de 50, aliada à também magnífica palestra proferida por Seabra Fagundes na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo[82], tenha-se firmado na doutrina brasilei-

[80] CAMPOS, Francisco. *op. cit.*, p. 17.

[81] CAMPOS, Francisco. *op. cit.*, p. 18.

[82] FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, *Revista dos Tribunais* nº 235/55, pp. 3-15.

ra, muito mais que na doutrina de outros países, a compreensão de que o princípio da igualdade perante a lei não deve ser interpretado como mandato relativo à aplicação do direito, mas como mandato relativo principalmente à criação do direito[83].

Todavia, Francisco Campos não aprofunda a discussão sobre quais as implicações da vinculação do legislador ao princípio (proibição da arbitrariedade, princípio da proporcionalidade, risco de avanço sobre a competência do legislador etc.), limitando-se somente a afirmar que estará violado o princípio da igualdade perante a lei se um dispositivo legal, ao regular um ato, um fato, uma atividade, ou criar um direito ou obrigação, prescrever um regime jurídico para um, sem que o estenda a todos os demais da mesma classe, o que corresponde ao princípio da justiça formal tal como formulado por Perelman.

vi) Incursionando no direito norte-americano, Campos demonstra que, na interpretação da 14ª Emenda à Constituição Norte-Americana[84], os legisladores estadual e federal estão sujeitos ao princípio da igualdade, bastando para comprová-lo a citação da seguinte jurisprudência da Suprema Corte[85]:

> "Legislation may be limited in scope; and it may be adjusted to differences in things or situations; but *it may not make any arbitrary or unreasonable distinction or discrimination; and within the sphere of its operation, it must accord substantially equal and uniform treatment to all persons similarly situated*" - Corpus Juris Secundum, 1939, vol. 16, § 505, letra b (1). (destacamos)

vii) Finalmente, Campos assevera que o princípio da igualdade implica que o legislador está impedido de legislar por via de medidas individuais ou concretas, sendo que o referido princípio determina o respeito ao conceito material de lei, e não somente ao conceito formal determinado pela fonte ou pelo órgão emanador da disposição. Segundo Campos, "lei será tão-somente o ato do Poder Legislativo em que formulada uma regra de direito a ser aplicada a um número indeterminado de casos"[86]. Celso Antônio Bandeira de Mello, como se verá a seguir, incorporou tal restrição no modelo proposto por ele sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Outro autor que discorreu sobre o princípio da igualdade perante a lei tal como disposto na Constituição de 1946 foi Sampaio Dória, em seu *Direito Constitucional*[87]. Segundo este autor, o fundamento da igualdade jurídica é algo que

[83] Segundo José Afonso da Silva, "no direito estrangeiro, faz-se a distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. (...) Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido de que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 210.

[84] A 14ª emenda estabelece entre outros coisas que "No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of United States; nor shall any State deprive any person of life,liberty, or property, without due process of law; nor deny any person within its jurisdiction the equal protection If the laws".

[85] CAMPOS, Francisco, *op. cit.*, p. 20.

[86] *Idem*, p. 20.

[87] DÓRIA, A. Roberto Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo : Nacional, 1953, vol. II.

seria a marca igualitária do ser humano: "a falibilidade da inteligência, para conhecer realmente as cousas, e a parcialidade dos sentimentos nas decisões da vontade"[88]. Com base nesta característica comum a todo ser humano, Sampaio Dória julga poder fundamentar o princípio da igualdade, com todas as outras inumeráveis diferenciações entre os indivíduos ficando em segundo plano.

Para Sampaio Dória, a igualdade jurídica costuma ser classificada em igualdade civil, política, social e econômica. A clara preferência do autor por uma concepção meramente formal da igualdade civil e política, e sua desvalorização da igualdade social e econômica faz com que o classifiquemos dentre os teóricos adeptos do sistema que Rawls chamou de "liberdade natural"[89]. Vejamos.

Em relação à igualdade civil e política[90], Sampaio Dória a tem como satisfeita por critérios meramente formais, ou seja, a existência do direito de sufrágio universal, do direito dos cidadãos comporem os governos e lhes fiscalizar e da inexistência de discriminação legal, para o exercício dos direitos, entre posições hereditárias. A busca de igualdade de condições materiais (situações de vida concreta) para que os cidadãos possam encontrar o mesmo valor em sua liberdade política (igual valor da liberdade de participação política na teoria da justiça de Rawls) não é sequer considerada pelo autor brasileiro.

Ou seja, somente porque não há mais distinções entre nobres e plebeus, Dória considera ingenuamente que "na conquista da vida, o ponto de partida é o mesmo para todos. Não há privilégios de nascimento, ou de sangue. Vai, ou pode ir cada qual até onde lhe possibilitem as forças de que disponham. As portas de ingresso ao exercício dos direitos se acham abertas às diligências de todos"[91].

Em relação à igualdade social[92], Dória se deixa levar pelo equívoco denunciado por Francisco Campos quanto à mudança de significado do princípio da igualdade desde os tempos das revoluções burguesas do século XVIII até a era industrial do século XX. Com efeito, Dória tem como alheia aos interesses e ao escopo da igualdade jurídica a questão da igualdade social, interpretando esta última ora como inexistência de castas sociais ou estamentos (o que já teria sido definitivamente sepultado pela ordem jurídica democrática), ora como inexis-

[88] *Idem, ibidem*, p. 352.

[89] Segundo Rawls, o sistema da liberdade natural, que é uma interpretação liberal e não democrática da igualdade, "presupposes a background of equal liberty (as specified by the first principle) anda a free market economy. They require a formal equality of opportunity in that all have at least the same legal rights to access to all advantaged social positions. But since there is no effort to preserve na equality, or similarity, of social conditions, except insofar as this is necessary to preserve the requisite background institutions, the initial distribution of assets for any period of time is strongly influenced by natural ond social contingencies. The existing distribution of income and wealth, say, is the cumulative effect of prior distributions of natural assets - that is, natural talents and abilities - as these have been developed or left unrealized, and their use favored or disfavored over time by social circuntances and such chance contingencies as accident and good fortune. Intuitively, the most obvious injustice of the system of natural liberty is that it permits distributive shares to improperly influenced by these factors so arbitrary from a moral point of view". RAWLS, *A theory of justice*, p. 72.

[90] DÓRIA, *op. cit.*, p. 354.

[91] *Idem*, p. 352.

[92] *Idem*, pp. 354-355.

tência de diferenciação entre grupos de interesse na sociedade (intelectuais, esportistas, "malandros") o que seria natural e fugiria à regulação jurídica.

É realmente impressionante como é ignorada pelo autor a dimensão "verdadeiramente social" do princípio da igualdade, enquanto fundamento ético e mandamento normativo de nivelamento das condições sociais entre os cidadãos de forma a criar uma igualdade "eqüitativa de oportunidades" e tornar a liberdade algo real e democrático e não um engodo elitista. Somente com tal nivelamento concreto (o que não significa igualação das riquezas entre os indivíduos), pode-se afirmar sinceramente que "as portas de ingresso ao exercício dos direitos se acham abertas à diligência de todos". É exatamente isto que consideramos ter restado claro da análise do pensamento de Rawls e Dworkin no primeiro capítulo.

Em relação à igualdade econômica, Dória a qualifica como "utopia dos que sonham suprimir todas as diferenças de riquezas, dos que sonham outorgar a todos parte igual nos bens deste mundo"[93]. Ora, bastaria ler as Constituições dos Estados Sociais já vigentes em 1953 (como a Constituição alemã de 1949) para Dória verificar que o direito à igualdade econômica do Estado Social não significa em absoluto "suprimir todas as diferenças de riqueza", o que nem mesmo Karl Marx propôs em suas obras econômicas.

No contexto da teoria de Dworkin sobre a igualdade distributiva, pode-se dizer que Dória acredita que as desigualdades gritantes do mundo capitalista não são fruto de "pontos de partida diferentes" ou de desigualdades em aspectos moralmente arbitrários pois exteriores aos indivíduos (classe social depauperada com conseqüente impossibilidade de acesso aos bens culturais, preconceitos de raça e de cor etc.), mas sim decorrência de aspectos pessoais ou da própria personalidade individual, não sendo assim justificável qualquer política mais efetiva de redistribuição de riqueza. Veja-se[94]:

> "E porque estas desigualdades, que infernizam a vida da maioria? Onde a causa desta injustiça? E respondem a si mesmas estas almas sensíveis: a causa está na exploração capitalista, na propriedade individual principalmente dos instrumentos de produção, os dois grandes cancros dos destinos humanos.
>
> A realidade social é, porém, muito mais complexa. *As riquezas resultam, em princípio, do esforço ordenado dos indivíduos.* (...) Se há, no regime do salário, exploração do forte contra o fraco, a reparação do mal não está na supressão das iniciativas individuais, e do dispor cada qual do que produza.
>
> Por outro lado, *são irrecusáveis as desigualdades naturais, na capacidade de produção;* como, dentre elas, realizar a igualdade econômica? O que trabalha, e o que vadia, o que é capaz, o que é desastrado, o que economiza, e o que desperdiça, o que prevê e diligencia e o que vive ao Deus dará, não são, acaso, desiguais? *E destas desigualdades não resultam desigualdades no rendimento do trabalho? Como nivelar criaturas na capacidade e na ação, para a posse e fruência das riquezas que produzem? (...)*

[93] *Idem*, p. 356.
[94] *Idem*, p. 356.

> Em suma, *a igualdade econômica não é corolário da igualdade natural, na tara que a todos atinge, da falibilidade da inteligência, e de parcialidade nos sentimentos. Pelo contrário, das desigualdades naturais na capacidade e na ação de indivíduos, o que resulta, naturalmente, são desigualdades econômicas* (...)." (destacamos)

San Tiago Dantas produziu estudo[95] em que são estudados a fundo a origem e o desenvolvimento, no direito constitucional norte-americano, dos *standards* da "law of the land", do "due process of law" e do "equal protection of the laws". Explicitando as diferenças entre a realidade britânica, em que o parlamento soberano não está sujeito a qualquer controle de seus atos[96], e a realidade americana que conformou o "judicial review", San Tiago Dantas demonstra a filiação brasileira à tradição norte-americana, desde o primeiro estatuto republicano de 1891, e se propõe então a responder se há algo no sistema brasileiro que possa facultar à jurisprudência um mecanismo semelhante ao "due process of law".

Segundo Dantas, a técnica constitucional de limitação da função legislativa é formada, no Brasil, tendo por suporte fundamental o princípio da igualdade. A igualdade teria passado, segundo San Tiago Dantas, por três momentos históricos distintos[97]:

> "A primeira época - fins do século XVIII, começos do XIX - concebeu o princípio como abolição de privilégios sociais, o que vem a ser a igualdade jurídica em sentido subjetivo, pessoal; nos meados do século XIX essa concepção perdura, mas com ela concorre a da igualdade na aplicação do direito; em começos do século XX - terceira época - apresenta-se a concepção da igualdade em sentido objetivo material. (...) *Toda a ênfase posta nas proclamações da igualdade estaria, porém condenada a se tornar puro verbalismo, se não se franqueasse a terceira etapa do problema, - forçando o legislador a fazer leis iguais para todos. A tirania do legislativo poderia ser mais rara, mas não menos funesta que a dos antigos soberanos.* E o centro de conversão do sistema jurídico continuaria a ser uma vontade livre, embora formada através de deliberações coletivas." (destacamos)

No sistema constitucional brasileiro, o princípio da igualdade serve, "de modo mais perfeito que o *due process of law americano*", como adminículo para o Supremo Tribunal Federal repelir como inconstitucionais as leis arbitrárias. E o princípio da igualdade teria duplo aspecto: por um lado, determina a generalidade da lei, e por outro lado determina que, mesmo sendo geral, a lei não proceda a discriminações arbitrárias. O princípio da igualdade não poderia limitar-se à *generalidade* pois aos legisladores "sempre lhes seria possível aplicar o arbítrio na escolha do caso genérico, e assim abrirem exceções tirânicas ao estatuto comum"[98].

[95] SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Igualdade perante a lei e Due Process of Law, *in Problemas de Direito Positivo.* Rio de Janeiro : Forense, 1953.
[96] A tradição européia, segundo San Tiago Dantas, tanto a inglesa quanto a francesa, "vê nas assembléias legislativas o melhor instrumento para ajustar a lei aos imperativos da razão, da necessidade social e da opinião públicas". *Op. cit.*, p. 53.
[97] *Idem*, p. 55.
[98] *Idem*, p. 61.

Talvez o mais original do estudo de San Tiago Dantas seja sua concepção de igualdade civil como *igualdade proporcional* e não igualdade "matemática ou paritária"[99]:

> "Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos e as circunstâncias. *O princípio da igualdade jurídica não traduz, no campo do direito - como uma opinião atrasada ou tendenciosa quer fazer crer - o desconhecimento dessa desigualdade natural. É antes um esforço para balanceá-la, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica* (...) Por isso *a igualdade civil,* como a concebem talvez unanimemente os escritores, *não é a uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado de seres vários e desiguais.*" (destacamos)

A conclusão de San Tiago Dantas é a de que o critério para identificar uma norma que promove desigualações válidas ou não é a correspondência da desigualação a um "reajustamento proporcional de situações desiguais"[100]. Assim, se a lei diferenciadora não se justificar como um "reajuste de situações desiguais", ela será inconstitucional por infringir o princípio da igualdade perante a lei.

Em nossa opinião, a grande virtude do ensaio de San Tiago Dantas é desvincular o princípio da igualdade da idéia diversa de igualdade de tratamento jurídico, que o autor chama de igualdade matemática ou paritária. Todavia, consideramos que o critério do "reajuste de situações reais desiguais" não é capaz de, sozinho, orientar as cortes constitucionais na tarefa de examinar o respeito das leis ao princípio da igualdade. Acreditamos que a concepção de "tratar igualmente" deve ser suplantada não pela concepção um tanto vaga de "tratar proporcionalmente", mas pela concepção de "tratar como iguais", e com isso pensamos um *standard* para determinar quando uma norma diferenciadora parece colocar em risco as condições democráticas necessárias para que os cidadãos possam considerar-se membros genuínos de uma comunidade jurídico-política.

Pontes de Miranda escreveu longamente sobre o princípio da igualdade perante a lei na ordem constitucional brasileira. Vejamos seu posicionamento nos *Comentários à Constituição de 1967*[101].

Na maior parte de sua argumentação, desfiando seu assombroso conhecimento enciclopédico, Pontes de Miranda procura demonstrar que a *ciência natural* pode fornecer um fundamento seguro acerca da igualdade fundamental entre os seres humanos. Assim, Pontes de Miranda assevera que o melhor caminho para se compreender a igualdade é através dos juízos de fato, e não dos juízos de valor.

Assim, todos os preconceitos odiosos sobre a superioridade de raças, de culturas, de povos são desvanecidos por Pontes de Miranda à luz de contribuições da ciência natural, e não à luz de concepções ético-filosóficas como as que apresentamos no primeiro capítulo. Vejam-se alguns exemplos[102]:

[99] *Idem*, p. 63.
[100] *Idem*, p. 64.
[101] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo : RT, 1974, tomo IV.
[102] *Idem, ibidem*, pp. 666-683.

> "Posto em foco o problema da maior igualdade, *os partidários da desigualdade humana ou continuam a afirmá-la, a despeito da ciência; ou, sentindo ser difícil prosseguirem nas distinções artificiais, que lhes agradam, reduzem toda a idéia de igualdade a questão de julgamentos de valor* (...)"
> "A evolução do direito, no sentido de desbastar as desigualdades, é a realização de uma política que *atenua das diferenças entre os julgamentos de valor e aumenta o número de julgamentos de fato relativos à igualdade dos homens.*"
> *"A ciência afirma que o sangue não é diferente entre as raças;* nem segundo o grau de civilização; nem segundo a classe ou camada social."
> "No comum dos casos, os que examinam as tendências igualitárias, ou 1) as vêem como 'questão de sentimento', ou 2) como 'questão de princípios'. Raros são os que as encaram, ou as querem encarar, como *problema de ciência e de técnica. Perguntar-se-á, então: quais são os julgamentos de fato no tocante à igualdade? Se os há, podem ser mostrados.*"
> "É científico que: 1) *o cérebro humano funciona da mesma maneira; 2) as variações individuais são mínimas;* 3) entre quaisquer povos há fundo comum, que é o inconsciente arcaico (...)"
> "Há mais diferenças entre crânios de Ingleses, ou de Franceses ou de Alemães, que entre crânios de Patagões ou de insulares no Pacífico." (destacamos)

Não temos condições de concordar ou discordar dos juízos de ciência natural (medicina, biologia), ou ainda das afirmações antropológicas e etnológicas de Pontes de Miranda: nos falta a sua formação eclética e enciclopédica, que lembra os grandes espíritos polivalentes da época renascentista, ao mesmo tempo matemáticos, filósofos, lógicos e ainda por vezes escultores e arquitetos.

Todavia, no que toca a juízos relativos à filosofia política, não há como deixarmos de registrar nosso sobressalto quanto a afirmações genéricas e extremamente problemáticas de Pontes de Miranda[103], afirmações estas que findam por restar não totalmente justificadas à luz dos conhecimentos filosóficos construídos por autores de resto sequer citados, mencionados ou discutidos pelo jurista pátrio.

De todo modo, discordamos de Pontes de Miranda no que tange à aproximação filosófica que o autor imprime à fundamentação da igualdade, pois não podemos aceitar que seja retirado da idéia da igualdade seu conteúdo eminentemente valorativo ou axiológico. A igualdade é dever-ser, projeto em constante implementação e reformulação no seio da realidade social e do pensamento, e idéia guiada fundamentalmente pelo ideal da justiça. Não é com juízos de fato nem com teorias biológicas que se logrará fundamentar o princípio da igualdade. Como já disse Norberto Bobbio em passagem de extrema lucidez[104],

[103] Por exemplo: "Pode haver liberdade sem igualdade e sem democracia, ou somente associada a uma das duas; pode haver igualdade sem liberdade, ou sem liberdade e sem democracia, pode haver democracia sem liberdade e, até, sem liberdade e sem igualdade". *Op. cit.*, p. 627.
[104] BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro : Ediouro, 1996, p. 15.

> "a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a essa relação um valor, o que faz dela uma meta humanamente desejável, é o fato de ser justa. Em outras palavras, *uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.*" (destacamos)

Para Pontes de Miranda, a igualdade jurídica implica a igualdade de direitos civis (poderem todos, igualmente, adquirir, transferir e perder direitos), a igualdade quanto ao acesso a cargos públicos, a igualdade perante a justiça e outras autoridades públicas, a igualdade de escola e outras igualdades garantidas na Constituição, sendo as principais delas a igualdade religiosa, a igualdade política e a igualdade econômica.

Por sua vez, a igualdade social compreende a eliminação de distinções de classe, de cor, de sexo ou qualquer outra, quer para a entrada e permanência em locais públicos ou de uso público, quer para o "trato da vida"[105].

Quanto à igualdade econômica, a visão de Pontes de Miranda é bastante lúcida, afirmando-se que[106]

> "*A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou de desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis.* O direito, que em parte as fez, pode aparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades." (destacamos)

Vê-se assim que a postura de Pontes de Miranda é antípoda da postura de Sampaio Dória comentada acima. Enquanto o primeiro afirma que a desigualdade econômica não é de modo algum desigualdade de fato ou natural, mas desigualdade em grande medida produzida artificialmente pelas própria leis, o segundo afirma que a desigualdade econômica é decorrência das desigualdades naturais entre os indivíduos, uns mais habilidosos e diligentes, uns mais desleixados e preguiçosos.

Quanto ao princípio da igualdade perante a lei, positivado na Constituição de 1967/69 em seu art. 153, § 1°[107], Pontes de Miranda afirma que o mesmo ampara tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas[108] e distingue o sentido de igualdade formal (igualdade ante a lei já feita) e o sentido materializante (igualdade na lei por fazer-se), sendo o primeiro dirigido aos aplicadores (poderes executivo e judiciário) e o segundo dirigido ao poder legislativo[109].

[105] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 688.
[106] *Idem*, p. 689.
[107] "Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça."
[108] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 691.

Pontes de Miranda não chega a aprofundar a análise sobre os limites e a natureza do controle jurisdicional sobre o respeito do legislador ao princípio da igualdade (teorias da proibição do arbítrio, máxima fraca da igualdade, carga de argumentação do tratamento desigual etc.), mas explica que não cabe invocar o princípio da igualdade onde a própria Constituição permite, implícita ou explicitamente, a desigualdade[110].

Buscando responder exatamente a questão fulcral sobre o princípio da isonomia (*Quais os limites colocados ao legislador em sua atividade de estabelecer discriminações no desenho do conteúdo das normas*), Celso Antônio Bandeira de Melo produziu obra célebre[111], escrita ainda na vigência da Constituição de 1967/69, na qual se erigiram três critérios para o reconhecimento das diferenciações que infirmam o princípio da igualdade, concebido naturalmente em sua conotação material, dirigido à atividade conformadora das leis.

O primeiro critério sugerido por Bandeira de Mello é o do elemento tomado como fator de desigualação. Segundo este critério, a lei não pode erigir em parâmetro diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, somente um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar; além disso, o traço diferencial previsto na lei necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação diferençadas, pelo que elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diversos[112].

O primeiro aspecto deste critério encontra-se também afirmado na obra de Francisco Campos, como visto acima. O segundo critério corresponde ao que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão chama de "objetividade" do fator de diferenciação.

O segundo critério proposto pelo autor paulista é o da correlação lógico-racional abstrata entre o fator desigualatório e a disparidade estabelecida no regime jurídico diferenciado. Este é o critério mais importante, considerando-se agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto[113].

Finalmente, coloca-se o critério da consonância concreta desta correlação lógica existente entre o critério diferenciador e a finalidade da diferenciação com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Quanto a tal critério, o autor aduz um exemplo[114]:

> "Assim, poder-se-ia demonstrar existência de supedâneo racional, a dizer, nexo lógico, em desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação de-

[109] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 698.
[110] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 701.
[111] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
[112] *Idem, ibidem*, p. 23.
[113] *Idem, ibidem*, p. 38.
[114] *Idem, ibidem*, p. 43.

trimentosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, aos quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob fundamento de que graças à concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. *A distinção estaria apoiada em real diferença entre uns e outras* [primeiro critério]. *Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em discrímen aleatório* [segundo critério]. *Sem embargo a desequiparação em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado. Com efeito, o art. 173, § 4º, da Lei Maior, hostiliza as situações propiciatórias do domínio dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para a justiça social (art. 170,* caput), *tende-se a fugir dela.*" (destacamos)

Bandeira de Mello ainda acrescenta a seu modelo uma advertência de cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia, criando uma concepção particular de "carga em favor da igualdade" (*in dubio pro* igualdade), argumentando que a presunção genérica e absoluta é a da igualdade e que o intérprete da norma deve se policiar para não dar interpretações discriminatórias ao que a lei só implicitamente, mas não confessadamente, diferenciou[115].

As conclusões finais de Bandeira de Mello são feitas estabelecendo-se cinco itens que manifestam situações em que se supõe violado o princípio constitucional da igualdade. Assim, haveria ofensa ao princípio da isonomia quando:

I - A norma examinada se dirige a um destinatário determinado singularmente, ao invés de abranger um conjunto ou uma categoria de indivíduos ou situações, ou ainda um evento, um indivíduo ou uma situação futuros ou indeterminados (conceito material de lei);

II - A norma não contém critério objetivo de diferenciação, que resida nos próprios entes discriminados;

III - Não há relação lógico-racional entre o fator de desigualação e a finalidade da norma, ou entre o discrímen e o regime adotado para cada situação diferençada.

IV - A relação lógico-racional do item III existe mas conduz a efeitos que se chocam com interesses prestigiados na Constituição;

V - A exegese da norma lhe extrai desequiparações não professadamente assumidas pela norma, mesmo que se chegue à conclusão de que há diferenciações desejadas implicitamente pela norma[116].

Celso Bastos se posiciona em favor do modelo proposto por Bandeira de Mello, asseverando que a igualdade consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pela Constituição[117].

[115] *Idem, ibidem,* p. 46.

[116] *Idem, ibidem,* p. 48.

[117] BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo : Saraiva, 1989, vol. II, pp. 8-9. Sobre a fórmula "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que desigualam", assevera Celso Bastos: "Não que seja errada tal assertiva. É que ela é tautológica, uma vez que o cerne do problema remanesce irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais. (...) À medida que se ascenda num nível de abstração, todas as coisas e pessoas vão-se parificando. O conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisto: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja a finalidade a que a lei se preordena."

Consideramos o modelo proposto por Bandeira de Mello como um notável esforço, certamente bem-sucedido, de sistematizar e formalizar os critérios utilizados no controle, pelo poder judiciário, do respeito ao princípio da igualdade. Comparando-se a solução de Bandeira de Mello com a solução um tanto quanto lacônica da proibição geral do arbítrio, e com a solução retórico-formal do "tratar o igual por igual e o desigual por desigual", certamente identificam-se importantes avanços. Mas consideramos que outros hão de ser realizados, pedindo vênia ao brilhante jurista para criticarmos seu modelo da forma que segue.

Em primeiro lugar, o modelo não confere à igualdade um tratamento que lhe reconheça a peculiaridade de *princípio jurídico, vis à vis* a noção de *regra jurídica,* tal como caracterizado na hermenêutica constitucional contemporânea (Dworkin, Alexy). De resto, o próprio conceito de princípio jurídico para Bandeira de Mello, já imortalizado na doutrina e jurisprudência pátrias, parece não atentar para a diferenciação importantíssima regra/princípio[118].

Em segundo lugar, o modelo não dimensiona apropriadamente a questão da "carga de argumentação em favor do tratamento igual", tal como Alexy busca realizar em seu modelo. Quando parece incluir em seu modelo tal carga ou ônus em favor da igualdade, o faz somente no plano interpretativo como mandato direcionado ao aplicador e não ao legislador. Neste particular, revela-se um tanto obscura a opinião de que, quando a norma implicitamente determina um tratamento diferenciado, mesmo que tal discrímen corresponda a todas as exigências formuladas pelo modelo, o exegeta deve por assim dizer "ignorar" o mandamento normativo. Sim, pois é universal o entendimento de que o que é implicitamente determinado não é "menos" determinado do que o que é explicitamente determinado.

Em terceiro lugar, a questão da igualdade de fato e da igualdade *de iure,* com seus possíveis conflitos, não recebe um tratamento próprio no modelo de Bandeira de Mello, nem ao menos tendo sido justificada a ausência de tal tratamento.

O modelo, por ressentir de elementos mais específicos da problemática mesma da igualdade (igualdade de fato e de direito, regra da carga de argumentação em benefício do tratamento igual, cânones de proporcionalidade), tende a exprimir melhor uma concepção de controle sobre a categoria mais ampla da razoabilidade das leis (*substantive due process of law*).

[118] Segundo Bandeira de Mello, princípio é "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo.* São Paulo : RT, 1980, p. 230. O autor também afirma que "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma", evidenciando assim que não toma os princípios como normas.

Com efeito, Juan Francisco Linares, jurista argentino que possui interessante trabalho sobre este tema, chegou, à luz da doutrina e jurisprudência principalmente norte-americanas, a três cânones para o controle da razoabilidade das leis que se assemelham em muito ao modelo proposto por Bandeira de Mello. Segundo Linares, controlar a razoabilidade das leis, através do que os americanos chamam de *balance of convenience rule,* significa[119]:

> I - comparar e equilibrar as vantagens que leva à comunidade um ato estatal e os ônus implicados pelo mesmo;
> II - aferir a adequação entre o meio empregado pelo ato e a finalidade que o mesmo persegue;
> III - aferir a conformidade do ato ou seus resultados com os valores e interesses prestigiados na Constituição e que desfrutam de reconhecimento social.

Já na vigência da Constituição de 1988, diversos autores se manifestaram sobre o princípio da igualdade, como José Afonso da Silva[120]. Este autor, de resto acompanhado no particular por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[121], ressaltou a ligação umbilical do princípio da igualdade com o princípio ainda mais fundo da *democracia*.

José Afonso da Silva aponta para algo que nos parece fundamental: o princípio da igualdade, estampado no art. 5°, *caput* da Constituição, não pode deixar de ter sua interpretação influenciada por outros dispositivos constitucionais que tocam matéria em tudo interligada com o tema da igualdade. O art. 1°, por exemplo, define como fundamento do Estado brasileiro "a cidadania" (inc. II) e "a dignidade da pessoa humana" (inc. III). O art. 3° define como objetivos fundamentais da República "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inc. III), bem como "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inc. IV). O art. 170, por sua vez, determina que a ordem econômica nacional tem por fim "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social" (*caput*), e como princípio "a redução das desigualdades regionais e sociais" (inc. VIII), enquanto o art. 193 define que a ordem social tem como objetivo "o bem-estar e a justiça sociais".

Ora, diante de todos estes princípios que povoam a constituição brasileira, constituição de um Estado Democrático de Direito de forte conotação social, o princípio da igualdade não pode ser interpretado com o colorido que se lhe deu ao tempo dos Estados Liberais. Urge aceitar como corretíssima a afirmativa de Canotilho de que[122]

> "Em face da Constituição, não se pode interpretar o princípio da igualdade como um 'princípio estático' que não implica a eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia económica como um 'princípio dinámico', impositivo de uma igualdade material. (...) *A igualdade material que o princípio da igualdade postula é também a igualdade que o princípio da democracia económica e social pretende realizar. (...) O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa 'unidade', não redutível a momentos unidimensionais e 'estática' ou 'dinámica' da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de Direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) e um princípio de igualdade de democracia económica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit).*" (destacamos)

[119] LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes.* Buenos Aires, 1989, p. 29.
[120] SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, pp. 206 e ss.
[121] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 24ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997, pp. 273 e ss. "Os princípios de igualdade e legalidade, com os direitos que deles decorrem, são expressão direta de um regime político, qual seja a democracia. (...) Não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo."
[122] CANOTILHO. Gomes, *Direito Constitucional.* pp. 485-486.

Tendo em vista tal realidade estampada com todas as letras na Constituição de 1988, parece-nos ultrapassada a forma como certos constitucionalistas enfocam a dialética entre igualdade de fato e igualdade de direito no seio de um Estado Democrático de Direito. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, refere-se à igualdade de direitos como a igualdade "consagrada constitucionalmente nas democracias ocidentais" e que "mantém aberta a possibilidade de distinções, mas distinções que decorram do valor pessoal", afastadas discriminações com base em privilégios de raça, cor, religião, sexo e nascimento. Em contraposição a tal definição extremamente positiva, o autor formula, com tom claramente negativista, a definição de igualdade de fato, como sendo "a prometida nas democracias marxistas para o paraíso comunista. Para o atendimento dessa promessa, se possível, não se lhe nega até o sacrifício da liberdade"[123].

Ora, igualdade de fato, no sentido em que o Estado Social e o Estado Democrático de Direito a entendem, não é algo prometido nas democracias marxistas para o paraíso comunista. É algo prometido e em grande medida cumprido exatamente nas "democracias ocidentais" que Manoel Gonçalves Ferreira Filho identificou somente com a "igualdade de direitos". Seja através da análise dos constitucionalistas contemporâneos exatamente destas democracias ocidentais (Alexy, Hesse, Canotilho, Jorge Miranda), seja através do estudo da obra dos jusfilósofos mais influentes na maior das democracias ocidentais (Rawls, Dworkin), a conclusão a que se chega é que, tanto nas ordens constitucionais concretas quanto nas fundamentações filosóficas e teorias da justiça, é fundamental o papel da igualdade enquanto redutora das desigualdades fáticas (criadora de igualdade substancial diante dos bens da vida, culturais, econômicos e sociais), especialmente daquelas desigualdades moralmente arbitrárias (Rawls) e vinculadas a circunstâncias sociais e não à pessoa dos indivíduos (Dworkin). Nada mais equivocado do que identificarem-se medidas de justiça social efetivas e políticas redistributivas eficazes com a implementação do ideário comunista.

Misabel Abreu Machado Derzi enfoca exatamente esta questão quando demonstra que o constitucionalismo da segunda metade do século XX trabalha com exigências jurídicas distintas daquelas relativas ao constitucionalismo clássico. Dá-se exatamente o abandono da igualdade formal própria do liberalismo clássico e, ao impulso das idéias socializantes, impõe-se a busca da igualdade na ordem dos fatos, de caráter econômico-material[124].

[123] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, *op. cit.*, p. 274.
[124] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* 7ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 529.

Em passagem precisa, em prol da interpretação do princípio da igualdade na Constituição de 1988 da forma que propugnamos acima, afirma Misabel Derzi[125]:

> "Estado Democrático de Direito é Estado que mantém clássicas instituições governamentais e princípios como o da separação de poderes e da segurança jurídica. *Erige-se sob o império da lei, a qual deve resultar da reflexão e co-decisão de todos. Mas não é forma oca de governo, na qual possam conviver privilégios, desigualdades e oligocracias. Nele, há compromisso inseparável com a liberdade e a igualdade, concretamente concebidas, com a evolução qualitativa da democracia e com a erradicação daquilo que se chamou de o 'ser oligárquico' subsistente em quase todas as democracias.*" (destacamos)

Misabel Derzi, após explicitar a noção de justiça formal nos termos em que desenvolvida por Chaïm Perelman, enfatizando suas conquistas e seus limites[126], propõe cinco "critérios de comparação, como variáveis, que permitirão agrupar os seres em iguais ou desiguais", buscando assim traçar as linhas mestras da igualdade material que cristalizam a escala de valores constitucionalmente adotada. Os critérios são os seguintes, esclarecendo a autora que em nenhum deles se quebra o conceito de igualdade formal[127]:

> 1. "proibição de distinguir (universalmente) na aplicação da lei, em que o valor básico protegido é a segurança jurídica";
> 2. "proibição de distinguir no teor da lei, vedação que salvaguarda valores democráticos como abolição de privilégios e de arbítrio. Os princípios da generalidade e da universalidade estão a seu serviço e têm como destinatários todos aqueles considerados iguais";
> 3. "dever de distinguir no conteúdo da lei entre desiguais, e na medida desta desigualdade. No Direito Tributário, o critério básico que mensura a igualdade ou a desigualdade é a capacidade econômica do contribuinte";
> 4. "dever de considerar as grandes desigualdades econômico-materiais advindas dos fatos, com o fim de atenuá-las e restabelecer o equilíbrio social. A progressividade dos tributos favorece a igualação das díspares condições concretas, em vez de conservá-las ou acentuá-las";
> 5. "possibilidade de derrogações parciais ou totais ao princípio da capacidade contributiva pelo acolhimento de outros valores constitucionais como critérios de comparação (...)".

Em relação ao primeiro dos critérios, trata-se do clássico princípio da igualdade *perante a lei* endereçado à aplicação do direito, sendo muito própria sua vinculação com o princípio da segurança jurídica e o mandato de motivação das decisões judiciais. Em relação ao segundo dos critérios, trata-se do princípio da igualdade *na lei* endereçado ao legislador e controlado mediante a proibição do arbítrio, carga de argumentação em favor do tratamento igual etc.

[125] *Idem, ibidem*, p. 529.
[126] *Idem, ibidem*, pp. 522-527.
[127] *Idem, ibidem*, p. 530.

Em relação aos demais critérios, como os mesmos dizem de perto com a igualdade tributária e questões conexas como capacidade contributiva, progressividade e outras, reservamo-nos para sobre eles nos pronunciarmos no terceiro capítulo, onde será tratado especificamente do tema da igualdade tributária.

Ricardo Lobo Torres enfrentou o tema do princípio da igualdade em obra específica sobre o assunto[128]. Neste segundo capítulo, vejamos as contribuições do autor no que tange à dimensão exclusivamente constitucional, deixando suas importantes considerações sobre a igualdade tributária para o capítulo seguinte.

Ricardo Lobo Torres afirma que a igualdade é ao mesmo tempo o princípio mais importante, e o de mais difícil compreensão, entre todos os princípios do Estado Democrático de Direito, aduzindo que não há nenhuma resposta segura quanto às corretas diferenciações que pode realizar o legislador. Baseando-se principalmente na doutrina alemã (Alexy, Leibholz) e nos subsídios da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, afirma o autor[129]:

> "O Tribunal Constitucional alemão estabeleceu alguns princípios para detectar a desigualdade: antes, na década de 50, aderira ao critério material, influenciado por Leibholz, afirmando que 'a regra da igualdade é ferida quando não se encontra um fundamento racional, material ou derivado da natureza das coisas (Natur der Sache) para a diferenciação ou igualação da lei, ou em síntese, quando a determinação seja arbitrária (willkürlich)'; recentemente, na década de 80, desenvolveu a argumentação apelidada de novo formalismo (neue Formal), baseada em comparação intersubjetiva, dizendo que a norma constitucional que prevê a igualdade de todos perante a lei é desrespeitada 'quando um grupo de destinatários da norma (eine Gruppe von Normadressaten) em comparação com outro grupo de destinatários seja tratado de modo diferente, apesar de inexistir diferença de qualquer qualidade ou peso (von solcher Art und solchem Gewicht), que justifique o tratamento desigual.'"

Volveremos às idéias de Ricardo Lobo Torres quando procedermos à crítica do modelo normativo proposto por Alexy, na seção seguinte.

Jurista que também muito bem explica as íntimas relações entre o princípio de igualdade e os valores fundamentais do Estado Social e do Estado Democrático de Direito é Carmen Lúcia Antunes Rocha. Baseando-se em periodização também compartilhada por Paulo Bonavides[130], Carmen Lúcia assevera que o princípio da igualdade conheceu três momentos diversos nos últimos séculos da civilização ocidental: um primeiro e longo momento (era antiga e era feudal) em que a própria estrutura social era definida com base em estamentos, castas, sendo as leis garantidoras de tais desigualdades profundamente incrustadas na própria idéia de justiça; um segundo momento em que o iluminismo e as revo-

[128] TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
[129] *Idem, ibidem*, p. 263.
[130] BONAVIDES. *A isonomia em face dos arts. 39, § 1º, 135 e 241 da Constituição Federal. Apud* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte : Lê, 1990, p. 54.

luções burguesas jogaram por terra a sociedade estamental e o regime do absolutismo, instalando o regime do liberalismo, da livre concorrência e positivando o princípio da igualdade perante a lei, de caráter abstrato e formal e principalmente ligado aos aspectos políticos e civis; e um terceiro momento em que a igualdade torna-se já[131]

> "um imperativo para a construção de uma sociedade justa e para tanto há que se desbastarem não apenas os privilégios que os nomes e as medalhas conferem e que fazem rebrilhar as desigualdades. Também as desigualdades pequenas, descoloridas sob enfoques enganadores, sorrateiramente inculcadas, artificialmente criadas pelos próprios homens em benefício do criador, promovem a injustiça, travam a dinâmica social, induzem à violência."

Na linha do pensamento de Canotilho, Carmen Lúcia pondera que hodiernamente o princípio da igualdade não vincula só negativamente o Estado, pela omissão de discriminações de direito, mas o vincula também positivamente através da imposição de atuações concretas para que se transformem as condições sociais de forma a que a igualdade jurídica se estabeleça com toda sua carga valorativa. Em passagem que denota ter procedido à fina distinção entre desigualdades circunstanciais, moralmente arbitrárias e injustas, e desigualdades justas e legítimas pois decorrentes da própria liberdade humana, pondera a jurista mineira[132]:

> "*É na igualdade fundada nas desigualdades humanas virtuais e justas, que reconhecem a dignidade humana como essência igualizada de todos os homens, que se elabora o Direito.* Um Direito que pretende a igualdade propiciadora da convivência honrada das desigualdades, que constrói sociedades em que a pluralidade seja respeitosa dos indivíduos e a igualdade seja o fundamento da coletividade." (destacamos)

2.6 Crítica do Modelo Normativo de Alexy

Pensamos que, dentre todos os autores estudados, Robert Alexy é o que chegou a um maior grau de sistematização e formalização de suas idéias sobre o princípio constitucional da igualdade. Nesta seção, pretendemos explicitar nossas discordâncias em relação ao modelo sugerido por Alexy no capítulo oitavo de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, para em seguida formularmos sugestão de um novo enfoque sobre o tema.

Repassemos o modelo de Alexy, em suas conclusões fundamentais. Há dois princípios de igualdade para Alexy, o princípio da igualdade *de iure*, que determina a igualdade quanto ao *ato de tratamento* entre dois indivíduos ou duas situações, e o princípio da igualdade de fato, que determina a igualdade das *consequências factuais dos atos de tratamento*, e não dos próprios atos em si[133].

[131] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte : Lê, 1990, p. 35.
[132] *Idem, ibidem*, p. 45.
[133] ALEXY, *op. cit.*, pp. 402-403.

Estes princípios, ambos adscritos ao dispositivo constitucional que prescreve que todas as pessoas são iguais perante a lei, têm sua funcionalidade definida por intermédio de duas normas, a primeira chamada mandato de igualdade, e a segunda mandato de desigualdade. Tais normas prescrevem[134]:

> (1) Se não há nenhuma razão suficiente para a *permissão* de um tratamento desigual, então está *ordenado* um tratamento igual.
> (2) Se há uma razão suficiente para *ordenar* um tratamento desigual, então está *ordenado* um tratamento desigual.

Em relação às duas normas, há que se entender "tratamento igual" e "tratamento desigual" no cânone da igualdade *de iure*, o que representa uma preferência básica em favor da igualdade *de iure*, tido por Alexy como algo mais fundamental do que a igualdade de fato.[135]

Por outro lado, a assimetria entre as duas normas (a primeira menciona a *não existência* de um motivo que *permita* o tratamento desigual, enquanto a segunda menciona a *existência* de um motivo que *obrigue* o tratamento desigual) conduz a uma carga de argumentação[136] para o tratamento desigual, em favor do tratamento igual, tudo isto em termos de igualdade *de iure*.

A igualdade de fato na verdade é um princípio que atua de duas formas: na primeira norma, atua como cláusula restritiva da igualdade *de iure*, ou seja, como razão *prima facie* para justificar o afastamento (que assim é visto como *permitido*) pelo legislador da igualdade *de iure*. Na segunda norma, sua função é mais forte, pois atua como razão *prima facie* para *ordenar* o legislador a afastar o tratamento igualitário *de iure*[137].

Nesta segunda função do princípio da igualdade de fato, Alexy adianta que os princípios que *concorrerão* com o princípio da igualdade de fato serão sempre o princípio da igualdade *de iure*, e o princípio que toca a distribuição de competência entre o legislador e poder judiciário, notadamente a corte constitucional (princípio democrático da liberdade de conformação normativa do legislador como órgão político representativo da vontade dos cidadãos)[138].

Nossas discordâncias quanto ao modelo proposto por Alexy agrupam-se em quatro pontos, todos relacionados entre si:

1º ponto:

A igualdade de fato e a igualdade de direito são vistas por Alexy de modo estanque, como se uma indicasse um caminho incompreensível para a outra. Isto fica claro quando o autor menciona que ocorre uma "colisão fundamental" entre os dois princípios, e assevera que uni-los numa concepção mais ampla de igualdade significaria condenar o princípio a um paradoxo, o "paradoxo da igualdade". Para evitar tal paradoxo, Alexy construiu um modelo com clara e confessada preferência pelo princípio da igualdade *de iure* em detrimento do princípio da igualdade de fato.

[134] *Idem*, p. 395-398.
[135] *Idem*, p. 408.
[136] *Idem*, p. 396.
[137] *Idem*, pp. 409-410.
[138] *Idem*, pp. 410-411.

Acreditamos que é equivocada tal visão estanque e conflitiva entre as igualdades de fato e de direito, e nisso estamos bem acompanhados, haja vista as opiniões de Jorge Miranda[139] e Ricardo Lobo Torres[140] a respeito.

Acreditamos que a igualdade deve ser vista como um só princípio constitucional, para cuja compreensão - certamente complexa - concorrem tanto a noção de *igualdade de iure* quanto a noção de *igualdade de fato,* não como noções contraditórias e conflitantes, mas como noções complementares e cada uma ligada a *momentos de justiça diferentes.* Desenvolveremos melhor tal idéia na seção seguinte.

Além disso, acreditamos que Alexy andou mal quando, justificando a prevalência da igualdade *de iure,* afirmou que esta "é um valor em si"[141]. Ora, a igualdade de fato também carrega um "valor em si", valor este que está intrincado com o valor da igualdade de direito, e que se não forem compreendidos ambos "um para o outro" não chegaremos a uma concepção correta da igualdade nos quadros do Estado Democrático de Direito.

2º ponto:

A nosso ver, é logicamente inapropriado explicar o *princípio constitucional da igualdade* lançando mão de uma regra, mandato ou norma *da desigualdade,* como faz Alexy. Para este autor, ao lado da norma da igualdade, existe a norma da desigualdade, segundo a qual sempre que existir uma razão suficiente para um tratamento *de iure* desigual, está ordenado um tratamento desigual. O que talvez não tenha sido percebido por Alexy, e aqui vemos a conexão entre este ponto e o anterior, é que nem sempre um tratamento desigual estará sendo contrário à igualdade, e assim não pode ser tido como decorrência da incidência da "norma da desigualdade".

Além disso, Alexy vê claramente a máxima da igualdade em competição com a máxima da desigualdade, sendo que para nós ambas as máximas não passam de dois aspectos da igualdade enquanto concepção do Estado Democrático de Direito.

Ao estabelecer um modelo que tem uma norma da igualdade e outra da desigualdade, o modelo parece dissolver-se no problema da *razoabilidade* das leis, e não na questão específica da *igualdade* como ideal político mais caro das constituições democráticas contemporâneas.

3º ponto

Apesar de avançar e propor um modelo mais completo do que a solução da proibição geral do arbítrio, ainda resta no modelo de Alexy um conceito obscuro: o de *razão suficiente,* presente tanto na máxima da igualdade quanto na máxima da desigualdade.

Pensamos que o conceito de razão suficiente certamente não pode deixar de ser em certo sentido vago, pois o conceito indica exatamente a atividade valorativa do órgão jurisdicional consistente no desenvolvimento de uma argumentação racional destinada a encontrar ou não motivos que justifiquem tratamentos diferenciados entre os indivíduos e situações, sem que tal tratamento possa ser considerado como contrário ao princípio da igualdade.

Mas, além de vago, a razão suficiente tal como presente no modelo de Alexy é ainda um conceito obscuro, no sentido de que não se define um critério, um norte maior de filosofia política que possa conduzir a atividade jurisdicional, ou ainda, mesmo que se possa encontrar tal critério no modelo de Alexy[142], tal critério é extremamente fracionado e esparso, e não se mostra como relativo diretamente ao direito da igualdade como ideal político fundamental do Estado Democrático de Direito.

4º ponto

Talvez por se deixar levar pelas aporias geradas pela compreensão de um princípio de igualdade de direito constantemente ameaçado pelo princípio da igualdade de fato, que por sua vez ameaça perigosamente o princípio democrático de livre conformação normativa do legislador, e ainda ter montado uma máxima de igualdade que convive conflituosamente com uma máxima da desigualdade, Alexy é um dos poucos autores que não vêem a igualdade como um princípio de hierarquia superior no conjunto dos princípios fundamentais, e por que não dizer um dos mais elevados na ordem hierárquica.

Na parte de sua obra que trata da definição dos princípios, Alexy rejeita a idéia de existência de princípios absolutos[143], que afastariam sempre todos os outros princípios, mas admite que possam existir princípios mais importantes ou de maior relevância dentro de uma hierarquia de princípios. Todavia, o princípio da igualdade não é colocado dentre eles.

[139] "Atenção particularíssima suscita a dicotomia igualdade jurídica - igualdade social ou igualdade perante a lei (como é mais freqüente dizer) - igualdade na sociedade. Sem dúvida, merece ser acolhida se se toma a primeira como mera igualdade jurídico-formal ou como igualdade liberal, inspirada numa concepção jusracionalista, e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adote).
É válida ainda, enquanto se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição de direitos em igualdade e a fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem. *Já não seria correcta a contraposição, se se supusesse estar diante de dois princípios estanques ou opostos:* 1º) porque a igualdade social como igualdade efetiva, real, material, concreta, situada (como quer que se designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno; 2º) porque, mesmo quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens especificamente a determinadas pessoas - as que se encontram em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção - a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais no rumo para esses fins." (destacamos). MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 2ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1998, tomo IV, pp. 202-203.

[140] "O aspecto mais intrincado da igualdade se relaciona com a sua polaridade. Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma." TORRES, Ricardo Lobo, *op. cit.,* p. 261.

[141] ALEXY, *op. cit.,* p. 405.

[142] Segundo Alexy, "puede decir-se que existe una pluralidad de posibilidades de fundamentación racional de los juícios iusfundamentales de igualdad y desigualdad. Puede pensarse, por ejemplo, dentro del marco de aplicación de la máxima general d igualdad, en la posibilidad de apoyar los juicios valorativos necesarios en otras normas constitucionalies (argumentación sistemática) (...)". *Op. cit.,* p. 402.

[143] *Idem,* pp. 105 e ss.

Acreditamos que é necessário conceber o princípio da igualdade como um princípio de elevadíssimo grau hierárquico, e nisso estamos de acordo, por exemplo, com Francisco Campos. Explicitaremos melhor nosso ponto de vista a respeito na seção seguinte.

2.7 Proposta de Enfoque acerca do Princípio Constitucional da Igualdade

Sobre o princípio constitucional da igualdade, há aspectos incontroversos, já gravados na consciência jurídica atual, e aspectos terrivelmente intrincados e ainda sem resposta mais ou menos compartilhada pela doutrina e jurisprudência. Vejamos.

A igualdade formal ou igualdade na aplicação do direito é conceito amplamente absorvido e incontestado. Seja um mero corolário do caráter abstrato e universal das normas, como querem Kelsen e seus seguidores normativistas, seja um valor fundamental do Estado de Direito estreitamente relacionado com a segurança jurídica e a fundamentação das decisões judiciais (como explicitou Misabel Derzi), o fato é que tal dimensão do problema não apresenta maiores fricções e atropelos.

Quanto ao endereçamento do princípio da igualdade inclusive ao legislador (igualdade material ou igualdade no conteúdo da lei), também é entendimento pacífico que se ajusta tranqüilamente à consciência jurídica, sendo que a doutrina brasileira nunca chegou a problematizar tal questão como fez a doutrina alemã, que durante várias décadas debateu se o princípio da igualdade deveria ser visto como vinculativo somente dos aplicadores da lei.

Por outro lado, também mostra-se pacífico o entendimento que o princípio da igualdade diz respeito a *juízos valorativos* sobre a realidade dos fatos, e que portanto a máxima "tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida em que se desigualam" antes *coloca* do que *responde* a questão do conteúdo do princípio da igualdade.

A celeuma se instala, a nosso ver, em função de uma questão prevalentemente jurídico-ideológica, e de uma questão prevalentemente jurídico-normativa.

A questão jurídico-ideológica diz respeito à relação complexa entre duas dimensões do princípio da igualdade: o sentido *negativo,* de liberdade individual *abstrata,* dirigido a exigência de *omissões* de atos estatais discriminatórios dos direitos *civis* e *políticos* dos cidadãos; e o sentido *positivo,* de criação *concreta* de igualdade social, dirigido a exigência de *atuações* estatais destinadas a desbastar as desigualdades *econômicas* de modo a propiciar o florescimento de liberdades concretas, e de diferenças individuais autênticas e legítimas, pois advindas das personalidades e não das circunstâncias.

A questão jurídico-constitucional passa pela compreensão complexa da relação entre os poderes judiciário e legislativo no que tange aos limites do controle de constitucionalidade das leis por ferimento ao princípio da igualdade, e pela compreensão igualmente complexa da caracterização da igualdade enquanto norma-princípio ou norma-regra e sua relação hierárquica com os outros princípios constitucionais.

A proposta de enfoque acerca do tema que a seguir apresentamos constitui a busca de uma síntese entre a compreensão ideológica da configuração do Estado Democrático de Direito, a teoria dos princípios constitucionais desenvolvida por Alexy, e principalmente a compreensão político-constitucional-filosófica de Dworkin, sem dúvida o autor mais fortemente presente no enfoque que propomos.

A nosso ver, a igualdade ou a isonomia, em sua dimensão jurídica, consiste por um lado numa regra, e por outro lado num princípio.

O caráter de regra advém do seguinte: a norma contida na Constituição, segundo a qual "todos são iguais perante a lei", determina a nosso ver que "é proibido tratar os indivíduos de forma a negar-lhes a condição de *iguais*", ou formulado de forma positiva, "é obrigatório tratar os indivíduos *como iguais,* como merecedores da mesma consideração e respeito".

Não exige a Constituição um "tratamento igual", não se exige "tratar igualmente" os indivíduos, mas tratá-los *como iguais,* no sentido de que a lei deve levar em consideração, sempre, os interesses de cada um, com o mesmo respeito e zelo: numa frase, todos têm o mesmo valor enquanto cidadãos. Aqui seguimos de perto o pensamento de Dworkin, que analisou a nosso ver de forma magnífica o princípio da igualdade. Tratar os indivíduos como iguais não implica necessariamente conceder-lhes o mesmo tratamento, muitas vezes implica conceder-lhes tratamento diferenciado exatamente por reconhecer-lhes o mesmo valor.

Dworkin demonstra no capítulo "Reverse Discrimination" de seu *Taking Rights Seriously* que o fundamental é tratar todos como iguais, e não tratar igualmente a todos. Há situações em que o direito a um tratamento igual é claríssimo, mas há situações em que o contrário prevalece, e em nenhum dos dois casos pode-se dizer que aos indivíduos envolvidos foi negada a condição de iguais, de cidadãos com o mesmo valor. A análise de Dworkin neste capítulo parte de uma questão que aflige toda a doutrina: que direitos de igualdade têm os indivíduos-cidadãos que possam ser usados para rechaçar programas governamentais relacionados a importantes políticas econômicas e sociais destinadas a reduzir a desigualdade de fato na sociedade? Sua resposta é a nosso ver mais satisfatória do que as propostas pelos doutrinadores europeus[144]:

> "We must therefore concentrate our attention on that claim. We must try to define the central concept on which it turns, which is *the concept of an individual right to equality made a constitutional right by the Equal Protection Clause.* What rights to equality do citizens have as individuals which might defeat programs at important economic and social policies, including the social policy of improving equality overall?
> *There are two different sorts of rights they may be said to have. The first is the right to equal treatment, which is the right to an equal distribution of some opportunity ore resource or burden.* Every citizen, for example, has a right to an equal vote in a democracy; that is the nerve of the Supreme Court's decision that one person must have one vote even if a different and more complex arrangement would better secure the collective welfare. *The second is the right to treatment as an equal, which is the right, not to receive the same distribution of some burden or benefit, but to be treated with the same respect and concern as anyone else.* If I have two children, and one is

[144] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge : Harvard University Press, 1978, p. 227.

> dying from a disease that is making the other uncomfortable, I do not show equal concern if I flip a coin to decide which should have the remaining dose of a drug. This example shows that *the right to treatment as an equal is fundamental, and the right to equal treatment, derivative. In some circunstances, the right to treatment as an equal will entail a right to equal treatment, but not, by any means, in all circunstances.*" (destacamos)

Voltemos à caracterização, por nós proposta, do dispositivo constitucional sobre a igualdade perante a lei como uma regra. Por que uma regra? Porque acreditamos que a igualdade é tão fundamental para o Estado de Direito que não pode ser afastada, como sói ocorrer com os princípios constitucionais, em benefício de outro princípio. O princípio da liberdade de informação, por exemplo, é um princípio que, enquanto *mandato de otimização* (Alexy), deve sofrer ponderação com outro princípio quando, num caso concreto, ambos apontarem para soluções jurídicas contraditórias. O caso *Lebach* comentado por Alexy[145] é exatamente um precedente no qual o princípio do direito à intimidade precedeu, no caso concreto, através da ponderação da lei de colisão, o princípio da liberdade de radiodifusão. No caso da incapacidade processual, também citado por Alexy[146], o princípio da proteção à vida precedeu, no caso concreto, o princípio da busca da verdade material no processo penal.

Todavia, no caso da igualdade, cremos não ser possível desrespeitar o mandamento de "tratar os indivíduos como iguais, como tendo o mesmo valor" em nome de algum outro princípio, pois isto implicaria admitir que, pelo menos naquele caso concreto, determinados indivíduos foram considerados como mais importantes, como dignos de um *status* civil mais elevado, o que arrasa a nosso ver os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito. Por isso, pensamos que existe uma faceta da igualdade que se constitui na regra segundo a qual "é ordenado tratar os indivíduos como iguais".

Alexy escreveu[147], referindo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, que seu caráter de regra se afirma claramente no fato de que, considerando-se que a norma que afirma a dignidade da pessoa humana é relevante, não se pergunta se ela precede ou não a outras normas ou princípios concorrentes, pergunta-se simplesmente se a regra foi descumprida ou não pelo legislador ou outra autoridade, e em caso positivo a norma ou ato normativo é considerado inválido. Acreditamos que isto se aplica totalmente ao princípio da igualdade, dada sua importância como fundamento do Estado de Direito.

Mas afirmamos acima que temos a igualdade como uma regra, mas ao mesmo tempo como um princípio, e agora explicamos o porquê. A regra da igualdade não é como a regra que afirma que para ser candidato a deputado federal o cidadão deve ter a idade mínima de *x* anos, não é uma regra assim tão clara que permita um entendimento tão unívoco e uma aplicação tão simples. A regra da igualdade é uma regra pela qual o constituinte determina o respeito incondicional a um *conceito,* e não a uma *concepção* determinada. Veja-se a distinção de Dworkin:[148]

[145] ALEXY, *op. cit.,* pp. 95 e ss.
[146] *Idem,* pp. 90 e ss.
[147] ALEXY, *op. cit.,* p. 107.
[148] DWORKIN. *Taking Rights Seriously.* p. 133.

> "*The Constitution,* and particularly the Bill of Rights, *is designed to protect individual citizens and groups against certains decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest. Some of these constitutional restraints take the form of fairly precise rules,* like the rule that requires a jury trial in federal criminal proceedings or, perhaps, the rule that forbids national Congress to abridge freedom of speech. *But other constraints take the form of what are often called 'vague' standards, for example, the provision that the government shall not deny men due process of law, or equal protection of the laws.*
> *(...)*
> *The 'vague' standards were chosen deliberately, by the men who drafted and adopted them, in place of the more specific and limited rules that they might have enacted.* But their decision to use the language they did has caused a great deal of legal and political controversy, because *even reasonable men of good will differ when they try to elaborate, for example the moral rights that the due process clause or the equal protection clause brings into the law.*" (destacamos)

Ao positivar a regra segundo a qual todo cidadão deve ser tratado pelo Estado como um igual, e não como diminuído ou aumentado em seu *status* de cidadão em relação a outros indivíduos, o constituinte estabeleceu um *conceito* fundamental da filosofia política do Estado de Direito. Agora, à medida que forem surgindo casos concretos, os guardiães da Constituição devem examinar, à luz de argumentos racionais desenvolvidos pelas partes interessadas, se determinada lei violou ou não esta regra, e isso envolve necessariamente percorrer os diversos princípios e valores constitucionais envolvidos no caso concreto. Por isso Dworkin ressalta a incorreção de chamar tais regras constitucionais de "vagas", pois elas seriam vagas se se mostrassem incompletas ou tentativas lacônicas de estabelecer determinada *concepção,* mas não se as tomarmos - como deve ser - como estabelecedoras de *conceitos*[149], conceitos estes responsáveis exatamente pelo *caráter aberto das constituições* e por sua realidade sempre "em marcha" e nunca definitiva.

Eis o caráter de *princípio* da igualdade perante a lei, pois a interpretação da regra da igualdade exige necessariamente ponderação, valoração, exige a atividade de estar constantemente "compreendendo" um *conceito* à luz de sua *concepção* no momento da compreensão. Dworkin menciona a existência de normas que funcionam logicamente como regras e substancialmente como princípios[150], e Alexy fala em normas com caráter duplo de regras e princípios[151]: acre-

[149] "Suppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my 'meaning' was limited to this examples, for two reasons. First I would expect my children to apply my instructions to situations I had not and could not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of the later; in that case I should want to say that my instructions covered the case he cited, not that I had changed my instructions. I might say that I meant the family to be guided by the concept of fairness, not by any specific conception of fairness I might have in mind." DWORKIN. *Taking Rights Seriously.* p. 134.
[150] *Idem,* p. 28.
[151] ALEXY, *op. cit.,* pp. 135 e ss.

ditamos que estas realidades normativas são apropriadas a explicar a complexa questão da igualdade.

Antes de passar à análise da questão jurídico-ideológica que aponta para a relação entre a igualdade de fato e a igualdade de direito, é importante nos adiantarmos à possível crítica segundo a qual estaríamos transpondo, sem mais, conceitos elaborados por um jusfilósofo norte-americano, formado portanto no direito da *common law,* para o direito brasileiro, de tradição romano-germânica.

Em primeiro lugar, os conceitos que buscamos em Dworkin não dizem respeito às instituições da *common law,* como o tratamento dos precedentes e o *stare decisis.* Os conceitos que buscamos em Dworkin constituem os fundamentos da teoria constitucional segundo a qual o poder judiciário tem o poder de rever decisões legislativas que se mostrem contrárias a princípios e regras constitucionais. Este princípio estabelecido pelo *Chief Justice* Marshall no clássico caso *Marbury v. Madison* não é algo estranho ao constitucionalismo brasileiro, muito ao contrário, é algo para nós extremamente significativo, conforme ressaltou em importante obra Sacha Calmon Navarro Coêlho[152].

Em segundo lugar, muitas das visões de Dworkin são acolhidas por juristas respeitados formados em sistemas de direito da tradição romano-germânica, como Canotilho e o próprio Alexy.

Finalmente, e em maior importância, cremos que existe um ponto em que as teorias sobre a igualdade perante a lei da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional português podem ser complementadas com extraordinário proveito pela introdução, em seu contexto, da distinção de Dworkin entre "treat as equals" e "treat equally". Vejamos.

Comentamos acima as agudas observações de Canotilho, segundo as quais a proibição geral do arbítrio construída pelas jurisprudências alemã e portuguesa estabeleciam bem os limites do controle do legislador pelo judiciário, mas não esclareciam satisfatoriamente o conteúdo do princípio da igualdade. Da mesma forma, observamos que o conceito de *razão suficiente* permanecia um tanto quanto obscuro no modelo proposto por Alexy. Na verdade, o que estas duas questões levantam é, em nossa opinião, a inexistência de um *critério material de moralidade política,* presente na Constituição, que possa guiar a apreciação dos juízes acerca da agressão ao princípio constitucional da igualdade, que possa guiá-los na tarefa de decidir se determinado tratamento é ou não arbitrário.

Expliquemo-nos melhor. Konrad Hesse, por exemplo, percebe muito bem o conteúdo valorativo dos juízos segundo os quais *a* é igual a *b* e portanto deve ser tratado igualmente. Determinado tal conteúdo *valorativo,* e tendo por óbvio que o legislador não se encontra impossibilitado de operar diferenciações, segue-se que o controle judicial deve ser guiado pelo critério formal da proibição do arbítrio. Ainda que a proibição do arbítrio seja tornada mais objetiva e contenha requisitos mais específicos (como os propostos por Bandeira de Mello), a solução não deixa de ser predominantemente formal. Ou seja, a doutrina não municia os juízes de qualquer princípio de moralidade política que os guie na tarefa de verificar quando determinado critério é "razoável" ou "sério", quando determinado discrímen "radica na natureza das coisas", quando determinado critério está vinculado com a finalidade da norma etc.

[152] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.* Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

Introduzindo nesta solução predominantemente formal o critério materializante de moralidade política proposto por Dworkin (o Estado tem o dever moral, imposto pela Constituição, de tratar os cidadãos como iguais, sendo proibida qualquer consideração que os diferencie como ocupantes de *status* civis diferentes ou merecedores de diferentes *valores*), pode-se avançar muitíssimo. Ou seja, nossa proposta não aponta para a substituição do modelo da proibição geral do arbítrio, tal como estabelecida nos tribunais constitucionais e na doutrina, por algo novo, mas aponta para o enriquecimento desta doutrina prevalentemente formal com a incorporação de um elemento de moralidade política extremamente importante para o Estado Democrático de Direito.

O que se propõe, portanto, é que a resposta às perguntas "o critério de diferenciação é 'razoável'?", "o discrímen 'radica na natureza das coisas'"?, "o critério está vinculado com a finalidade da norma?" seja guiada pelo princípio de moralidade política proposto por Dworkin.

Dissemos acima que uma das fontes da celeuma em torno do conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a relação complexa entre duas dimensões do princípio da igualdade: o sentido *negativo,* de liberdade individual *abstrata,* dirigido a exigência de *omissões* de atos estatais discriminatórios dos direitos *civis* e *políticos* dos cidadãos; e o sentido *positivo,* de criação *concreta* de igualdade social, dirigido a exigência de *atuações* estatais destinadas a desbastar as desigualdades *econômicas* de modo a propiciar o florescimento de liberdades concretas, e de diferenças individuais autênticas e legítimas, pois advindas das personalidades e não das circunstâncias.

Aqui neste ponto temos duas questões a destacar. Em primeiro lugar, tal relação complexa entre igualdade de fato e igualdade de direito é algo que, isto sim, não pode ser generalizado de um país para o outro. Por exemplo, a relação entre estes dois aspectos da igualdade está muito longe de ser algo definido, em termos de uma concepção específica, pela Constituição norte-americana. A bicentenária Constituição ordena simplesmente que prevaleça o conceito de que todos os homens têm o mesmo valor e merecem o mesmo respeito e a mesma consideração enquanto cidadãos, devendo ser tratados portanto como iguais. Isto é um *conceito,* sobre o qual se debruçam de tempos em tempos os *Justices* para daí retirarem uma *concepção* que lhes pareça a mais apropriada ao momento histórico presente.

Em 1894, no caso *Plessy x Ferguson,* a Suprema Corte não considerou que o conceito do "equal protection of the laws" lançado pela XIV Emenda dava direito a um negro de freqüentar uma escola reservada a brancos, desde que a escola de negros também fosse garantida pelo Estado e tivesse a mesma qualidade da escola dos brancos. Já em 1954, passado meio século, a Suprema Corte decidiu no caso *Brown x Board of Education* que os negros têm direito a estudar nas mesmas escolas que os brancos, inclusive impondo ao Estado o dever de propiciar meios de integração entre as duas raças (*busing*). Ou seja, em meio século o conceito de igualdade lançado pelos "Founders" tomou duas compreensões ou concepções diferentes, a primeira privilegiando a igualdade de *iure,* a segunda privilegiando a igualdade de fato.

Na década de 30, os *Justices* se opuseram firmemente à legislação intervencionista do *New Deal* de Roosevelt, tendo chegado a declarar várias leis in-

constitucionais, por violarem determinadas liberdades individuais dos cidadãos e o princípio da livre iniciativa. Naquela ocasião, certamente a igualdade de fato não desfrutava do mesmo prestígio da igualdade de direito na concepção sustentada pela Suprema Corte do próprio conceito de "equal protection of the laws".

Ora, tal realidade do direito norte-americano não pode ser aplicada sem mais ao Brasil de hoje, pois nossa Constituição não nos fornece um conceito tão aberto de igualdade, como é o conceito da secular constituição norte-americana.

Reflita-se em primeiro lugar sobre os numerosos dispositivos sobre o tema contidos na constituição brasileira, pois o dispositivo estampado no art. 5º, *caput,* da Constituição, obviamente não pode deixar de ter sua interpretação influenciada por outros dispositivos constitucionais que tocam matéria em tudo interligada com o tema da igualdade. O art. 1.º, por exemplo, define como fundamento do Estado brasileiro "a cidadania" (inc. II) e "a dignidade da pessoa humana" (inc. III). O art. 3º define como objetivos fundamentais da República "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inc. III), bem como "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inc. IV). O art. 170, por sua vez, determina que a ordem econômica nacional tem por fim "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social" (*caput*), e como princípio "a redução das desigualdades regionais e sociais" (inc.VIII), enquanto o art. 193 define que a ordem social tem como objetivo "o bem-estar e a justiça sociais".

Além disso, temos ainda dispositivos que apresentam uma *discriminação positiva* que se destina exatamente a propiciar uma igualdade real de oportunidades nas condições de vida concretas, como o acesso gratuito ao poder judiciário pelos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), a garantia de um serviço nacional de saúde tendencialmente gratuito tendo em conta as condições econômicas do cidadão (arts. 193, 194, 195 e 196), a promoção da democratização da educação e da cultura (arts. 205 e 215), a proteção dos jovens trabalhadores (art. 227, § 3º, I, II e III), e condições mais favoráveis e apoio preferencial às cooperativas e outras formas de exploração coletiva por trabalhadores (art. 174, §§ 2º, 3º e 4º).

Ora, diante de todos estes dispositivos que povoam a Constituição brasileira, Constituição de um Estado Democrático de Direito de forte conotação social, reafirmamos que o princípio da igualdade não pode ser interpretado com o colorido que se lhe deu ao tempo dos Estados Liberais. É claríssimo que o princípio constitucional da igualdade, tal como positivado na Constituição de 1988, confere um *balanço* muito mais equilibrado entre a igualdade de fato e a igualdade de direito do que o das Constituições dos séculos em que a burguesia tomou o poder da nobreza e instaurou o regime liberal.

Assim, os autores que neste particular nos têm algo a dizer sobre o balanço correto entre igualdade de fato e igualdade de direito são os autores espanhóis, portugueses, alemães e outros, pois também nestes países a Constituição é mais clara quanto ao conceito de igualdade.

Mas, ainda que reconheçamos que no Brasil o conceito constitucional de igualdade é bem menos "aberto" do que o conceito da Constituição norte-americana, por exemplo, seria um equívoco tremendo afirmar que a Constituição

brasileira contém então uma *concepção* de igualdade definida e pronta para ser aplicada pelo legislador. Também no Brasil temos um *conceito* de igualdade, cuja concepção deve ser construída mediante uma argumentação racional que busque em cada caso encontrar o balanço apropriado entre a igualdade de fato e a igualdade de direito.

Sobre tal "balanço apropriado", as reflexões desenvolvidas no primeiro capítulo, principalmente no estudo sobre as obras de Rawls e Dworkin, nos têm muito a dizer. Ali encontramos muito da fundamentação filosófica da justiça social a ser praticada nos Estados Democráticos de Direito. Reflita-se por exemplo, no âmbito da Teoria da Justiça de Rawls, no conceito de igualdade eqüitativa de oportunidades, no princípio da diferença, nas medidas destinadas a igualar o "valor da liberdade política" entre todos os cidadãos: todos eles implicam diretamente a necessidade do Estado criar mais igualdade fática, sem a qual a igualdade jurídica perde muito de seu valor.

No caso da obra de Dworkin sobre a igualdade distributiva, reflita-se sobre os conceitos de "igual ponto de partida", diferenças justas e diferenças injustas segundo derivem de fatores de personalidade individual ("ambition-sensitive") ou moralmente arbitrários ("endowment-sensitive").

No caso da *Faticidade e Validade* de Habermas, são preciosas as colocações sobre a crise vigente no paradigma do Estado Social como decorrência de uma busca de igualdade fática que somente privilegia a *autonomia privada,* negando a autonomia pública dos cidadãos atendidos pelas ações estatais paternalistas.

O primeiro capítulo, cremos que nos auxiliou a formular a seguinte noção: a igualdade de fato é legítima e mesmo necessária ao Estado Democrático de Direito sempre que se coloque como eliminadora de desigualdades moralmente arbitrárias, que negam o direito de todos os cidadãos a um mesmo ponto de partida social, a um mesmo direito de desfrutar dos bens culturais e sociais disponíveis, sempre lembrando que a busca da igualdade fática deve privilegiar tanto a autonomia pública quanto a autonomia privada dos cidadãos, como ressalta Habermas ao mencionar a passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito. A igualdade de fato deixa de ser justificada quando busca uma artificial "igualdade de resultados", nivelando diferenças legítimas e que decorrem de diversas personalidades, diversas ambições e diversos valores de vida apresentados por cada indivíduo.

Há uma passagem de Norberto Bobbio, em seu recente livro *Direita e Esquerda - Razões e significados de uma distinção política,* em que o autor italiano toca exatamente este ponto: para uma democracia verdadeira, há desigualdades legítimas e desigualdades ilegítimas, cabendo valorizar como invioláveis as primeiras, e destruir decididamente as segundas[153]:

> "As desigualdades naturais existem e se algumas delas podem ser corrigidas, a maior parte não pode ser eliminada. As desigualdades sociais também existem e se algumas delas podem ser corrigidas e mesmo eliminadas, muitas - sobretudo aquelas pelas quais os próprios indivíduos são responsáveis - podem ser apenas desencorajadas. Embora reconhecendo a dificuldade de distinguir as acções pelas quais um indivíduo pode ser responsabilizado, como sabe qualquer

[153] BOBBIO. *Direita e Esquerda - razões e significados de uma distinção política.* São Paulo : Unesp, 1995, p. 103.

juiz encarregado de decidir se tal ou qual indivíduo deve ser considerado culpado ou inocente, *é preciso no entanto admitir que o* status *de uma desigualdade natural ou de uma desigualdade social derivada do nascimento em uma família e não em outra, em uma região do mundo e não em outra, é diferente do* status *de uma desigualdade que depende de capacidades diversas, da diversidade dos fins a serem alcançados, da diferença de empenho empreendido para alcançá-los. E a diversidade do* status *não pode deixar de ter uma influência sobre o tratamento dado a uns e a outros por parte dos poderes públicos*." (destacamos)

Estas palavras de Bobbio mostram a mesma orientação da teoria da justiça de Rawls, que também procura distinguir os diferentes *status* das desigualdades, preconizando tratamento diferente conforme seja uma desigualdade legítima ou ilegítima.

Também encontramos uma passagem de Bobbio que possui ligação estreitíssima com o significado do primeiro princípio de justiça da teoria de Rawls, o princípio da liberdade igual, de forte inspiração kantiana[154]:

> "O mesmo princípio fundamental daquela forma de igualitarismo mínimo própria da doutrina liberal, segundo a qual todos os homens têm direito a idêntica liberdade, salvo exceções a serem justificadas, implica que *cada um limite a própria liberdade para torná-la compatível com a liberdade de todos os outros, de modo a não impedir que os outros também usufruam da sua mesma liberdade.* (...) ter uma liberdade igual à de todos os outros significa não apenas ter todas as liberdades singulares possuídas pelos demais, mas também ter a mesma possibilidade de usufruir cada uma destas liberdades singulares. De fato, *uma coisa é usufruir em abstrato todas as liberdades usufruídas pelos demais, outra, é usufruir cada liberdade de modo igual a todos os demais. Deve-se levar bem em conta esta diferença, pois a doutrina liberal afirma a primeira em nível de princípio, mas a prática liberal não pode assegurar a segunda a não ser intervindo com medidas igualitárias limitadoras,* e, portanto, corrigindo o princípio geral." (destacamos)

Para se chegar a um balanço apropriado entre igualdade de fato e igualdade de direito, tanto o legislador (de forma mais ativa) quanto os juízes (de forma mais passiva) devem buscar basear suas argumentações também na filosofia política e na razão prática elaboradas no contexto da democracia deste século. Algo que precisa ser dito em relação a determinados doutrinadores brasileiros, que mesmo perante a Constituição de 1988 desprezam o aspecto positivo da igualdade de fato, é que a importância vital da igualdade fática, quanto aos bens da vida, para os regimes democráticos contemporâneos não é algo afirmado por teóricos e filósofos comunistas, mas algo afirmado há décadas por jusfilósofos das faculdades de direito de Harvard e de Nova Iorque, sendo que o primeiro capítulo desta dissertação destinou-se exatamente a embasar tal posicionamento.

Uma palavra final antes de passarmos ao terceiro e último capítulo, destinado à compreensão especificamente tributária do princípio da igualdade.

[154] *Idem, ibidem,* p. 115.

Dissemos acima que o balanço entre igualdade de fato e igualdade de direito é tarefa a ser exercida mais ativamente pelo legislador, e mais passivamente pelo judiciário. Explicamos o porquê. Alexy enfocou muito bem a questão quando disse que, a prevalecer a máxima forte da igualdade, que confere aos órgãos judiciários o poder de exigir do legislador a solução mais justa e funcional, aplicando-se a igualdade valorativa em um sentido ideal, estaria prejudicado o equilíbrio entre as funções e prerrogativas do judiciário e do legislativo. Assim também pensamos. Conforme afirmou Leibholz, a arbitrariedade é uma versão aumentada da incorreção[155].

Cabe aqui também adiantar que a distinção que Dworkin faz entre questões de princípios ("principle") e questões de políticas públicas ("policy") auxilia na compreensão dos limites que, em matéria de igualdade, hão de estabelecer entre o judiciário e o legislativo[156]. O legislativo, por exemplo, está credenciado a estabelecer uma legislação que, em nome do interesse coletivo e do objetivo de uma sociedade mais igualitária ("policy"), promova substanciais redistribuições de riqueza e de renda. Todavia, o poder judiciário só deve agir quando esteja em jogo uma questão de princípio[157]:

> *"Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal or the community as a whole.* The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that subsidy will protect national defense, is na argument of policy. *Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.* The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument or principle." (destacamos)

Isto aponta ao mesmo tempo para duas questões: a primeira é que a corte constitucional realmente não pode se furtar a realizar julgamentos de forte conteúdo substantivo no que tange à moralidade política estabelecida pela Constituição, pois sacar *concepções* de *conceitos* estabelecidos pelo constituinte implica necessariamente estes julgamentos. Isto é o outro lado do princípio do *judicial review,* que "calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principles", "holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts bettween individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice"[158].

Por outro lado, os limites ficam claros quanto à interferência dos juízes na livre conformação normativa do legislador: o *judicial review* não infirma o princípio democrático porque não se concebe possam os juízes interferir nas decisões sobre as melhores formas de se atingirem as metas e os objetivos sociais considerados como de interesse coletivo ou bem comum: isso é algo exclusivamente de competência do legislador, como demonstrou Alexy com seu conceito débil de igualdade. Mas quando isto toca algum direito fundamental que decorre do princípio de moralidade política segundo o qual nenhum cidadão é mais

[155] *Apud* ALEXY, *op. cit.,* p. 400.
[156] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* pp. 81 e ss.
[157] *Idem,* p. 82.
[158] DWORKIN, Ronald. *A matter or principle.* Cambridge : Harvard University Press, 1985, p. 71.

digno de respeito e consideração do que outro, o poder judiciário tem legitimidade para decidir a questão.

Assim, a legislação baseada em preconceito racial é inconstitucional não porque qualquer distinção baseada na raça é imoral, mas porque qualquer legislação que possa ser fundamentada somente pelo apelo às preferências da maioria política segundo as quais alguns dos cidadãos são mais dignos de respeito e consideração do que outros, ou ainda segundo as quais os cidadãos devem levar determinadas formas de vida consideradas pela maioria como moralmente superiores, nega a igualdade do Estado Democrático de direito. O mesmo se aplica a temas como homossexualismo e pornografia[159].

Reconhecemos que há no Brasil de hoje um desencontro brutal entre o espírito da Constituição de 1988 e o espírito dos atuais ocupantes dos poderes legislativo e executivo. No que tange à questão da igualdade, a compreensão da Constituição é uma compreensão muito mais socializante e libertadora do que a compreensão do executivo e do legislativo, se é que hoje em dia tem ainda sentido diferenciar estes dois órgãos para fins de orientação político-ideológica. Assim, realmente vê-se e lamenta-se a ausência de leis que poderiam e deveriam, segundo a Constituição, aplainar as desigualdades econômicas e sociais e criar uma sociedade em que as diferenças existentes sejam fruto de indivíduos com ambições, aspirações e personalidades diferentes, e não fruto de posições sociais favorecidas e desfavorecidas, privilégios e preconceitos de riqueza e poder.

Mas daí a imaginar-se um poder judiciário sanando as omissões inconstitucionais do legislativo através da elaboração de uma legislação social ... Com efeito, isto implicaria uma revolução institucional no Estado de Direito que, ainda que justificável sob determinado ponto de vista, é totalmente infactível, pois teria de ser liderada e implementada por um poder que, por natureza, é mais conservador do que inovador, e só age quando provocado.

Assim, não consideramos haver de se exigir do judiciário um papel preponderantemente ativo no estabelecimento de maior igualdade substancial na sociedade brasileira. O que há de se exigir fundamentalmente é que este poder controle as leis elaboradas pelo legislativo de forma a compreender com clareza o conceito de igualdade não tão aberto colocado por nossa Constituição, conforme explicado acima.

Entretanto, certamente há espaço real para avanços em termos de criação de instrumentos processuais para que pontualmente se instaure mais igualdade substancial na sociedade brasileira através de medidas do próprio poder judiciário que corrijam omissões inconstitucionais do legislativo, sendo que a iniciativa deve partir naturalmente das entidades organizadas da sociedade civil. A Suprema Corte, por exemplo, nos casos relativos ao direito dos negros de estudarem nas mesmas escolas do que os brancos, agiu de forma ativa exigindo que as leis promovessem um esquema de integração segundo o qual crianças de bairros negros fossem estudar em bairros ricos de brancos, e vice-versa. Se a tradicional Suprema Corte americana tomou tal atitude ativa, por que não pode tomar atitudes semelhantes o poder judiciário brasileiro, que afinal encontra-se no contexto institucional de um Estado Democrático de Direito, cujo conceito de igualdade é muito mais definido e voltado para a busca da igualdade substancial de oportunidades do que o contido na constituição americana?

[159] *Idem, ibidem*, p. 68.

3. O Princípio Constitucional da Igualdade Tributária

Nosso objetivo neste terceiro capítulo é duplo: em primeiro lugar, procuraremos demonstrar, por intermédio de uma investigação jurídica a que se agregam os métodos histórico e sociológico, a *relação estreita entre tributo, igualdade e liberdade.* Com efeito, o sentido constitucional e o fundamento político-moral do tributo nas sociedades contemporâneas são necessariamente alimentados pelos valores contidos nas idéias de igualdade e liberdade, sendo que uma análise dogmático-jurídica que não se dá conta deste fato perde muito em seu poder de compreensão totalizante da realidade.

Em segundo lugar, procuraremos aplicar as conclusões do segundo capítulo ao terreno tributário, tentando sistematizar a funcionalidade do princípio constitucional da igualdade tributária, em suas relações com questões fundamentais como capacidade contributiva e extrafiscalidade, através de uma análise dogmática da doutrina e da jurisprudência nacionais e de outros países, principalmente Alemanha e Espanha.

Ao final do capítulo, e como conclusão específica do estudo, propomos um modelo para o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis frente ao princípio da igualdade e sua manifestação no campo tributário, buscando a relação mais apropriada entre igualdade tributária, capacidade contributiva e extrafiscalidade, relação esta que nas últimas décadas sofreu diversas modificações, tanto nas formulações doutrinárias quanto na prática jurisprudencial.

3.1 Mirada Histórica sobre a Evolução das Finanças Públicas

Para autores como Sampaio Dória, o tributo teria acompanhado o ser humano desde as mais remotas e primitivas organizações sociais. Segundo este autor, tão logo foram apertados os laços sociais pela superação da congregação difusa das organizações tribais, o poder político haveria vislumbrado no "tributo, contribuição compulsória exigida dos indivíduos submetidos à soberania estatal, o instrumento mais adequado para a consecução dos fins de interesse coletivo que inspiraram a formação do Estado"[1].

Aliomar Baleeiro abriu sua clássica obra *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar* com uma metáfora de rara elegância: "O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação"[2].

Por sua vez, Othon Sidou traçou valiosa seriação dos tributos na história, fornecendo detalhes sobre a atividade tributária em diversas civilizações, desde a Babilônia do século XXIII a.C. até o Império Romano, passando pela civilização egípcia e helênica[3].

Nada obstante, a tributação existente em civilizações como estas, e mesmo a tributação das sociedades medievais, têm em comum com a tributação do pe-

[1] DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário* e "Due Process of Law". 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, pp. 37-38.

[2] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 1.

[3] SIDOU, Othon. *A natureza social do tributo*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978, pp. 15-35.

ríodo moderno e contemporâneo talvez só o nome. Além disso, somente a partir do século XVII é que grandes pensadores voltariam seus olhos para a desafiante realidade da tributação, sendo que os estudos verdadeiramente científicos sobre as finanças públicas surgiram somente no século XVII com os chamados "aritméticos políticos" (como o inglês William Petty) e os chamados "cameralistas" (como o alemão Von Justi).

Através das diversas fases relatadas a seguir, perceber-se-á a "virada histórica" ocorrida no conceito de tributo após a instalação do que veio a se chamar *Estado de Direito.*

3.1.1 Finanças públicas no capitalismo comercial: o surgimento dos Estados Nacionais e o mercantilismo

O florescimento do capitalismo comercial a partir do século XV marca o período da decadência irremediável da sociedade feudal. Nesta fase de decadência do feudalismo, vigora em toda sua luz o chamado Estado Patrimonial, perante o qual o tributo tal como hoje o conhecemos tinha reduzida importância.

Conforme explica Ricardo Lobo Torres, o Estado Patrimonial é o Estado de Estamentos ou Ordens determinados pelo nascimento. Nesta configuração, as receitas fiscais confundem-se com as rendas do príncipe, dos nobres e da igreja, pois o tributo "ainda não ingressava plenamente na esfera da publicidade, sendo apropriado de forma privada, isto é, como resultado do exercício da *jurisdictio* e de modo transitório, sujeito à renovação anual"[4].

A dissolução gradual das relações de vassalagem vigentes no feudalismo, bem como o desenvolvimento da economia urbana acima abordada, encaminhavam a Europa Ocidental para a formação dos Estados Modernos, configurações sociais nas quais se originou o tributo com as características básicas apresentadas hodiernamente.

Avultando sobremaneira os gastos militares ligados ao prestígio político dos monarcas, as despesas com as viagens e descobrimentos ultramarinos, além de outros empreendimentos comerciais surgidos na época da formação dos Estados-Nações, haveria necessariamente de se encontrarem novas formas de financiamento dos gastos públicos.

É exatamente a partir desta quadra histórica que se verificam duas tendências: a tendência de concentrar as fiscalidades nas mãos do monarca, e a tendência, ainda incipiente, das receitas tributárias (extrapatrimoniais) adquirirem predominância no quadro das receitas públicas. Enquanto nas idades passadas o tributo era sinônimo de prestação típica de sujeição de um povo para outro, desde este período passa a significar um expediente justificado por uma espécie de pacto entre aqueles que detêm o poder e os representantes orgânicos dos donos dos patrimônios que vão ser tributados, em busca de recursos para sustentar os sistemas político e econômico.

Neste sentido, Rudolf Weber-Faz adverte que "assim como o Estado Moderno é um fenômeno da época moderna, também a tributação de hoje não pode ter em comum com a dos tempos antigos senão o nome"[5].

[4] TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.* Rio de Janeiro : Renovar, 1991, p. 14.

[5] *Apud* TORRES, *op. cit.*, p. 2.

Talvez as linhas mais expressivas da obra de Sousa Franco sejam as atinentes à complexa dinâmica social e política que presidiu a elevação dos tributos à categoria de receita fundamental dos Estados Modernos. À medida que se formavam os Estados Modernos, os monarcas eram assaltados pelo seguinte problema. As receitas espontâneas e os recursos obtidos em pilhagens e assaltos já não eram suficientes para cobrir os gastos públicos. Pensava-se pois na instituição de prestações obrigatórias a serem exigidas dos homens livres, mas então esbarrava-se na filosofia e na ideologia medieval, segundo a qual as prestações patrimoniais obrigatórias eram vistas como um sinal de sujeição de povos dominados por povos dominadores. Dá-se então um choque entre a necessidade de obter receitas não-voluntárias e a ideologia medieval de que o homem livre não pode ser forçado a entregar à comunidade uma parcela de seu patrimônio, uma vez que a posse deste era vista como a forma mais perfeita de liberdade[6].

A imunidade fiscal dos homens livres, principalmente dos componentes da nobreza e da igreja, é parte fundamental da idéia mais ampla de liberdade estamental, a forma de liberdade presente no Estado Patrimonial[7].

A solução ao impasse acima mencionado foi a seguinte, e aqui tocamos num ponto essencial: como os homens livres não aceitavam ser obrigados a entregar parte de seu patrimônio (pois assim se assemelhariam aos escravos e aos servos), e como os escravos e servos que já prestavam serviços forçados não tinham qualquer capacidade para contribuir mais, foi considerado necessário, para obter os recursos necessários, criar a noção do livre consentimento do sacrifício do tributo, a qual marca desde então, de forma indelével, toda a ordem jurídica e o sistema financeiro dos países ocidentais[8].

A passagem dos tributos de realidades esporádicas e excepcionais para expedientes recorrentes e gerais é uma das características da transição do Estado Patrimonial para o Estado Fiscal.

O período de formação dos Estados Modernos coincide com o desenvolvimento da economia mercantilista, com forte intervenção estatal sobre a economia. Neste sentido, outra fonte de financiamento público derivou do fato de que o Estado passou a reservar-se o exercício de certas atividades econômicas - monopólios, além de fazer concessões de outras atividades aos particulares.

A exploração colonial do pau-brasil, por exemplo, era tida como *concessão da coroa portuguesa,* enquanto o transporte da madeira era considerado *monopólio real.* Este período de forte presença do Estado na atividade econômica corresponde a uma atividade financeira que Egas Sampaio indica como sendo do *tipo regalista,* em que os rendimentos dos serviços públicos, a adjudicação dos monopólios e a cunhagem da moeda eram direitos realengos[9].

[6] FRANCO, *op. cit.*, p. 410.

[7] Segundo Ricardo Lobo Torres, a liberdade estamental leva tanto ao exercício de uma parcela da fiscalidade pela igreja e pela nobreza, quanto a *imunidades* e *privilégios* destes dois setores em relação à tributação promovida pelo monarca, sendo que a justificação desta liberdade está presente na produção escolástica medieval. Ainda para Lobo Torres, no patrimonialismo o tributo como preço da liberdade restringe-se tão-somente ao mecanismo de substituição das obrigações militares, ou seja, quando a obrigação de fazer a guerra se transferia dos nobres para o príncipe, passava este a ter o direito de cobrar tributos, com cuja arrecadação pagaria os soldados profissionais. *Op. cit.*, pp. 33-38.

[8] FRANCO, *op. cit.*, p. 410.

[9] SAMPAIO, *op. cit.*, p. 11.

Esta realidade não passa desapercebida por Aliomar Baleeiro, que assim descreve a passagem da fase dominial para a fase mercantilista da atividade financeira do Estado, dando especial relevo à realidade luso-brasileira[10]:

> "Com as descobertas marítimas dos séculos XV e XVI, os monarcas de alguns países voltam suas vistas para a nascente riqueza mobiliária. Interessam-se pelo comércio marítimo, armam navios e trocam produtos nacionais pelas mercadorias do oriente, notadamente as especiarias. (...) *Nas fases dominial e regalista, muito embora o governo se mantivesse, de modo geral, com os frutos do patrimônio, que, naqueles tempos, não se distinguia da fortuna pessoal do príncipe, eram poucas as empresas públicas. Geralmente aquele patrimônio oferecia caráter imobiliário, constituído pelas terras, minas, salinas, florestas etc., a cujos proventos o soberano juntava os auferidos pelos direitos regalianos (cunhagem da moeda, fornos e moinhos banais, pedágios, dízimos do pescado, estanco do pau-brasil, inúmeros e pitorescos privilégios feudais).*
> Entretanto, com o início da Idade Moderna, vemos Portugal e Espanha, seguidos por outros Estados, em plena *exploração do comércio e da indústria (...) Esse comércio e essas indústrias dos soberanos, a esse tempo, visavam, sobretudo, a lucros para a coroa,* ainda que, indiretamente, pudessem trazer algum benefício às populações. Para tranqüilidade de consciência, acreditavam servir também à fé religiosa." (destacamos)

Já Ricardo Lobo Torres enxerga neste período uma etapa de transição entre o Estado Patrimonial e o Estado Fiscal. Segundo este autor, o Estado de Polícia fornece o conceito da transição, em que se visou sobretudo à garantia da ordem e da segurança, a administração do bem-estar e da felicidade dos súditos[11].

3.1.2 Finanças públicas no capitalismo industrial: o florescimento definitivo do Estado Fiscal

A partir do complexo fenômeno social da Revolução Industrial (século XVIII), a atividade financeira baseada no mercantilismo e nos monopólios reais tende a ruir aceleradamente. A doutrina do liberalismo econômico substitui a ideologia mercantilista, e o Estado passa a abandonar diversas atividades que antes assumia ou podia assumir.

Além da própria dinâmica de acumulação capitalista levar à passagem do capitalismo comercial para o capitalismo industrial, Ricardo Lobo Torres acredita que outros fenômenos contribuíram para a deterioração do Estado de Polí-

[10] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 130.

[11] "No plano político, [o Estado de Polícia] assume a feição do absolutismo esclarecido ou do despotismo iluminado. Do ponto de vista econômico corresponde ao mercantilismo - assim na vertente que procurava fortalecer o Estado pelo desenvolvimento das manufaturas como na que privilegiava o comércio - e, na Alemanha e na Áustria, ao cameralismo, especial manifestação do referido mercantilismo. No que pertine à estrutura social, promove a luta final contra as fontes periféricas de poder, inclusive do poder fiscal, representadas pela nobreza e pela igreja (...) Uma das características mais importantes do Estado de Polícia é o centralismo administrativo e a organização da burocracia". TORRES, *op. cit.*, p. 54.

cia: o arcaísmo do sistema tributário baseado em impostos territoriais, a perda de credibilidade do crédito público pelo não pagamento dos empréstimos contratados dos particulares pela coroa, a corrupção dos funcionários, a injustiça dos privilégios fiscais e das isenções do clero e da nobreza, bem como quanto à insegurança quanto às prestações devidas pelos contribuintes[12].

A era do capitalismo liberal (fins do século XVIII e primeira metade do século XIX) fixou a noção do minimalismo e da neutralidade da atividade financeira, ambas provenientes da certeza de que a aparente anarquia das forças naturais do mercado levariam inexoravelmente ao bem-estar geral.

Tal certeza é brilhantemente ilustrada pela conhecida metáfora de Adam Smith da "mão invisível" a encaminhar as forças sociais para um "ótimo econômico". As atividades do Estado, acreditava-se, deveriam limitar-se às tarefas de administração da justiça, defesa externa, segurança interna e obras públicas, estas últimas principalmente as de transportes, visando ao livre escoamento da produção.

Noção correlata é a de equilíbrio orçamental, devendo as despesas públicas ser cobertas pelas receitas normais do Estado (receitas patrimoniais decadentes e receitas tributárias), ficando os empréstimos públicos numa situação de excepcionalidade.

Sousa Franco caracteriza tal período como "período tributário", caracterizado pela redução do patrimônio do Estado, pela nova estrutura da produção (maior peso à riqueza mobiliária e ao trabalho) e pela noção do tributo como dever de cidadania. Sousa Franco ainda lembra que os sistemas fiscais do liberalismo, procurando estimular o crescimento econômico e a livre empresa, tributavam relativamente pouco as atividades empresariais e os rendimentos do trabalho, incidindo os tributos principalmente sobre a riqueza das classes agrárias e sobre o consumo, sendo que a idéia de utilizar o imposto como forma de realizar a justiça, redistribuindo renda e riqueza, ainda está longe de se estabelecer, "bastando para que ele [o tributo] seja justo, que se respeite a igualdade formal perante a lei de imposto e que se mantenha um nível moderado de tributação"[13].

Agora vejamos como Ricardo Lobo Torres concebe esta nova forma de Estado, o Estado Fiscal[14]:

> "*O Estado Fiscal, por conseguinte, abriu-se para a publicidade e dilargou as fronteiras da liberdade humana, permitindo o desenvolvimento das iniciativas individuais e o crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Constituindo o preço dessas liberdades, por incidir sobre as vantagens auferidas pelo cidadão com base na livre iniciativa, o tributo necessitava de sua limitação em nome dessa mesma liberdade e da preservação da propriedade privada, o que se fez pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos, antecipados ou complementados pelas novas diretrizes do pensamento ético e jurídico.*
> No que pertine às considerações de justiça, o tributo sofre também profunda modificação. Deixa de ser transitório e vinculado à necessidade conjuntural para ser *cobrado permanentemente com base na*

[12] *Idem*, p. 54.

[13] FRANCO, *op. cit.*, p. 437.

[14] TORRES, *op. cit.*, p. 98.

riqueza e na capacidade contributiva de cada qual, como o proclamou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e como o defendeu a doutrina liberal." (destacamos)

Aqui já podemos chegar à seguinte conclusão parcial: igualdade perante a lei (capítulo II da presente dissertação) e tributo são duas noções estreitamente relacionadas, tendo nascido ambas (ou pelo menos adquirido as características fundamentais) a partir das revoluções burguesas do fim do século XVIII, que destruíram a ordem estamental do feudalismo e instauraram o liberalismo econômico e político. Não é à toa que Ricardo Lobo Torres afirma que o imposto, o mais importante dentre os tributos, é uma invenção da burguesia, incidindo sobre a riqueza obtida pela livre-iniciativa do indivíduo, mas nos limites do consentimento do cidadão[15].

Esta compreensão desfaz o aparente paradoxo de uma ordem liberal ter elegido uma prestação obrigatória como principal categoria da receita pública, enquanto a ordem absolutista tinha por sustentáculo básico contribuições espontâneas e recursos patrimoniais, o que Dino Jarach nomeia como "paradoja de la correlación entre Estados absolutos y recursos patrimoniales u ofrendas voluntarias y entre Estados constitucionales y recursos coercitivos" [16].

Pode-se dizer, pois, que o tributo é o contraponto necessário de uma sociedade livre e igualitária, como era a sociedade prometida pelas revoluções liberais. Assim, é verdadeiramente impossível uma aproximação jurídico-constitucional do tributo, pelo menos tal como concebido nas constituições modernas e contemporâneas, sem se terem presentes as idéias de liberdade e igualdade. Uma das principais bandeiras das revoluções burguesas era a extinção dos "privilégios odiosos", os quais apontavam fundamentalmente para as imunidades e privilégios *fiscais* da realeza, da nobreza e do clero.

O princípio da igualdade perante a lei tem papel fundamental na própria formatação do conceito de tributo e das características do sistema tributário das sociedades liberais, através da mudança de significado operada em instituições como as *imunidades fiscais.* Veja-se a lição de Ricardo Lobo Torres[17]:

> "O monopólio do poder fiscal exercido pelo Estado, com a extinção da fiscalidade periférica da Igreja e da nobreza, não é absoluto ou ilimitado. O poder tributário, pela sua extrema contundência e pela aptidão para destruir a liberdade e a propriedade, surge limitadamente no espaço deixado pela autolimitação da liberdade e pelo consentimento no pacto constitucional. Em outras palavras, *o tributo não limita a liberdade nem se autolimita, senão que pela liberdade é limitado, tendo em vista que apenas a representação e o consentimento lhe legitimam a imposição.*
>
> *No Estado de Direito a liberdade preexistente limita a soberania fiscal pelas imunidades e pelas proibições de privilégio e de confisco. Observa Garcia Pelayo que o Estado Moderno é um expropriador, que aboliu imunidades e privilégios do antigo regime. Mas não se contentou em extingui-los, senão que os substituiu pelas imunidades e privilégios dos cidadãos,* na mesma medida em que trocou a garantia da liberdade estamental pela da individual." (destacamos)

[15] *Idem*, p. 108.

[16] JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario.* 2ª ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996, p. 233. A resposta de Jarach a esta aparente contradição é que "los recursos tributarios nacen del poder del Estado, pero les acompañan desde el próprio nacimiento las limitaciones que la constitución crea al ejercicio de dicho poder y las garantías que ella establece para todos los habitantes del país".

[17] TORRES, *op. cit.*, p. 127.

Aqui já é possível estabelecer o seguinte raciocínio: o tributo é ao mesmo tempo *conseqüência* e *garantia* da ordem jurídica, política e social assentada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei. Sendo assim, o sistema tributário deverá ser todo ele informado e condicionado pelo princípio da igualdade, o qual, como já vimos, não determina o mesmo tratamento a todos, senão que permite e em alguns casos mesmo ordena tratamentos *de iure* diversos, em função de valores constitucionais de prestígio.

Desta arte, o critério da capacidade contributiva, o instituto das imunidades, o instituto das isenções e demais benefícios fiscais, tudo isto deve ser visto como facetas do processo de informação do direito tributário pelo princípio da igualdade. Estudaremos cada uma destas realidades após focalizarmos a passagem do Estado Fiscal para o Estado Social Fiscal, a qual é bastante significativa na medida em que tal passagem tem claras influências na compreensão política e jurídica da igualdade.

3.1.3 Do Estado Tributário ao Estado Social Fiscal: as finanças públicas no século XX

O amplo contexto de crise que se abateu sobre o mundo ocidental no período do entre-guerras (período que Eric Hobsbawm denomina de "era da catástrofe"), fez com que as finanças públicas alterassem substancialmente sua funcionalidade no Estado Capitalista.

Antes de focalizarmos as mudanças operadas nas finanças públicas e principalmente na funcionalidade da atividade tributária, vejamos o real impacto deste contexto de crise sobre o mundo ocidental, notadamente o europeu. Com a palavra, em notável, síntese, o historiador do capitalismo mais prestigiado da atualidade[18]:

> "*[O século XX] começa com a Primeira Guerra Mundial, que assinalou o colapso da civilização ocidental do século XIX. Tratava-se de uma civilização capitalista na economia; liberal na estrutura legal e constitucional; burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica; exultante com o avanço da ciência, do conhecimento e da educação e também com o progresso material e moral; e profundamente convencida da centralidade da Europa, berço das revoluções da ciência, das artes, da política e da indústria e cuja economia prevalecerá na maior parte do mundo, que seus soldados haviam conquistado e subjugado:* uma Europa cujas populações (incluindo-se o vasto e crescente fluxo de emigrantes europeus e seus descendentes) haviam crescido até somar um terço da raça humana; e cujos maiores Estados constituíam o sistema da política mundial." (destacamos)

O ideal político da igualdade perante a lei conformou-se e se impôs na Era das Revoluções (1780-1848), na periodização de Hobsbawm, uma era em que

[18] HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos - O breve século XX 1914-1991.* São Paulo : Companhia das Letras, 1995, p.16.

prevaleceu o capitalismo concorrencial e o liberalismo político e econômico. O princípio da igualdade não sofreu sérias modificações na chamada Era dos Impérios (1875-1914), em que prevaleceu o capitalismo monopolista, a proteção dos mercados nacionais e o imperialismo entre as principais potências européias, principalmente na Ásia e África.

Mas as duas grandes guerras mundiais e a crise global do sistema capitalista que as intercalou (Era da Catástrofe) levou a profundas reflexões sobre o conteúdo do ideal político da igualdade e sobre a funcionalidade das finanças públicas[19]:

> "Durante quarenta anos, [a sociedade européia ocidental capitalista] foi de calamidade em calamidade. Houve ocasiões em que mesmo conservadores inteligentes não apostariam em sua sobrevivência. *Ela foi abalada por duas guerras mundiais, seguidas por duas ondas de rebelião e revolução globais que levaram ao poder um sistema que se dizia a alternativa historicamente predestinada para a sociedade capitalista (...) Os imensos impérios coloniais erguidos durante a Era do Império foram abalados e ruíram em pó. (...) Mais ainda: uma crise econômica mundial de profundidade sem precedentes pôs de joelhos até mesmo as economias capitalistas mais fortes e pareceu reverter a criação de uma economia mundial única, feito bastante notável do capitalismo liberal do século XIX. Mesmo os EUA, a salvo de guerra a revolução, pareceram próximos do colapso.* Enquanto a economia balançava, as instituições da democracia liberal praticamente desapareceram entre 1917 e 1942: restou apenas uma borda da Europa e partes da América do Norte e da Austrália." (destacamos)

Tal contexto de crise generalizada, nos setores econômico, político, social e cultural, reverteu claramente o minimalismo e a neutralidade das finanças públicas do período liberal (ilustrado pela máxima "leve them as you find them"). As destruições materiais promovidas pelas guerras, o desemprego generalizado, o colapso das hiperinflações européias, a ameaça fascista e comunista, todos estes fatores contribuíram para a instauração de uma nova forma de relação entre o Estado capitalista e a economia: instaurava-se o período de intervencionismo e dirigismo econômico.

A partir do período entre-guerras, o orçamento público livrar-se-ia do rígido equilíbrio anual e passaria a desempenhar um papel prioritário no desenvolvimento econômico das nações. Neste contexto, avulta a importância das despesas públicas como instrumento de criação de rendimentos (conceito de "despesas ativas"). Segundo Sousa Franco[20], as reações contra as instituições clássicas de finanças públicas nasceram de duas fontes: o pragmatismo a buscar novas e urgentes soluções para a crise que se estabelecera, e uma elaboração científica que já vinha se desenvolvendo nas escolas de Cambridge (Keynes) e Estocolmo (Wicksell).

Ambas as correntes teóricas negavam que a propalada "lei do equilíbrio econômico" legada pelos economistas clássicos (Adam Smith, David Ricardo)

[19] *Idem ibidem*, p.17
[20] FRANCO, *op. cit.*, pp. 448-455.

fosse um dado ou uma "tendência natural" da economia capitalista. A doutrina keynesiana apontou que, uma vez verificada uma insuficiência na demanda efetiva (procura efetiva global), a economia capitalista poderia encontrar o equilíbrio numa situação de brutal desemprego. Este estado poderia ser combatido tanto mediante o estímulo ao investimento privado (fazendo com que os empresários perdessem a "preferência pela liquidez" e investissem na produção) quanto mediante o mecanismo das despesas ativas, criadoras de rendimentos que se espalhariam por toda a economia[21].

As novas funções econômicas do Estado dirigista e intervencionista afetam a funcionalidade das finanças públicas de múltiplas formas. Giuliani Fonrouge ressalta como principais transformações[22]:

- o orçamento público conhece uma interação brutal com a política econômica global, abandonando-se a mística do equilíbrio orçamentário anual e buscando-se atitudes anticíclicas à moda das sugestões keynesianas;
- as funções macroeconômicas das despesas públicas apontadas por Keynes revertem a idéia anterior de que as despesas públicas limitam-se a cobrir o custo dos serviços públicos, passando a ser utilizadas em diversas medidas de fomento do poder aquisitivo;
- os impostos (tributos não vinculados a uma contrapartida estatal) passam a ganhar cada vez mais conteúdos de extrafiscalidade, regulando o mercado no bojo de políticas monetárias, industriais, comerciais e redistributivas.

Esta nova realidade conformou o que Ricardo Lobo Torres denomina Estado Social Fiscal[23], o qual deixa de ser mero garantidor de liberdades individuais negativas e passa a intervir moderadamente na ordem econômica e social visando conformar uma sociedade de maior igualdade de fato: faz-se isso tanto pelo lado das receitas públicas (tributos com maior caráter extrafiscal) quanto pelo lado das despesas públicas, conforme visto acima.

A implementação da nova dimensão das finanças públicas levou os países europeus ocidentais e os Estados Unidos a uma longa onda de crescimento, descrita por Hobsbawm como a "Era de Ouro do Século XX (1947-73)". As economias ocidentais e mesmo as socialistas conheceram ampla expansão nos anos cinqüenta e sessenta. Segundo Hobsbawm, o capitalismo da segunda metade deste século era um sistema a tal ponto reformado que chegava por vezes a ficar irreconhecível[24].

Neste período, a tônica das finanças públicas, que conformaram o chamado "Welfare State", foi dada pela constância das políticas de crescimento eco-

[21] Aliomar Baleeiro, às páginas 99 e 100 de sua *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, explica de forma clara como a teoria keynesiana superou as teorias econômicas de Jean Baptiste Say e Ricardo que sustentavam que a produção capitalista gerava sua própria demanda ("loi de debouchés"), além de esquematizar as relações que Keynes estabeleceu entre poupança e investimento privados.
[22] FONROUGE, Giuliani. *Derecho Financiero*. 2ª ed. Buenos Aires : Depalma, 1970, pp. 22 e ss.
[23] TORRES. *Curso de direito financeiro e tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 8.
[24] HOBSBAWM, *op. cit.*, p. 266.

nômico. Transcendida a etapa da recuperação econômica logo após a Segunda Guerra Mundial, novos ramos industriais e de serviços floresceram, como cresce a internacionalização das transações e expansão das empresas transnacionais[25]:

> "Em quase todos os países ocidentais, para além do *crescente peso das despesas de índole social,* o sector financeiro continuou a revelar as tendências fundamentais do pós-guerra: *preocupação primordial com a expansão e o pleno emprego - eventualmente em termos de crescimento econômico, perseguido de forma mais liberal (Alemanha, Japão) ou mais dirigista (Itália, França).* Mesmo países que seguiam uma estrita ortodoxia orçamental, respeitando o princípio do equilíbrio - como a França, a Espanha, a Alemanha - tiveram que, para o manter, de *agravar os impostos, dado o peso das despesas sociais, de crescimento e de pleno emprego:* a expansão das empresas públicas também continua a ocupar lugar relevante nas tendências do período".

Todavia, este modelo que conformou um Estado de Bem-Estar Social entra em crise nos anos 80, período em que os governos trabalhista (na Inglaterra), socialista (na França) e social-democrata (Alemanha) perdem prestígio e são substituídos por coalizões de direita e centro-direita.

A partir de então, retorna-se a uma política de maior ortodoxia fiscal (governos de Ronald Reagan, Margaret Thatcher), em que a maioria das empresas públicas é privatizada, e os serviços sociais e as garantias previdenciárias de abrangência universal são colocados em xeque por insuficiência de recursos públicos com que custeá-los e pela decisão da classe média de não se sujeitar a novos aumentos de impostos.

No Brasil, as reformas constitucionais dos últimos anos e a linha da política econômica do Governo Fernando Henrique Cardoso apontam exatamente para esta tendência de refluxo neoliberal. Todavia, no Brasil não se assistiu à construção de um Estado de Bem-Estar Social nas décadas anteriores, o que torna a situação ainda mais dramática.

3.1.4 Conclusões parciais

Não devemos encarar o tributo como algo desvinculado do princípio da igualdade e tampouco como algo que limita a liberdade dos cidadãos de um Estado de Direito.

Na ordem dos fatos históricos e na ordem da história das idéias, o tributo começa a assumir suas características atuais e passa a ocupar a posição de principal categoria de receita pública exatamente no período em que o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei é afirmado pelas vitoriosas revoluções burguesas, que estabelecem uma nova ordem jurídica, política e social da qual o tributo é ao mesmo tempo *garantia* (enquanto preço da liberdade individual antes negada pelo absolutismo e pelo feudalismo), *conseqüência* (a liquidação do imenso patrimônio imobiliário da igreja e da nobreza e a retirada do Estado das atividades econômicas impediam que as antigas receitas dominiais continuassem a financiar os gastos governamentais, os quais passam a contar

[25] FRANCO, *op. cit.*, p. 471.

fundamentalmente com a arrecadação tributária) e possível *ameaça* (na medida em que a arbitrariedade e o autoritarismo do fisco pode sufocar a liberdade dos cidadãos)[26].

A consideração moderna do tributo, pois, envolve necessariamente o respeito ao princípio da igualdade, que aliado ao princípio da legalidade tributária conformam os dois itens fundamentais das garantias dos contribuintes contra a opressão fiscal.

Como o princípio da igualdade é por si só de uma complexidade ímpar, não há como tal complexidade não ser transferida para o âmbito dos tributos. Por isso, dissertar sobre a igualdade tributária exige a consideração da igualdade em relação a diversos aspectos tributários: capacidade contributiva, imunidades, isenções e benefícios fiscais, não-confisco e outros temas. É o que passamos a fazer na seção seguinte.

3.2 Igualdade e Capacidade Contributiva

Na seção anterior vimos a estreita relação, tanto histórico-sociológica quanto teórica, entre igualdade perante a lei e tributo. Agora, tratar-se-á de estabelecer as bases e desenvolver a riquíssima relação entre igualdade e capacidade contributiva.

Já podemos adiantar que, para a generalidade das ordens constitucionais contemporâneas, a capacidade econômica dos cidadãos é o critério fundamental que deve presidir a repartição dos encargos tributários. Todavia, qualquer compreensão séria e profunda acerca da idéia de capacidade contributiva deve partir da obra daquele que é tido por seu formulador original - Adam Smith, responsável pelo primeiro ataque sistemático à doutrina mercantilista, após as primeiras críticas entabuladas àquela ideologia pelos fisiocratas liderados por François Quesnay.

Adam Smith, que viveu de 1723 a 1790, é na opinião generalizada dos economistas[27] o mais célebre dos *clássicos,* autores que, como Malthus, Ricardo e Marx, promoveram com suas obras notáveis avanços nos estudos econômicos sobre o capitalismo. A teoria clássica de Adam Smith atuou diretamente sobre a integração das finanças públicas no conjunto geral das atividades econômicas (num avanço em relação ao estudo segmentado dos cameralistas e mercantilistas), logrando compatibilizar as regras normativas do sistema tributário com as leis formuladas pelo liberalismo econômico, sujeitando o fenômeno tributário e financeiro a um tratamento teórico semelhante ao da economia política[28].

[26] Na formulação de Ricardo Lobo Torres, "o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, constitui o preço da liberdade, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado, e pode implicar na opressão da liberdade, se não o contiver a legalidade". Op. cit., p. 3.

[27] Segundo Paulo Sandroni, a publicação de *A Riqueza das Nações* de Smith "coincidiu com a Revolução Industrial e satisfazia aos interesses econômicos da burguesia inglesa. Nele, Smith exalta o individualismo, considerando que os interesses individuais livremente desenvolvidos seriam harmonizados por certa 'mão invisível' e resultariam no bem-estar coletivo; essa mão invisível entraria também em jogo no mercado dos fatores de produção enquanto imperasse a livre concorrência. A apologia do interesse individual e a rejeição da intervenção estatal na economia se transformariam em teses básicas do liberalismo". SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia.* 2ª ed. Best-Seller, 1989, p. 292.

[28] FRANCO, *op. cit.*, p. 222.

Uma evidência da relevância das questões tributárias para o pensamento dos teóricos desta época (fins do século XVIII) é o fato de que *A Riqueza das Nações,* obra destinada a formular um verdadeiro modelo sistemático do sistema econômico capitalista, analisando pormenorizadamente as ligações entre as classes sociais e os vários setores da produção, a distribuição da riqueza e da renda, a circulação da moeda, a teoria do valor das mercadorias e os processos de formação dos preços, esta obra dedicou todo um livro à problemática dos tributos: *Livro V - A Receita do Soberano ou do Estado.*

A estrutura deste livro é bastante semelhante à do *Tratado* de William Petty[29]. Smith inicia seu estudo pelos gastos do soberano ou do Estado, identificando quatro tipos fundamentais de despesa pública, os quais coincidem com as principais responsabilidades do Estado, segundo sua visão:

- os gastos com a Defesa (decorrentes do "primeiro dever do Soberano, o de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes");

- os gastos com a Justiça (decorrentes do "segundo dever do soberano, o de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça ou opressão de todos os outros membros da mesma");

- os gastos com o desenvolvimento do comércio (principalmente obras públicas relacionadas à melhoria dos transportes) e com a promoção da instrução do povo;

- os gastos com o sustento da dignidade do Soberano[30].

A análise feita na obra de Smith aprofunda e ganha riqueza em relação aos estudos anteriores (Petty, Hume, Von Justi), na medida em que, abordar cada espécie de defesa, Smith acompanha, com esmerado saber, sua evolução quantitativa e qualitativa ao longo dos diversos estágios da história. Como observa Hunt, Smith acreditava que havia quatro estágios distintos de desenvolvimento econômico-social: a caça, o pastoreio, a agricultura e o comércio e, em cada estágio, o entendimento dos métodos de produção e distribuição das necessidades econômicas de uma sociedade era a chave para a compreensão de suas instituições sociais e de seus governos[31].

Assim, a obra não se limita a mencionar os gastos com a Justiça, mas analisa em belíssimas páginas de sociologia jurídica como as nações de caçadores, de pastores, de agricultores, das antigas repúblicas da Grécia e de Roma lidavam com a questão da administração da Justiça, transportando tal análise até a época em que o livro era escrito.

A partir do exame da *natureza* dos diversos tipos de gastos do Soberano, Smith sugeriu critérios racionais para presidir seu financiamento pela sociedade - ora por meio de impostos, ora por meio de taxas.

Assim, quando determinado gasto, por sua natureza, beneficiasse indistintamente a todos os cidadãos, seus recursos deveriam ser arrecadados mediante impostos ou contribuições gerais, em que todos os indivíduos eram chamados a

[29] *A Treatise of Taxes and Contributions,* publicado em 1662. Excertos importantes desta obra podem ser lidos em PETTY, William. *Coleção: Os Economistas.* São Paulo : Nova Cultural, 1988.

[30] SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações.* São Paulo : Nova Cultural, 1988, pp. 3-91.

[31] HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico.* 7ª ed. Rio de Janeiro : Campus, 1989, p. 64.

contribuir segundo sua capacidade contributiva. Todavia, quando determinada despesa pública fosse provocada pela ação de determinadas pessoas, ou ainda beneficiasse certo grupo de pessoas de maneira diferenciada, tais dispêndios deveriam ser cobertos pela contribuição particular destas próprias pessoas.

Além de diferenciar o imposto da taxa, Smith também mostrou uma concepção interessante sobre a contribuição de melhoria e sobre os pedágios[32]:

> "As despesas locais ou provinciais que beneficiam apenas um lugar ou uma província devem ser cobertas por uma receita local ou provincial, sem onerar a receita geral da sociedade. *É injusto exigir que toda a sociedade contribua para custear uma despesa cuja aplicação beneficia apenas uma parte dessa sociedade.*
> Os gastos despendidos com a manutenção de boas estradas e comunicações beneficiam, sem dúvida, toda a sociedade e, portanto, sem injustiça, podem ser cobertos pela contribuição geral de toda a sociedade. *Entretanto, esse gasto beneficia mais imediata e diretamente aqueles que viajam ou transportam mercadorias de um lugar a outro e que consomem essas mercadorias.* As taxas de pedágio da Inglaterra impõem essa despesa exclusivamente a essas duas categorias de pessoas, e, com isso, desafogam a sociedade em geral de um ônus bem considerável." (destacamos)

Com relação aos gastos com a Defesa o sustento da dignidade do Soberano, Smith sugeriu que seu financiamento se desse através de contribuições gerais cobradas de toda a sociedade. Com relação às despesas com a administração da Justiça, Smith concebeu seu financiamento mediante "taxas judiciárias" a serem pagas pelas pessoas que "fazem com que seja necessário procurar reparação ou proteção dos tribunais de justiça" e que são "as mais diretamente beneficiadas com esse gasto"[33].

Após tratar das despesas no Capítulo I, Smith aborda as receitas públicas no Capítulo II do Livro V. A tônica deste Capítulo será o reconhecimento de que as rendas dominiais do príncipe devem ser substituídas pelos ingressos tributários.

Smith esclarece bem que são fundamentalmente duas as fontes de receita do Estado: aquela localizada em "algum fundo que pertença exclusivamente ao Soberano ou ao Estado, ou, em segundo lugar, no rendimento do povo"[34]. As receitas decorrentes da primeira fonte denominamos atualmente "receitas patrimoniais", enquanto as decorrentes da segunda fonte denominamos "receitas derivadas".

Ao cabo de uma arguta análise sociológica, Smith comprova que as receitas dominiais tendem a dar lugar às receitas tributárias, à medida que se desenvolvem e se tornam complexas as sociedades. Quanto às receitas provenientes da propriedade mobiliária pertencente ao Soberano ou ao Estado, Smith pondera[35]:

> "*A natureza instável e perecível do estoque e do crédito faz com que eles apresentem pouca confiabilidade como sendo os fundos princi-*

[32] SMITH, *op. cit.,* p. 90.

[33] *Idem,* p. 90.

[34] *Idem,* p. 93.

[35] *Idem,* p. 98.

pais daquela receita segura, constante e permanente que, só ela, pode dar segurança e respeitabilidade ao Governo. Jamais, ao que parece, o Governo de alguma grande nação que tenha avançado além do estágio pastoril auferiu a maior parte da receita pública de tais fontes." (destacamos)

Já quanto à receita oriunda das rendas das terras do Soberano, Smith tem a opinião de que as propriedades fundiárias da coroa, extremamente mal administradas e aproveitadas, deveriam ser vendidas aos particulares, pois com o produto desta venda se arrecadariam muito mais recursos do que as rendas que tais terras gerariam ao longo dos séculos para a coroa, se mantidas em sua propriedade[36]:

"Em geral são campos e, às vezes, campos em que, depois de viajar várias milhas, dificilmente se encontra uma única árvore - *puro desperdício e perda de terra, tanto no tocante à produção quanto à população.* Em toda grande monarquia da Europa, *a venda das terras da Coroa geraria uma soma muito grande de dinheiro, a qual, se aplicada no pagamento das dívidas públicas, livraria de hipoteca uma renda muito superior a qualquer renda que essas terras jamais proporcionaram à Coroa.*" (destacamos)

Trata-se realmente do *réquiem* do Estado Patrimonial e das boas-vindas ao Estado Fiscal, o qual se sustenta pelas receitas derivadas, revestidas pelos princípios da publicidade, da legalidade e do tratamento isonômico[37]:

"Se, pois, *tanto o capital público quanto as terras públicas* - as duas fontes de rendimento que podem em particular pertencer ao Soberano ou ao Estado - *são ambos fundos inadequados e insuficientes para cobrir a despesa necessária de um país grande e desenvolvido, resulta que a maior parte dessa despesa deve ser paga por taxas ou impostos de um ou outro tipo, fazendo com que o povo contribua com uma parte de seu próprio rendimento privado para constituir uma receita pública para o Soberano ou para o Estado.*" (destacamos)

3.2.1 A capacidade contributiva como o principal cânone ou princípio da tributação defendido por Adam Smith

Smith propõe a todas as nações a adoção de quatro máximas, princípios ou cânones de tributação, os quais, por sua "evidente justiça e utilidade", deveriam ser sempre implementados.

Dois destes cânones dizem respeito, mais de perto, à Administração Tributária: tais são os princípios da oportunidade da cobrança do imposto, e o princípio da economicidade da atividade arrecadatória.

Segundo o princípio da oportunidade, todo imposto deve ser recolhido no momento e da maneira que, com maior probabilidade, forem mais convenientes para o contribuinte[38]. Segundo o princípio da economicidade, todo imposto deve

[36] *Idem*, p. 99.
[37] *Idem*, p. 100.
[38] "Um imposto sobre o arrendamento de terra ou sobre o aluguel de casas, se cobrado no mesmo período em que se costuma pagar tais arrendamentos ou aluguéis, é recolhido no momento em que, com maior probabilidade, o contribuinte terá facilidade em pagar, ou seja, quando é mais provável que ele tenha com que pagar o imposto." *Idem*, p. 100.

ser planejado de tal modo que retire e conserve fora do bolso das pessoas o mínimo possível, além da soma que ele carreia para os cofres do Estado[39].

As outras duas máximas são as que melhor acentuam o liberalismo de Adam Smith aplicado às investigações tributárias.

O campo da tributação deve ser amplamente regido, segundo Smith, pela garantia da segurança jurídica, afastando-se quaisquer atos discricionários que venham a ferir direitos adquiridos ou instaurar um clima de incerteza entre os contribuintes, acerca de seus reais deveres para com o fisco (o que abrange certeza quanto à data do recolhimento, forma do recolhimento, soma a ser recolhida). Assim, Smith afirma que a certeza sobre o que cada contribuinte deve pagar é tão importante que a história indica que um grau muito elevado de falta de eqüidade tributária não é tão prejudicial que um grau muito pequeno de incerteza ou indefinição[40].

Agora, é claro que não poderia passar desapercebido a Smith que o princípio da segurança jurídica só pode ser preservado com eficácia pela presença e atuação de um Poder Judiciário independente. Daí esta passagem memorável da Riqueza das Nações, que certamente influiu diretamente na elaboração de diversas constituições liberais dos séculos. XVIII e XIX[41]:

"*Quando o poder judicial funciona unido ao poder executivo, dificilmente é possível evitar que a Justiça muitas vezes seja sacrificada ao que, vulgarmente, se chama de política.* As pessoas a quem estão confiados os grandes interesses do Estado podem, por vezes, mesmo se isentas de espírito corrupto, considerar necessário sacrificar a esses interesses os direitos de uma pessoa particular. Mas, *da administração imparcial da justiça depende a liberdade de cada indivíduo, o senso que tem de sua própria segurança. Para fazer com que cada indivíduo se sinta perfeitamente seguro na posse de todos os direitos que lhe cabem, é necessário não somente que o poder judicial seja separado do poder executivo, mas também que seja o mais independente possível dele. O juiz não deveria poder ser removido de seu ofício ao arbítrio daquele poder. O pagamento regular do salário do juiz não deveria depender da boa vontade do poder executivo e nem mesmo da boa situação econômica deste.*" (destacamos)

[39] "Há quatro maneiras de fazer com que um imposto retire ou então conserve fora do bolso das pessoas muito mais do que aquilo que ele carreia para os cofres públicos. Primeiramente, o recolhimento do imposto pode exigir um grande número de funcionários, cujos salários podem devorar a maior parte do montante do imposto (...). Em segundo lugar, o imposto pode dificultar a iniciativa das pessoas e desestimulá-las de aplicar em certos setores de negócios que poderiam dar sustento e emprego a grandes multidões. (...) Em terceiro lugar, devido aos confiscos e outras penalidades em que incorrem aqueles infelizes indivíduos que tentam, sem êxito, sonegar o imposto, este pode muitas vezes arruiná-los e com isto pôr fim ao benefício que a comunidade poderia ter auferido do emprego de seus capitais.(...) Em quarto lugar, o imposto, por sujeitar as pessoas às visitas freqüentes e à odiosa inspeção dos coletores, pode expô-las a muitos incômodos, vexames e opressões desnecessários; e embora o vexame não seja, no sentido estrito da palavra, uma despesa, ele certamente é equivalente à despesa pela qual cada um gostaria de se livrar dele." *Idem*, p. 101.
[40] *Idem*, p. 100.
[41] *Idem*, p. 24.

O cânone mais importante lançado por Smith é exatamente o princípio da capacidade contributiva. Segundo ele, os súditos de cada Estado devem contribuir para a manutenção do Governo, na maior medida possível, em proporção a suas respectivas capacidades, sendo que "é na observância ou não-observância deste princípio que consiste o que se denomina eqüidade ou a falta de eqüidade da tributação"[42].

Duas questões merecem ser ressaltadas aqui. Em primeiro lugar, ao afirmar a capacidade contributiva como critério fundamental para a repartição dos tributos, Smith está negando toda uma gama de critérios discriminatórios até então utilizados para distribuir o ônus da tributação - *status* civil (nobre, clérigo, plebeu), raça, religião, nacionalidade - donde ser correto vislumbrar, por detrás do critério da capacidade contributiva e como algo mais amplo e profundo, a *ratio* da igualdade perante a lei.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que se seguiu à Revolução Francesa previu exatamente isto em seu art. 13: "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une *contribution commune* est indispensable: elle doit être *également répartie entre tous les citoyen, en raison de leurs facultés.*" (destacamos)

Por isso se pode dizer que a noção da capacidade contributiva adquire sentido e funcionalidade no momento mesmo em que o tributo é alçado à categoria principal de receita pública (em detrimento das contribuições espontâneas e das receitas patrimoniais), e a igualdade perante a lei é alçada a alicerce fundamental da moralidade política do regime constitucional.

3.2.2 Fundamentações teóricas do princípio da capacidade contributiva

Mas negando-se tais discrímens (*status* civil, raça, nacionalidade) tidos por discriminatórios perante o novo regime político-constitucional, por que haveria de ser encontrado na capacidade contributiva o critério fundamental para repartir os tributos? Ora, vimos de ver, quanto à configuração jurídica do princípio da igualdade, que o mesmo requer que os critérios diferenciatórios sejam objetivos e radiquem na própria "natureza das coisas" diferenciadas. Exatamente esta objetividade, esta imparcialidade, e esta ligação com a natureza das coisas e a finalidade do tratamento diferenciado foram tomadas como qualidades do critério da capacidade contributiva que o credenciavam para constituir-se em parâmetro fundamental para a distribuição dos encargos tributários entre os cidadãos.

É importante salientar, e isso nem sempre é percebido pelos doutrinadores, que Smith fundamenta o critério da capacidade contributiva de forma totalmente econômico-materialista, sem apelar para qualquer conceito de justiça social que transcenda a crua mecânica do sistema capitalista. Para compreender tal fundamentação, faz-se necessário remontar à Teoria do Estado construída por Smith, segundo a qual o Estado teria surgido para preservar a propriedade privada, função esta que continua sendo a fundamental até mesmo nas sociedades mais desenvolvidas[43]:

> "Onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres, e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos. A fartura dos ricos excita a indignação dos pobres, que muitas vezes são movidos pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir as posses daqueles. *Somente sob a proteção do magistrado civil, o proprietário dessa propriedade valiosa - adquirida com o trabalho de muitos anos, talvez de muitas gerações sucessivas - pode dormir à noite com segurança (...) É, pois, a aquisição de propriedade valiosa e extensa que necessariamente exige o estabelecimento de um governo civil. Onde não há propriedade, ou, ao menos, propriedade cujo valor ultrapasse o de dois ou três dias de trabalho, o governo civil não é tão necessário. (...) Os ricos, em particular, necessariamente se interessam em manter essa ordem de coisas, já que só ela é capaz de assegurar-lhes a posse de suas próprias vantagens. (...) O governo civil, na medida em que é instituído para garantir a propriedade, de fato é para defesa dos ricos contra os pobres,* ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não possuem propriedade alguma." (destacamos)

[42] *Idem*, p. 100.
[43] *Idem*, pp. 16-19.

Com esta concepção de Estado (que certamente influenciou Karl Marx, que admitia abertamente suas imensas dívidas intelectuais para com Smith e a escola sociológica escocesa), torna-se claro que os ricos devam pagar mais tributos do que os pobres, na medida em que os tributos constituem, no Estado Moderno, o sustentáculo material do Estado, uma massa de recursos destinada a sustentar o aparelho estatal e perpetuar o *status quo.*

Se, através dos tributos, o Estado pode desenvolver normalmente suas funções, e dentre estas avulta a da manutenção da ordem econômica, é natural que os mais interessados na manutenção deste ordem econômica devam ser os mais onerados pela cobrança de tributos. Veja-se a comparação de Smith a confirmar nossa tese[44]:

> "As despesas de governo, em relação aos indivíduos de uma grande nação, são como as despesas de administração em relação aos rendeiros associados de uma grande propriedade, os quais *são obrigados a contribuir em proporção aos respectivos interesses que têm na propriedade.*" (destacamos)

Assim, quando Smith erige o princípio da capacidade contributiva, ele não o faz com espeque em valores de certa filosofia moral transcendente. A capacidade contributiva era justa para Smith porque radicava na própria natureza do fato tributado, e estava em conformidade com a própria finalidade do tributo e a sistemática de acumulação do sistema capitalista. Dá-se assim uma relativa autonomia da lógica do mercado em relação às normas sociais tradicionalmente impostas pela autoridade social ou por uma instância sobrenatural, como ocorria nos períodos históricos anteriores.

Esta fundamentação de Smith pode ser encarada como sendo da mesma natureza das fundamentações da capacidade contributiva mediante o apelo às *teorias do benefício ou da equivalência*. Segundo esta teoria, de fundo contratualista e característica dos albores do liberalismo político e econômico, os tri-

[44] *Idem*, p. 100.

butos devem ser repartidos entre os contribuintes de acordo com o *benefício* que os mesmos representam para cada contribuinte[45].

Geralmente apresenta-se esta teoria do benefício como própria a fundamentar o modo de reparto e cobrança dos tributos de cunho contraprestacional e dirigidos à satisfação de necessidade pública divisível, como a taxa, dizendo-se que a teoria da equivalência ou do benefício não se presta a fundamentar o princípio da capacidade contributiva[46]. A análise do pensamento de Smith mostra que tal não é verdade, sendo que a teoria da equivalência também é própria com relação aos tributos endereçados à satisfação de necessidades indivisíveis, a partir da presunção de que os que têm mais renda e patrimônio têm maior interesse, e recebem maior benefício, das atividades gerais do Estado como segurança e manutenção do *status quo*. Ferreiro Lapatza explicou muito bem esta questão na *Revista de Direito Tributário* nº 46[47].

Mas é sem dúvida a *teoria do sacrifício* a que mais vem se prestando a fundamentar a capacidade contributiva. Esta teoria tem um apelo intuitivo que afasta as capitações e os tributos fixos, pois neles resta claro que aqueles que possuem maior riqueza e patrimônio sofrem um sacrifício muito menor do que aqueles que possuem menos renda ou patrimônio. A teoria do sacrifício aponta então para o critério da capacidade contributiva e diz: por aí se implementa a igualdade, pois todos pagam suportando o mesmo ônus, o mesmo sacrifício. Esta teoria do sacrifício tem a vantagem de tratar o tributo de forma mais familiar ao senso comum: como um ônus, e não da forma mais teórica que aponta para os benefícios obtidos, às vezes até de maneira indireta ou abstrata.

A *teoria do sacrifício* parte do princípio de que os recursos econômicos se agregam segundo uma utilidade marginal decrescente. Assim, supondo a comparabilidade intersubjetiva da utilidade (ordinal ou cardinal), tem-se que um indivíduo com renda de R$ 10.000,00 mensais, ao tirar de tal renda R$ 1.000,00 para o pagamento de um tributo, estará se privando de uma quantidade *x* de utilidades. Um indivíduo com renda de R$ 2.000,00 mensais, se tirar de sua renda os mesmos R$ 1.000,00 da situação anterior estará privando-se de um número muito maior do que *x* utilidades. Isto afasta, até mesmo de forma intuitiva, a capitação e os tributos fixos[48].

Afastada a capitação e assumido o princípio da capacidade contributiva (com fundamento na teoria do sacrifício), a técnica da *proporcionalidade* é a que menos necessita de fundamentações teóricas mais sofisticadas, pois parece *natural* que, fazendo o que ganha R$ 10.000,00 pagar R$ 1.000,00, e o que ganha R$ 2.000,00 pagar R$ 200,00, impõe-se-lhes o mesmo sacrifício, correspondente a

45 José Maurício Conti analisa ricamente a teoria do benefício, ressaltando principalmente as dificuldades de sua aplicação prática. Todavia, faz uma distinção por demais drástica entre a teoria do benefício e a capacidade contributiva, com a qual não concordamos, como será visto a seguir. CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo : Dialética, 1996, pp. 15-16.

46 FRANCO, António L. de S. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª ed. Coimbra : Almedina, p.186 e ss.

47 LAPATZA, J.J. Ferreiro. Justicia Tributaria, *in Revista de Direito Tributário* nº 46. São Paulo : RT, pp. 7 e ss.

48 Aliomar Baleeiro exemplifica e explica muito bem a questão em sua *Uma Introdução* ... BALEEIRO. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, pp. 202-211.

10% de sua renda. Entretanto, os economistas utilitaristas do fim do século XIX chegaram a conclusões que apontam que a proporcionalidade não implica sacrifícios iguais, os quais somente tendem a ser atingidos quando se implementam formas de *progressividade*. Voltaremos a este assunto na seção específica relativa aos temas da proporcionalidade e progressividade, altamente polêmicos.

Em conclusão à questão das fundamentações teóricas da capacidade contributiva, pode-se dizer que, principalmente depois da obra de Stuart Mill e sua crítica ferrenha da teoria do benefício[49], a teoria do sacrifício é a que melhor se presta a fundamentar o princípio da capacidade contributiva. Assim, o princípio da capacidade contributiva geralmente é fundamentado como aquele que promove a igualdade tributária entre os indivíduos porque, tomando em consideração as manifestações de riqueza de cada um, submete os indivíduos a um mesmo sacrifício, a um ônus tributário igual.

Com o advento do Estado Social, a doutrina de alguns países europeus passou a fundamentar o princípio da capacidade contributiva no princípio da solidariedade. Esta tendência parte da visão de que tanto o princípio da equivalência (Adam Smith e outros contratualistas) quanto o princípio do sacrifício (Stuart Mill e outros filósofos utilitaristas) concebem o dever tributário de uma forma por demais individualista, sendo necessário reconhecer seu caráter essencialmente social. Segundo Pedro Herrera Molina, as doutrinas alemã, italiana e espanhola conceberiam a capacidade contributiva como "projeção do princípio de solidariedade sobre a repartição das cargas públicas"[50]:

> "*En Alemania, la capacidad económica se considera directamente como exigencia del principio de solidaridad, o como corolario del Estado social.*
> Pues bien, el principio de solidaridad exige una colaboración al interés general en función de la riqueza de que se disponga, *con independencia del 'sacrificio' subjetivo que esto suponga y de la 'utilidad' que se perciba de los servicios públicos. La capacidad económica constituye la proyección del principio de solidaridad sobre el reparto de las cargas públicas.*" (destacamos)

3.2.3 Conceito de capacidade contributiva e sua relação com o princípio da igualdade

Para nós, o conceito de capacidade contributiva supõe a prevalência maior e anterior do princípio da igualdade. Jogados por terra os fatores discriminatórios que pautavam a distribuição do ônus tributário no Antigo Regime, o liberalismo encontrou na capacidade contributiva um critério que, ao repartir igualmente os sacrifícios gerados pelo pagamento de tributos, realizava satisfatoriamente a máxima de que todos são iguais perante a lei (entendida como endereçada também ao legislador, claro está).

Misabel Derzi enfrenta a questão nestes termos[51]:

49 CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo : Dialética, 1996, pp. 29-32.

50 MOLINA, Pedro M. Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid : Marcial Pons, 1998, p. 94.

51 DERZI, Misabel Abreu Machado. notas à BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro : Forense, 1997, pp. 536 e 697.

> "Universalmente a igualdade é aceita como regra de tratamento igual de direitos e deveres dos cidadãos. Ora, *o tributo é um dever cuja característica é ser econômica, patrimonial. O levar dinheiro aos cofres públicos. O que se postula é puramente que esse dever seja idêntico para todos e importe em sacrifício igual a todos os cidadãos* (...)
> Ora, *o critério básico, fundamental e mais importante (embora não seja o único), a partir do qual, no Direito Tributário, as pessoas podem compor uma mesma categoria essencial e merecer o mesmo tratamento, é o critério da capacidade contributiva.*
> Ele *operacionaliza* efetivamente o princípio da igualdade no Direito Tributário. Sem ele, não há como aplicar *o mais importante e nuclear direito fundamental, ao Direito Tributário: a igualdade.*" (destacamos)

A relação entre *igualdade* e *capacidade contributiva* é para nós a relação entre um princípio maior (que engendra um direito individual fundamental e se aplica a todo e qualquer ramo do direito) e um subprincípio que se consubstancia na eleição (por vezes expressa na constituição) de um critério fundamental - mas não o exclusivo - para operar, na seara tributária, aquele princípio maior.

Ver o princípio da igualdade como um princípio maior, e tomar o princípio da capacidade contributiva como subprincípio que opera a igualdade[52], permite que se superem as aparentes antinomias geradas pelo conflito entre capacidade contributiva e medidas de extrafiscalidade. Exatamente isto é o que propõe um denso ensaio de Ernesto Lejeune Valcárcel[53], o qual se baseia confessadamente nas conclusões a que chegou sobre o tema da capacidade contributiva Carlos Palao Taboada[54]. Vejamos.

A crescente utilização do exercício do poder de tributar como instrumento dirigido ao atingimento de diversos objetivos de política econômica, em detrimento de seus vetustos propósitos arrecadatórios, veio criar certo incômodo aos juristas, que se viram obrigados a explicar como se poderia introduzir a extrafiscalidade no casamento já consumado entre a igualdade e a capacidade contributiva, no quadro da justiça tributária das constituições contemporâneas.

Conforme observa Carlos Palao Taboada[55], partindo-se da premissa de que a capacidade contributiva, como *medida da igualdade,* seja o único critério a reger a distribuição da carga tributária entre os contribuintes, como se podem legitimar isenções do imposto de renda concedidas a grandes industriais para atrair investimentos para áreas menos desenvolvidas, como legitimar a cobrança dos impostos sobre a propriedade com alíquotas progressivas no tempo em função da não-utilização da propriedade de acordo com sua função social?

Três orientações teóricas podem ser vislumbradas nesta questão. A primeira delas consiste em simplesmente considerar como ilegítimas ou espúrias as medidas de extrafiscalidade, orientação que segundo Taboada tem como expoente máximo o Prof. Saenz de Bujanda. É de Saenz de Bujanda a seguinte afirmação[56]:

> "la equitativa distribución de la carga fiscal no puede sacrificarse para el logro de otros fines, por muy elevados y atrayentes que sean, porque para ello sería necesario, en España, producir una legislación radicalmente nula."

Uma segunda orientação é propor que o princípio da igualdade ou isonomia tributária é mais amplo que o princípio da capacidade contributiva. Este, com relação àquele, constituiria o *critério fundamental* para se estabelecerem categorias essenciais com tratamentos próprios; todavia, outros valores plasmados em normas constitucionais podem também justificar discriminações legislativas.

Esta é a orientação de Misabel Derzi, que não obstante aceite que "no Direito Tributário, o critério básico que mensura a igualdade ou a desigualdade é a capacidade econômica do contribuinte"[57], assevera que o propósito de atenuar as grandes desigualdades econômico-materiais (valor da igualdade fática ou igualdade eqüitativa de oportunidades) e ainda outros valores constitucionais podem, numa "derrogação parcial ou total ao princípio da capacidade contributiva", fundamentar outras discriminações efetuadas pelo legislador, conferindo legitimidade a "progressividade, regressividade, isenções e benefícios, na busca de um melhor padrão de vida para todos, dentro dos planos de desenvolvimento nacional integrado e harmonioso"[58].

Segundo Misabel Derzi, outros critérios constitucionalmente válidos podem presidir as exceções à proibição de discriminar entre pessoas que demonstram a *mesma capacidade contributiva*. A aplicação destes outros critérios não representa, segundo a autora, "quebra do princípio da igualdade formal":

> "As pessoas favorecidas por isenções, créditos presumidos, prêmios e alíquotas diminutas, devolução de tributo pago etc. são tratadas de uma forma e maneira especial porque não são consideradas da mes-

[52] A doutrina nacional em peso assim o considera. Veja-se: "Quanto à capacidade contributiva, (...) é a expressão tributária (quanto à espécie imposto) das exigências do princípio geral da isonomia consagrado no art. 5º, *caput* e seu inc. I." ATALIBA, Geraldo. Progressividade e Capacidade Contributiva, *in V Congresso Brasileiro de Direito Tributário,* São Paulo : RT, 1991, p. 49. "A rigor, porém, o princípio da isonomia jurídica é algo diverso do princípio da capacidade contributiva. (...) a capacidade contributiva é um critério de valoração do princípio da isonomia, e um critério capaz, a nosso ver, de realizar também o princípio da Justiça." MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988.* 3ª ed. São Paulo : RT, p. 70. "O princípio da capacidade contributiva, já se disse, hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos". CARRAZA, Roque. A progressividade na ordem tributária, *in Revista de Direito Tributário* nº 64. São Paulo : Malheiros, p. 45. "Podemos dizer que a capacidade contributiva é um subprincípio, uma derivação de um princípio mais geral que é o da igualdade, irradiador de efeitos em todos os setores do Direito." COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva.* 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 39. "Desta forma, o princípio da igualdade é aplicável ao Direito Tributário mediante a utilização de um critério de discriminação já definido, qual seja, a capacidade contributiva." CONTI, *op. cit.,* p. 28.

[53] VALCÁRCEL, Ernesto Lejeune. Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria, *in Seis Estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario.* Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1980, pp. 113-180.

[54] TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva, *in Revista de Direito Tributário* nº 4. São Paulo : RT, pp. 125 e ss.

[55] *Idem,* p. 131.

[56] BUJANDA, Saenz. *Hacienda y Derecho*. Madrid, 1963, vol. III, p. 420, *apud* VALCÁRCEL, *op. cit.*, p. 39.

[57] DERZI, Misabel. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações, *in V Congresso Brasileiro de Direito Tributário.* São Paulo : RT, 1991, p. 169.

[58] *Idem Ibidem,* p. 169.

> ma categoria essencial do que as demais, em razão de sua aptidão para concretização dos planos econômicos governamentais ou por méritos. (...) *É pois coerente afirmar que as derrogações ao princípio da capacidade econômica não são ofensas à igualdade, estando dessa forma submetidas às regras de regularidade e 'igual tratamento para seres da mesma categoria essencial'.*" (destacamos)

Por não considerarmos que o princípio da igualdade formal, nos moldes da construção de Perelman, seja muito mais do que uma decorrência lógica do caráter geral das leis[59], ou no máximo representa a adoção do valor da segurança jurídica (mas não o da igualdade material ou *na lei*), concordamos com Misabel Derzi em que a extrafiscalidade não representa necessariamente quebra da igualdade (apesar de representar quase sempre quebra da capacidade contributiva), mas preferimos dizer que resta assegurada a igualdade enquanto exigência de discriminações não-arbitrárias e compatíveis com os valores positivados na Constituição, e não a igualdade em sua acepção meramente formal (exigência de conferir tratamento igual a todos os seres que ocupam a mesma categoria essencial).

Sacha Calmon também envereda por esta interpretação quando, apesar de concordar com Giuliani Fonrouge que a tributação extrafiscal é incompossível com a capacidade contributiva e que portanto nesses casos resta prejudicada a consideração deste critério, considera que a extrafiscalidade não vulnera a igualdade e a justiça tributária quando é informada por valores prestigiados na Constituição, devendo o Poder Judiciário apreciar se os critérios escolhidos pelo legislador apontam para eventuais abusos[60].

Esta segunda orientação também é em linhas gerais seguida pelo argentino Héctor Villegas, que afirma o seguinte[61]:

> "En época más reciente ("Fallos", 207-270) la Corte Suprema nacional estableció que el impuesto se funda en la capacidad contributiva. Según este criterio, 'igualdad' significa que deben existir impuestos del mismo monto ante condiciones iguales de capacidad contributiva. *Los distingos, para ser relevantes, deben tener su explicación lógica en esa diferente capacidad contributiva. No obstante este criterio de la Corte, la jurisprudencia nacional admitió que cuando se trata de impuestos com fines de proteción o fomento, puede hacerse distingos, no fundados en la capacidad contributiva, sino en valoraciones económico-sociales del legislador* (...)." (destacamos)

[59] Na obra do próprio Perelman encontramos numerosas afirmações que respaldam a crítica de que seu conceito de igualdade formal ou justiça formal não passa da exigência de uma aplicação correta de normas gerais. Vejam-se os seguintes excertos: "É porque qualquer membro da categoria é obrigado a sujeitar-se à regra que, ao aplicar esta, se é levado a tratar todos da mesma forma"; "A igualdade de tratamento nada mais é senão a conseqüência lógica de nos encontrarmos diante de membros da mesma categoria"; "A igualdade de tratamento na justiça formal nada mais é senão a aplicação correta de uma regra de justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados todos os membros de cada categoria essencial". PERELMAN, C. *Op. cit.*, p. 42.

[60] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, pp. 83-84.

[61] VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires : Depalma, 1994, p. 203.

Na doutrina espanhola, Lejeune Valcárcel propõe exatamente que o princípio da capacidade contributiva, como atualmente não tem mais condições de explicar por si só o complexo fenômeno da tributação extrafiscal, seja substituído pelo princípio da igualdade como pedra de toque da justiça tributária, afirmando que o princípio da igualdade não só permite superar as contradições da contraposição da justiça tributária (baseada na capacidade contributiva) com as novas formas e funções da tributação contemporânea, "sino que además permite refundir en uno principios que en alguns setores de la doctrina aparecían como diversos, y a veces hasta contradictorios: generalidad, igualdad, proporcionalidad, progressividad, solidariedad social ..."[62]

Finalmente, uma terceira posição é assumida por juristas como Francesco Moschetti, autor de obra célebre sobre o princípio da capacidade contributiva[63]. Na teoria deste autor, é bastante sublinhada a diferenciação entre os conceitos de *capacidade econômica* e *capacidade contributiva,* a primeira sendo condição necessária mas não suficiente para a configuração da segunda.

Partindo-se do conceito originário de capacidade econômica como *potência econômica global* do contribuinte manifestada por fatos significativos ou indicativos ("hechos-índice") de riqueza, tais como a renda líquida, o patrimônio líquido, o consumo e os incrementos patrimoniais (recebimento de doações e heranças, que a doutrina européia em geral não enquadra no conceito de renda), Moschetti afirma que o primeiro estágio na direção da *capacidade contributiva propriamente dita* é a consideração da situação pessoal e familiar do contribuinte, asseverando que "Para que el concurso a los gastos públicos se adecúe a la capacidad contributiva, es necesario no sólo gravar todos los recursos patrimoniales antes indicados, sino también tener en cuenta la situación personal y familiar del contribuyente"[64].

Em seguida, Moschetti afirma que *pode existir capacidade econômica sem que exista capacidade contributiva,* pois no conceito de capacidade contributiva há o que ele chama de um juízo de valor implícito e decorrente dos ideais que acharam expressão na Constituição. A conclusão de Moschetti, "especificando" por assim dizer o conceito de capacidade contributiva originalmente formulado, tem claramente em vista superar as contradições já mencionadas entre justiça fiscal e capacidade contributiva *stricto sensu*[65]*:*

> "*Capacidad contributiva no es, por tanto, toda manifestación de riqueza, sino sólo aquella potencia económica que debe juzgar-se idónea para concurrir a los gastos públicos, a la luz de las fundamentales exigencias económicas y sociales acogidas em nuestra Constitución.* (...) La diferencia entre nuestra tesis y las otras produce así consecuencias particularmente sensibles cuando se afronta el problema relativo a la utilización del impuesto com fines económicos y sociales." (destacamos)

Seja reunindo ao princípio da capacidade contributiva outros valores e metas constitucionais como autorizadores de discriminações legislativas lícitas, seja

[62] VALCÁRCEL, E. L. *Op. cit.*, p. 121.

[63] MOSCHETTI, Francesco. *El principio de la capacidad contributiva.* Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

[64] *Idem Ibidem,* p. 265.

[65] *Idem Ibidem,* pp. 277-278.

diferenciando o conceito de capacidade econômica do conceito de capacidade contributiva de molde a fazer reverberar também neste último outros valores constitucionais, principalmente de índole de política econômica e de reforma social, é necessário reconhecer que uma discriminação que não encontre espeque nas faculdades econômicas dos contribuintes não viola necessariamente a isonomia tributária[66], desde que o discrímen parta de diferenças concretas e reais e as conecte racionalmente a metas realizadoras de valores positivados na Constituição.

A própria Constituição define em seu texto hipóteses de discrímens descolados da capacidade econômica dos contribuintes, como as imunidades garantidoras de valores como a liberdade religiosa, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, a convivência harmônica entre as pessoas políticas da federação etc., e as destinadas a dotar a economia nacional de maior competitividade no mercado exterior. Seria absurdo imaginar que tais imunidades, especialmente aquelas ligadas a direitos humanos e garantidoras de uma esfera de liberdade intocável pelo Estado[67], violassem a igualdade porque contrárias ao princípio da capacidade contributiva.

Outras hipóteses de extrafiscalidades decorrentes da própria Constituição são a licença para concessão de incentivos fiscais regionais, garantidora da busca de um desenvolvimento equilibrado entre as diversas regiões do país, e a licença para dotar a tributação do patrimônio imóvel urbano e rural de natureza punitiva, em implementação de sua utilização mais racional e de uma distribuição mais igualitária da riqueza nacional, realizando o valor não da igualdade de tratamento *na lei,* mas da igualdade de resultados ou de oportunidades *através da lei.*

Além das exceções à capacidade contributiva previstas expressamente no Texto Maior, o legislador tributário não está impedido de outras estabelecer[68], desde que a regra discriminatória se sustente frente ao teste, inerente ao caráter discursivo e pragmático do Estado Democrático de Direito, da *razoabilidade das leis,* cujos parâmetros no campo fiscal a doutrina e a jurisprudência construíram paulatinamente em séculos de luta contra o arbítrio do Estado.

66 Conforme Sampaio Dória, "a mera diferenciação entre pessoas ou atividades não autoriza, por si só, desigualdade tributária, se esta não atender a alguma finalidade ou escopo, que o legislador se propõe atingir exatamente através da discriminação. Surpreende-se, com nitidez, a existência de referido objetivo nos impostos com finalidades extrafiscais, ou regulatórias, de que o legislador se vale para desencorajar ou promover determinadas atividades ou práticas. Entre nós, para citar tão-somente dois exemplos, a agravação dos direitos alfandegários para certas mercadorias, consideradas supérfluas ou competitivas com produtos de fabricação nacional, atende ao requisito das diferenças substanciais entre os objetos tributados e, simultaneamente, tem por escopo a proteção das manufaturas do país. A chamada lei de proteção à família, que capitulava alíquotas mais elevadas (adicionais) de incidência do imposto de renda sobre indivíduos solteiros de determinada idade, ou de reduzida prole, assentava sobre diferenças razoáveis de estado civil, idade etc., das pessoas oneradas pelo tributo, mas encerrava, igualmente, o propósito de incentivo ao crescimento demográfico da nação". DÓRIA, *op. cit.,* p. 141.

67 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação - Imunidades e Isonomia.* Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

68 "It has been pointed out that taxation, even more than in other fields, legislatures possess the greatest freedom in classification." DÓRIA, Sampaio, *op. cit.,* citando as palavras do Justice Reed, Madden v. Kentuck, 309 US 83, 84 L. Ed. 590 (1940).

3.2.4 Capacidade econômica, capacidade contributiva, mínimo existencial e proibição de tributo confiscatório

Vimos acima, na doutrina de Moschetti, a diferenciação entre capacidade econômica e capacidade contributiva. A aproximação de Moschetti é gradativa. Primeiro constrói a noção de potência econômica global de cada indivíduo, utilizando-se do conceito de fatos indicativos de riqueza tais como renda, patrimônio líquido, gasto global e acréscimo patrimonial. Esta potência econômica global é um requisito necessário, mas não suficiente para a presença da *capacidade contributiva,* expressão constante do art. 53 da Constituição italiana.

O conceito de capacidade contributiva começa a formar-se quando, no caso das pessoas físicas, preserva-se o mínimo vital individual e familiar, e no caso das pessoas jurídicas deduzem-se todos os gastos e elementos passivos que influem na situação econômica do contribuinte.

Finalmente, qualifica-se tal concepção com o valor da solidariedade social, levando-se à impossibilidade da tributação dos fatos indicativos de capacidade econômica desvinculados das exigências coletivas e descolado das valorações econômicas e sociais expressas na Constituição[69].

Pode-se dizer que a classificação de Moschetti entre capacidade econômica e capacidade contributiva é útil e funcional na medida em que permite conciliar o respeito à capacidade contributiva com a implementação de políticas extrafiscais através da lei tributária.

No Brasil, a Constituição de 1988 determina em seu artigo 145, § 1°, a graduação dos impostos segundo a "capacidade econômica" do contribuinte[70]. Da mesma forma, o art. 202 da Constituição de 1946[71]. Assim, a expressão "capacidade contributiva" não se encontra no texto da Constituição brasileira tal como no texto italiano, o que nunca impediu nossa doutrina de assim chamar o princípio que opera no campo da tributação o princípio maior da igualdade, e tampouco de interpretar a expressão constitucional "capacidade econômica" incluindo na mesma tudo o que Moschetti incluiu para alcançar o significado de "capacidade contributiva".

Aliomar Baleeiro interpretava a "capacidade econômica" presente no texto de 1946 como "idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo dos serviços públicos"[72]. De outro lado, num conceito que abrange tanto o aspecto individual quanto o aspecto empresarial, Geraldo Ataliba assevera que a capacidade contributiva[73]

> "Traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. Implica que cada lei tributária tenha por efeito atingir manifestações, ou aspectos dessa rique-

69 MOSCHETTI. *Op. cit.,* pp. 259-301.

70 "Art. 145, § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

71 "Art. 202. Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte."

72 BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças.* 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 259.

73 ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.,* p. 50.

> za, *sem destruir sua base criadora. (...) Capacidade econômica há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação.*" (destacamos)

Tais manifestações, de dois dos maiores nomes do direito tributário brasileiro, estão a evidenciar que, entre nós, o princípio da capacidade contributiva implica, por si só, o respeito ao mínimo vital, individual e familiar, e no respeito aos limites além dos quais o tributo passa a ter efeito confiscatório[74]. Por isso mesmo, José Marcos Domingues de Oliveira afirma que a capacidade contributiva tutela não só a igualdade material no tributo, mas a *liberdade de iniciativa e a propriedade privada em face do Estado* (em virtude da proteção que apresenta contra os tributos confiscatórios)[75].

Em relação ao necessário respeito do mínimo existencial, é necessário concordar com Ricardo Lobo Torres[76] que seu fundamento é muito mais amplo do que o oferecido pelo princípio da capacidade contributiva, pois sem o mínimo necessário à existência fenece a própria dignidade humana. Assim, a fundamentação da proteção ao mínimo existencial, individual e familiar, é dada por normas constitucionais como as do art. 1°, III e mesmo pela idéia pré-constitucional do respeito aos direitos humanos.

De forma mais detalhada, Misabel Derzi demarca as exigências do princípio da capacidade contributiva dirigidas ao legislador, no que tange à necessidade de consideração de determinadas realidades econômicas ínsitas à própria matéria tributada[77]:

> "A capacidade econômica somente se inicia após a dedução dos gastos à aquisição, produção, exploração e manutenção da renda e do patrimônio. (...) O princípio da capacidade econômica, do ponto de vista objetivo, obriga o legislador a autorizar todas as despesas operacionais e financeiras necessárias à produção da renda e à conservação do patrimônio, afetado à exploração. (...) Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família."

3.2.5 *Capacidade contributiva absoluta e capacidade contributiva relativa*

É bastante encontradiça na doutrina a distinção entre capacidade contributiva absoluta, também chamada *objetiva,* e capacidade contributiva relativa, também chamada *subjetiva*.

[74] Segundo observa Américo Lacombe, "*como decorrência lógica do princípio da capacidade contributiva chega-se à vedação do confisco. Não precisa haver qualquer disposição expressa a respeito. Infere-se do princípio da igualdade e do seu corolário ora em estudo, O confisco seria desproporcional à capacidade contributiva, seria o aniquilamento desta, o que violaria a graduação determinada pela Lei Maior*". LACOMBE, Américo. *Princípios Constitucionais Tributários.* São Paulo : Malheiros, 1996, pp. 28-29.

[75] OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Capacidade Contributiva - Conteúdo e Eficácia do Princípio.* Rio de Janeiro : Renovar, 1988, p. 29.

[76] TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação - Imunidades e Isonomia.* Rio de Janeiro : Renovar, 1995, pp. 121 e ss.

[77] BALEEIRO, *Limitações* ..., p. 693.

Da forma como Misabel Derzi delimitou os dois conceitos de capacidade contributiva, não se pode ter dúvida de que deve prevalecer, pelo menos na ordem constitucional brasileira, a capacidade contributiva relativa. Veja-se:

> "Emilio Giardina (*Le Basi Teoriche del Princìpio della Capacità Contributiva,* Milão, Dott. A. Giuffrè, 1961, p. 439) explica que a capacidade objetiva absoluta obriga o legislador a tão-somente eleger como hipóteses de incidência de tributos aqueles fatos que, efetivamente, sejam indícios de capacidade econômica. Daí se inferir a aptidão abstrata e em tese para concorrer aos gastos públicos da pessoa que realiza tais fatos indicadores de riqueza. (...)
> Não obstante, a capacidade relativa ou subjetiva refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto."

A prevalência da capacidade contributiva relativa se dá, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, em virtude daquela possuir em seu conceito as noções de garantia do mínimo vital e limite contra o confisco, além de exigir a consideração, pelo legislador, de fatores cujo desprezo pode fazer com que um indício de capacidade contributiva oculte em verdade uma ausência real de capacidade contributiva, por isso Misabel Derzi inclui no conceito de capacidade relativa a consideração dos "encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis".

A inclusão de fatores como mínimo vital e proibição do confisco na concepção de capacidade contributiva relativa também é operada por Regina Helena Costa, para quem a capacidade contributiva relativa atuará "como limite da tributação, permitindo a manutenção do 'mínimo vital' e obstando que a progressividade tributária atinja níveis de confisco ou de cerceamento de outros direitos constitucionais" [78].

Em contrário, autores como Roque Carrazza manifestam-se no sentido de que[79]:

> "A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que o legislador ordinário deverá levar em conta, ao criar impostos, é objetiva, ou seja, refere-se às manifestações objetivas de riqueza do contribuinte (ter imóvel luxuoso, possuir automóvel do ano, ser proprietário de jóias ou obras de arte valiosas etc.). Assim, atenderá ao princípio em exame, a lei que, ao criar o imposto, colocar em sua hipótese de incidência fatos deste tipo, que Becker denomina 'fatos signos presuntivos de riqueza'. Pouco importa, no caso, se algum contribuinte, que praticar o fato imponível do imposto, não tiver condições subjetivas de suportar a carga tributária. Aliás, nos impostos sobre a propriedade (*v.g.* o IPTU), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem".

[78] COSTA, Regina Helena. *Op. cit.,* p. 29.

[79] CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1993, pp. 57-58. No mesmo sentido. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Sistema Constitucional Tributário.* Rio de Janeiro : Forense, 1996, pp. 42 e 43; e CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva.* Curitiba : Juruá, 1992, p. 60.

Cremos ser necessária uma distinção para não incorrermos em injustiça nesta questão um tanto complexa. Quando um contribuinte alega que, apesar de ser proprietário de um valioso imóvel, não possui renda para arcar com o IPTU devido, não julgamos estar o Juiz possibilitado a dispensar-lhe o pagamento do tributo, por força de uma suposta "ausência *in casu* de capacidade contributiva subjetiva". Na verdade, há sim capacidade contributiva subjetiva neste caso, bastando que o contribuinte aceite a realidade de sua real situação econômica e adquira um imóvel mais compatível com suas condições - supondo, é claro, que o valor do IPTU não se mostre *per se* confiscatório, e o imóvel não seja de tal maneira simplório que exigir que o contribuinte se mude para outro mais acanhado implique em ferir sua dignidade ou impor-lhe ingentes sacrifícios.

Todavia, não é por afirmarmos tal opinião em relação ao IPTU que iremos concordar com autores como Scherkerkerwitz, para quem o Judiciário não pode verificar caso a caso se a presunção de riqueza é real (capacidade contributiva relativa ou subjetiva), sobrando-lhe somente analisar, em abstrato, "se a hipótese de incidência do imposto traz em seu bojo um indício de riqueza, um fato com relevância econômica"[80].

Ora uma coisa é a lei ser feita com dispositivos ou omissões de dispositivos em virtude dos quais a presunção de capacidade contributiva (objetiva ou absoluta) se revela insincera: tal é o exemplo de leis do imposto de renda - pessoa física que limitam deduções com gastos essenciais relativos a dependentes e não corrigem monetariamente as tabelas de retenção na fonte utilizadas num contexto inflacionário. Em tais casos, consideramos própria a declaração de inconstitucionalidade destas leis pelo Poder Judiciário, com supedâneo exatamente na contrariedade à capacidade contributiva, que deve ser real e não fictícia[81].

Outra coisa bem diferente é a aplicação de uma lei cujos dispositivos não contêm qualquer infirmação da capacidade contributiva, contra a qual o contribuinte se revolta por questões de particularismos tais como os narrados na questão do IPTU. Aí sim o Poder Judiciário não se legitima a declarar a lei inconstitucional no caso concreto, pois em verdade a lei nada tem de inconstitucional - o que não ocorre na situação descrita no parágrafo anterior.

Assim, quando Regina Helena Costa afirma que, "admitida a noção de capacidade contributiva relativa ou subjetiva, traduzida na aptidão específica de dado contribuinte em face de um fato jurídico tributário", seria "lógico reconhecer-se ao juiz a possibilidade de apreciar se a mesma foi respeitada, à vista de pedido formulado nesse sentido", concordamos com a autora se o pedido do contribuinte tiver por fundamentação um vício da própria lei (como no caso da lei do imposto de renda citado acima) que gerou efeitos concretos sobre ele, mas não concordamos com a autora se o pedido encaixar-se, por exemplo, na dispensa do IPTU acima mencionada.

[80] SCHERKERKEWITZ. *Op. cit.*, p. 42.

[81] Misabel Derzi observa muito bem que, dado o caráter rígido da discriminação constitucional de competências tributárias no Brasil, aos quais acrescentamos a regra expressa do art. 110 do CTN, leis como estas que infirmam a capacidade contributiva geralmente também se mostram inconstitucionais por implicar em cobrança de tributo cuja competência pertence a outra pessoa política da federação. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, p. 693.

3.2.6 Capacidade contributiva, pessoalidade e sua aplicação às diversas espécies tributárias

O terreno mais propício para a aplicação do critério da capacidade contributiva é o relativo aos impostos, espécie tributária cuja hipótese de incidência não se vincula a uma atuação estatal, por isso chamados *tributos não vinculados*.

Tão-somente aos impostos o art. 145 da Constituição vinculou o princípio da capacidade contributiva. A maioria dos autores[82] pensa que a expressão "sempre que possível", que inaugura o *caput* do art. 145, refere-se tão-somente ao caráter pessoal dos impostos, pelo que a graduação daqueles segundo a capacidade econômica do contribuinte seria obrigatória e vinculante para o legislador. Em relação ao art. 202 da Constituição de 1946, a dúvida não existia, pois o artigo tinha redação clara ao dispor que os tributos (e não só os impostos, portanto) "serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte".

Um dispositivo constitucional que vincula o legislador a graduar os impostos segundo a capacidade contributiva dos contribuintes possui maior relevância quando o destinatário do comando está ainda por traçar o sistema tributário, desfruta da liberdade de criar impostos e eleger hipóteses de incidência segundo considerar conveniente. No caso brasileiro, a discriminação rígida de competências tributárias entre as pessoas políticas da federação (arts. 153, 155 e 156 da Constituição) já se deu com a definição genérica das hipóteses de incidência dos impostos pelo próprio constituinte, todas elas vinculadas a um signo presuntivo de riqueza (renda, patrimônio, consumo, operação de exportação e assim por diante).

Assim, poder-se-ia pensar que, se realmente o legislador está obrigado a graduar os impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte, tal se aplicaria somente ao exercício da competência residual por parte do legislador federal. No entanto, também as leis federais, estaduais e municipais que instituem os impostos cujos fatos geradores foram definidos genericamente nos arts. 153, 155 e 156 devem graduar tais impostos segundo a capacidade econômica real (subjetiva) dos contribuintes, através das técnicas da pessoalidade, da proporcionalidade, da progressividade ou da seletividade, e isto implica respeitar tal princípio, por exemplo, na definição da base de cálculo, da alíquota, e da previsão de dedução de gastos e custos indispensáveis à manutenção da fonte produtora.

Assim, uma interpretação sistemática da Constituição parece indicar que, quanto aos impostos, o legislador realmente está vinculado a graduá-los segundo a capacidade contributiva dos contribuintes, seja o legislador federal que exercer a competência residual (art. 154, I), seja o legislador das três esferas de governo que institua os impostos nomeados na Constituição. Luciano Amaro é um dos poucos a discordar desta vinculação do legislador em relação ao princípio da capacidade contributiva, e argumenta[83]:

> "Ora, em primeiro lugar, não se pode ler, no preceito constitucional, a afirmação de que os impostos devem observar a capacidade con-

[82] MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Caderno de Pesquisas Tributárias Vol. 14 - Capacidade Contributiva.* São Paulo : Resenha Tributária, 1989.

[83] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1997, p. 134.

tributiva, mesmo quando isso seja impossível. Nessa perspectiva, seria até dispensável a ressalva; mas a possibilidade referida no texto abre campo precisamente para a conjugação com outras técnicas tributárias (como a extrafiscalidade), que precisam ser utilizadas em harmonia com o princípio ali estatuído".

Discordamos de Luciano Amaro neste particular, pois os impostos, por terem por hipótese de incidência um ato ou fato da esfera do próprio contribuinte e com dimensão econômica, *sempre podem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*. Em segundo lugar, não cabe dizer que a extrafiscalidade seja um caso em que *não é possível* a graduação segundo a capacidade econômica, pois mesmo na extrafiscalidade é possível graduar o tributo pela capacidade econômica, mas neste caso o legislador prestigia, com sua norma isentiva ou redutora da base de cálculo, outros valores constitucionais, sempre e necessariamente respeitando o princípio maior da igualdade.

Sendo assim, pode-se afirmar que o legislador está obrigado a graduar os impostos segundo a capacidade contributiva do contribuinte (o que sempre é possível), mas permite-se que, em nome de outros valores constitucionais - redução de desigualdades regionais, p. ex. - seja afastado no caso concreto (Alexy) o princípio (mandato de otimização) da capacidade contributiva. Nestas situações, continua sendo possível a graduação pela capacidade econômica (donde nossa discórdia com Luciano Amaro), mas o legislador pode legitimamente afastar tal critério, contanto que não seja para instituir privilégios odiosos em contrariedade ao princípio maior da igualdade.

Em relação ao *caráter pessoal* dos impostos, aí sim pode-se dizer que nem sempre é possível ao legislador instituí-lo, pois impostos indiretos sobre o consumo (IPI, ICMS) realmente não se prestam a uma personalização satisfatória. Sobre o tema assim se manifesta Sacha Calmon[84]:

> "*O caráter pessoal a que alude o constituinte significa o desejo de que a pessoa tributada venha a sê-lo por suas características pessoais (capacidade contributiva), sem possibilidade de repassar o encargo a terceiros.* Esta impossibilidade de repassar, transferir, repercutir o encargo tributário é que fecunda a classificação dos impostos em diretos e indiretos. (...) Em suma, o imposto pessoal e direto é que incide sobre o contribuinte sem transferência. O contribuinte de *jure* (eleito pela lei) é ele próprio também contribuinte de fato (o que sofre no mercado o peso do encargo)." (destacamos)

Vê-se pois que, infelizmente, a grande massa de impostos no sistema tributário brasileiro é infensa à personalização da carga tributária, e, em relação aos poucos impostos de caráter pessoal, como o imposto de renda da pessoa física, o legislador se furta ao mandamento constitucional[85].

[84] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*, p. 79

[85] Misabel Derzi explica que a pessoalidade só se ajusta, de fato, aos impostos sobre a renda percebida, sobre o patrimônio e seus acréscimos. Acrescenta a autora que "nos últimos 20 anos, embora os Textos Constitucionais brasileiros em vigor não contivessem regras como a pessoalidade e a capacidade contributiva; a generalidade e a progressividade do imposto de renda; a vedação de se utilizar tributo com efeito de confisco; o planejamento familiar como estrita decisão do casal e o dever de sustentar e educar os filhos menores ... todas expressas no atual momento jurídico nacional, as leis reguladoras do imposto sobre a renda, em geral, permitiam a dedução de gastos com dependentes, educação, saúde e moradia, limitadamente. Bastou que a Constituição Federal contivesse tais regras para que, de forma paradoxal, a lei reduzisse substancialmente a progressividade, medida que se tornou possível graças à desconsideração dos encargos, pessoas, e familiares, de modo geral. A tributação, praticamente objetiva, nessa espécie de tributo, fere a Constituição." BALEEIRO, *Limitações ...*, p. 539.

Assim, no imposto de renda deve-se aplicar a técnica da pessoalidade (ou personalização) e da progressividade, além da generalidade (todos que auferem renda, independentemente de quem sejam, de que cargos ocupem, devem pagar) e universalidade (todos os rendimentos de um contribuinte que configurem renda devem submeter-se à tributação)[86].

Nos impostos sobre o consumo, mais precisamente o ICMS e o IPI, a capacidade contributiva é atendida com a técnica da *seletividade* (constitucionalmente ordenada no caso do IPI), tendo-se sempre em conta a repercussão do ônus econômico do tributo ao consumidor final (contribuinte de fato) e levando-se em conta a essencialidade dos produtos[87].

Esta questão da seletividade, que é afinal a aplicação (ainda que imperfeita) da capacidade contributiva nos impostos sobre o consumo, pode ser focalizada sob dois pontos de vista. O primeiro ponto de vista é aquele que enxerga no consumo um indicador dos mais "seguros" quanto à capacidade contributiva dos indivíduos. Vejam-se as considerações de Hugo de Brito Machado[88]:

> "Também o consumo tem sido apontado como excelente índice de capacidade contributiva. Por isto mesmo, ao nos reportarmos aos impostos ditos reais, dos quais é exemplo o Imposto sobre Produtos Industrializados, afirmamos que também em relação a estes pode ser praticado o princípio constitucional em estudo. Na verdade, o consumo é um autêntico rival da renda pessoal como índice da capacidade contributiva e como base para a cobrança de impostos progressivos. Citando Hobbes, Kaldor tem sustentado que pode ser mais justo e oportuno gravar as pessoas segundo o que retiram do produto nacional do que em relação ao que para ele contribuem, sugerindo que o consumo pode ser melhor base para a tributação do que a renda" (Richard Goode, The Individual Income Tax, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1976, p. 21).

Assim, há espeque jurídico-constitucional e econômico-financeiro para aplicar-se também nos impostos sobre o consumo o cânone da capacidade contributiva, pois esta também pode ser medida pelo consumo do indivíduo, além dos

[86] Com todos estes princípios, informados de resto pelo princípio maior da igualdade, percebe-se o caráter ao mesmo tempo redundante e casuístico do art. 150, II da Constituição, segundo o qual é vedado *"instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos"*. Para uma explicação detalhada das razões casuísticas deste preceito, ver: COÊLHO, Sacha Calmon. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991, pp. 329-330.

[87] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Op. cit.*, p. 49; MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 65.

[88] MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.*, p. 75.

outros fatores *renda* e *patrimônio*[89]. O cânone da capacidade contributiva aí não irá operar-se com a progressividade das alíquotas em função do aumento do valor transacionado, mas com a diferenciação de alíquotas em função da essencialidade (alíquotas reduzidas ou isenção total ou parcial) ou suntuosidade (alíquotas agravadas) dos produtos consumidos.

Mas a questão da essencialidade pode refletir também uma política tributária extrafiscal, destinada não a implementar o princípio da capacidade contributiva, mas a incentivar ou desincentivar o consumo de determinado produto. Nestes casos, o objetivo do igual sacrifício (fundamento da capacidade contributiva) fica necessariamente prejudicado. Sacha Calmon vai exatamente ao ponto[90]:

> "Sem a exacerbação da tributação não haveria como praticar a extrafiscalidade, que se caracteriza justamente pelo uso e manejo dos tributos, com a finalidade de atingir alvos diferentes da simples arrecadação de dinheiro. Nesses casos, a consideração da capacidade contributiva, que não está em causa, evidentemente é demasia."

Apesar do texto constitucional não vincular o critério da capacidade econômica em relação às taxas e às contribuições de melhoria (tributos vinculados a uma atuação estatal, o primeiro direta e o segundo indiretamente), o legislador está autorizado (e por vezes obrigado como no caso do art. 5º, XXXIV, da Constituição) a levar em conta a ausência de capacidade contributiva para conferir isenções ou outras medidas exonerativas em relação a cidadãos sem condições de arcar com o tributo[91].

Mas, ao contrário do que parece defender José Marcos Domingues Oliveira[92], é vedado ao legislador erigir taxas que diferenciem os contribuintes em função da maior ou menor capacidade econômica de cada um, porque neste caso o cânone do benefício ou equivalência, próprio dos tributos contraprestacionais, estaria sendo quase que substituído pela capacidade contributiva, o que é vedado pelo art. 145, § 2º, da Constituição e o art. 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não desnatura o caráter de taxa uma certa superioridade do seu *quantum* total sobre o custo do ser-

[89] Segundo José Maurício Conti, "os que defendem o uso do consumo como melhor critério para se medir a capacidade contributiva argumentam que o mais importante é analisar os gastos realizados pelo indivíduo. Isto porque entende-se que o consumo é um ato egoísta e anti-social, e portanto apenas ele deve ser penalizado pela tributação. A poupança e o investimento são atos benéficos à sociedade, e devem ser incentivados, não sendo justo tributar, e portanto penalizar, esse tipo de comportamento". CONTI, *op. cit.*, p. 42.

[90] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p. 84.

[91] Neste sentido, COÊLHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p. 83, BALEEIRO, *Limitações ...*, p. 695, MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 68, CONTI, *op. cit.*, pp. 59-65, TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, p. 87.

[92] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 49: "Por esta razão (e também por força da isonomia constitucional, que, iluminada pela noção de capacidade contributiva, determina que as pessoas em posições econômicas diversas paguem tributo diferenciado), as taxas admitem graduação em função de condições fácticas do contribuinte indicadoras de riqueza, podendo implicar em diferentes quantidades ou unidades de serviço público e, pois, de cobrança". Somente concordamos com o autor se a maior pujança econômica do contribuinte exigir objetivamente um serviço público ou um exercício do poder de polícia mais complexos e onerosos para os cofres públicos, pois do contrário haveria clara vulneração do art. 145, § 2º, da Constituição.

viço, mas de todo modo há de se exigir "uma equivalência razoável entre o custo total do serviço e o montante a que pode ser compelido a pagar o contribuinte" (Repr. 1.077-RJ, 28.3.84, Pleno, *RTJ* 112/59). Ou seja, nas taxas e nas contribuições de melhoria vigora o princípio da equivalência, ou do custo/benefício, sendo que sua implementação é vista como forma de tratar os cidadãos como iguais, diferentemente do caso dos impostos.

Neste particular a doutrina espanhola não discrepa da brasileira, como percebemos pela opinião de Ernesto Lejeune, da Universidade de Bilbao[93]:

> "No puede afirmarse que la capacidad contributiva esté totalmente ausente del mundo de las tasas. Los expedientes judiciales de pobreza para litigar son un buen ejemplo de cómo también en las tasas la capacidad contributiva puede ser tenida en cuenta, si no para graduar cuantitativamente la obligación tributaria, sí al menos para declarar la exención total o parcial de la misma. *Lo que ocurre, en definitiva, es que, en todo caso, el principio de capacidad contributiva juega co una menor intensidad, y de distinto forma, en materia de tasas.*" (destacamos)

Assim, pode-se dizer que nos impostos a medida geral da igualdade é o critério da capacidade contributiva, que funciona como razão *prima facie* para a repartição das cargas tributárias. São admitidos outros critérios de repartição, no caso dos impostos, que afastem a capacidade contributiva, como no caso da extrafiscalidade ou da praticabilidade, mas o critério que concorre com a capacidade contributiva deve ser *in casu* submetido a um rigoroso teste de proporcionalidade ou razoabilidade, em que se verifique se o desvio da capacidade contributiva é justificado por alguma regra ou princípio constitucional, se o meio utilizado é necessário e adequado para o atingimento daquele fim, e finalmente se vence um juízo de proporcionalidade, pelo qual são ponderados os diversos bens jurídicos envolvidos, com seus respectivos pesos.

Enquanto isso, no caso das taxas e das contribuições de melhoria[94] (tributos vinculados), o critério da equivalência ou do custo/benefício é a medida geral da igualdade, o que não impede que o critério da capacidade contributiva continue operando marginalmente, principalmente pelo lado da ausência de capacidade contributiva a fundamentar isenções e outras medidas exonerativas.

Em síntese sobre o assunto, disserta Sacha Calmon[95]:

> "Parece indiscutível hoje, na doutrina do Direito romano-germânico, que os impostos se baseiam no princípio da capacidade contributiva, numa característica do contribuinte, externa ao Estado enquanto ente político, e que as taxas e as contribuições se baseiam no princípio da

[93] VALCÁRCEL, Ernesto Lejeune. *Op. cit.*, p. 118.

[94] Segundo Ricardo Lobo Torres, "a contribuição de melhoria tem o seu fundamento no binômio realização da obra pública/mais valia, em que ambos os elementos se posicionam dialeticamente, sem corte ou contradição, o que corresponde exatamente à idéia de custo/benefício". TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 87.

[95] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. "Proposta para uma Nova Classificação dos Tributos a partir de um Estudo sobre a Instituição de Contribuição Previdenciária pelos Estados, Distrito Federal e Municípios", *in Contribuições Previdenciárias - Questões Atuais*. São Paulo : Dialética, 1996, p. 166.

retribuição, segundo o qual os contribuintes pagam um *quantum* para retribuir um serviço, benefício, ato ou obra, específicos e divisíveis, realizados pelo Estado para satisfazer demandas ou necessidades próprias daqueles, não havendo, por princípio, lugar para a capacidade contributiva, somente para a incapacidade contributiva (caso da isenção da taxa judiciária para os pobres em sentido legal)."

3.2.7 Capacidade contributiva, solidariedade e contribuições especiais (previdenciárias, corporativas e interventivas)

Problema muito mais complexo é o da relação entre capacidade contributiva e contribuições sociais, como as previstas na Constituição brasileira nos arts. 149 e 195. Dizemos que a questão é complexa pois a doutrina nacional ainda não chegou a um consenso sobre qual a natureza jurídica específica das contribuições sociais: se são impostos com destinação específica, se são ora impostos com destinação específica ora contribuições propriamente ditas, se são sempre contribuições propriamente ditas, apesar de por vezes terem base de cálculo própria de impostos.

Vejamos três posições a respeito da matéria.

O Professor Sacha Calmon sustenta que o nome "contribuição social" é utilizado pela Constituição de 1988 para se referir a dois grupos de exação: os impostos finalísticos e as contribuições propriamente ditas ("contribuições verdadeiras"). Os impostos finalísticos seriam, além das contribuições interventivas e corporativas, a contribuição social incidente sobre o lucro, a contribuição social incidente sobre a receita ou o faturamento, e a contribuição incidente sobre a folha de salários, todas previstas no art. 195 da Constituição e devidas pela empresa ou pelo empregador. O Professor Sacha Calmon tem tais exações como impostos finalísticos porque nelas não existe o caráter sinalagmático das contribuições especiais enquanto tributos vinculados: "são impostos afetados a fins determinados com o nome de contribuições. Examine-se o fato gerador de todas elas e sobressairá que todas são manifestações de capacidade contributiva e que, mesmo quando tal aspecto esteja obscurecido, como nas contribuições corporativas (sindicais ou associativas), inexistirá atuação do Estado direta, pessoal, especificamente relacionada à pessoa do contribuinte"[96].

Sendo impostos finalísticos, tais exações devem recair sobre os contribuintes segundo o critério de repartição tributária próprio dos impostos, o critério da capacidade contributiva. Assim, segundo se depreende da concepção sustentada por Sacha Calmon, a capacidade contributiva e seu subprincípio da progressividade seriam os critérios apropriados para tais exações. Diferentes de tais impostos finalísticos mostram-se as contribuições previdenciárias e assistenciais sinalagmáticas, as "contribuições verdadeiras"[97]:

> "Dentre as sociais *ressaltam as previdenciárias, pagas por todos os segurados proporcionalmente aos seus ganhos, para garantirem serviços médicos, auxílios diversos e aposentadorias. Estas são as verdadeiras contribuições que podem ser incluídas na espécie dos tributos vinculados a uma atuação específica do Estado relativamente à pessoa do contribuinte.* Os fatos geradores são prestações do Estado, eventuais (auxílios diversos, serviços médicos a qualquer momento, e, por último, aposentadoria e pensões *ad faturam*). Para obter tais prestações do Estado, específicas e pessoais, os segurados obrigatórios pagam contribuições compulsórias ao mesmo. (...) *Nas contribuições previdenciárias, o caráter sinalagmático da relação jurídica é irrecusável.* Nas demais contribuições, inclusive as sociais, este aspecto inexiste." (destacamos)

[96] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* Rio de Janeiro : Saraiva, 1999, p. 405.
[97] *Idem*, p. 404.

Em relação às contribuições "verdadeiras", porque sinalagmáticas, Sacha Calmon afasta o critério da capacidade contributiva e a técnica da progressividade, afirmando que nesta espécie o contribuinte não financia o sistema de seguridade para os outros, mas para si próprio, pelo que "então haveremos de falar da base de cálculo como sendo os vencimentos, e da alíquota como o índice que irá extrair dessa base o tributo, sempre proporcionalmente"[98].

Posição parecida é a sustentada por Ricardo Lobo Torres. Em seu *Curso de Direito Financeiro e Tributário* - 3ª edição, o autor, ao abordar o tema das contribuições sociais, não distingue os impostos finalísticos das contribuições sinalagmáticas, e coloca o princípio da solidariedade como critério de repartição da carga tributária apropriado às contribuições em geral. Para o autor, a contribuição social é a forma de financiamento direto da seguridade social, pelos que participam do mesmo grupo econômico, na posição de patrão, de empregado, ou de uma categoria profissional ou econômica. Ou seja, a contribuição social representaria um indivíduo, que faz parte de um grupo (econômico, social, profissional), retribuindo ao Estado um benefício concedido àquele grupo de que faz parte.

Veja-se como Ricardo Lobo Torres concebe a ligação entre contribuições sociais e princípio da solidariedade[99]:

> "*O princípio da solidariedade, ou, como preferem alguns, o princípio do benefício do grupo é o que informa a cobrança das contribuições econômicas e sociais.* Não se aplica aos impostos [capacidade contributiva] nem aos tributos contraprestacionais (taxas e contribuições de melhoria).
>
> Muito para notar *que a solidariedade cria o sinalagma não apenas entre o Estado e o indivíduo que paga a contribuição, mas entre o Estado e o grupo social a que o contribuinte pertence, considerado este às vezes em função do trabalho e da profissão e outras vezes em razão de situações existenciais (velhice, doença, gravidez, morte etc.).* Porém a solidariedade não se esgota em ser uma atitude frente ao Estado, senão que também opera dentro do próprio grupo: o princípio da igualdade e da proporcionalidade devem ser respeitados; *os subgrupos, como os dos patrões e dos empregados, seguem diferentes subprincípios derivados do princípio maior da solidariedade, como sejam os do equilíbrio do risco e do dever de assistência.*" (destacamos)

[98] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Proposta* ..., p. 173.
[99] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso* ..., p. 89.

A impressão que se poderia ter é a de que a contribuição social sobre o lucro, na visão de Lobo Torres, não configuraria imposto finalístico porque a exação é paga pelo empregador enquanto componente de um grupo econômico social que de alguma forma se relaciona com a prestação estatal de seguridade social.

Mas em artigo na obra *Estudos de Direito Tributário em homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto,* Ricardo Lobo Torres reconhece a existência de "contribuições sociais exóticas" que seriam na verdade impostos com destinação específica determinada pela própria Constituição. Sendo assim, este autor, da mesma forma que Sacha Calmon, vê como critério para estas exações a capacidade contributiva do contribuinte, e não o princípio de solidariedade[100]:

> "A Constituição de 1988 e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 12, de 1996, criaram as exóticas contribuições sociais sobre o faturamento, o lucro e as movimentações financeiras. *Nelas não há contraprestação estatal em favor do contribuinte, pelo que na realidade são impostos com destinação especial, incidentes sobre a renda, as vendas ou as transações bancárias.*
> *O fundamento dessas anômalas contribuições não é a 'solidariedade do grupo', mas a 'solidariedade' que informa a capacidade contributiva. Por evidente que, se se transformaram em impostos com destinação especial, passaram a exibir a mesma justificativa dos impostos: a capacidade contributiva fundada na solidariedade.* Perderam, como dizia Gilberto de Ulhôa Canto, a 'referibilidade que deve haver entre o sujeito passivo da contribuição para a seguridade social e a própria atividade a cujo custeio o produto da contribuição é destinado'. (...) Alguns juristas alemães apontam a injustiça e, não raro, a inconstitucionalidade da cobrança de contribuições sociais que perdem a sua natureza causal, transformando-se em autênticos 'impostos com destinação especial' (Zwecksteuern), nos quais a responsabilidade tributária recai sobre quem não aufere benefícios da ação estatal nem participa do grupo protegido." (destacamos)

Todavia, Ricardo Lobo Torres diverge de Sacha Calmon quanto à natureza da contribuição social devida pelo empregador incidente sobre a folha de salários, e ainda das contribuições interventivas e corporativas. Enquanto para o primeiro[101] trata-se de contribuições sociais legítimas a serem regidas pelo princípio da "solidariedade do grupo", para o segundo trata-se de impostos finalísticos, verificando também nestas exações a ausência de sinalagma que Lobo Torres reconhece somente nas contribuições sobre o faturamento, o lucro e as movimentações financeiras.

A terceira posição que analisamos é a de Wagner Balera, que reconhece e qualifica o sinalagma existente nas contribuições incidentes sobre o lucro, a folha de salários e o faturamento previstos na Constituição. Segundo Balera, as três contribuições sociais devidas pelo empregador previstas no artigo 195 da Constituição, incidentes sobre o lucro, o faturamento e a folha de salários, preenchem em tese (ao contrário do que sustenta Sacha Calmon) os requisitos erigidos por Geraldo Ataliba quanto à configuração jurídica das contribuições especiais propriamente ditas (sinalagmáticas): referibilidade entre a atuação estatal custeada pela contribuição e uma especial despesa causada pelo contribuinte ou pelo grupo de que faz parte, ou entre a atuação estatal custeada pela contribuição e uma especial vantagem referida ao contribuinte ou ao grupo de que faz parte[102].

Segundo Wagner Balera, o empregador faz parte de um grupo econômico restrito que provoca, ainda que indiretamente, especial despesa para o Estado, consistente no custo do sistema de seguridade social destinado aos seus empregados. Veja-se[103]:

> "Com efeito, mediante o pagamento do tributo em questão, o contribuinte - assim como a coletividade em geral - está sendo substituído pelo Poder Público na específica tarefa de proporcionar seguridade ao trabalhador.
> Temos, aqui, *o empregador, integrante de certo círculo especial de contribuintes que provocam especial despesa para o Estado. A atividade do empregador gera contingências sociais (por circunstâncias de extrema complexidade, que desbordam da esfera jurídica de explicação do fenômeno) que deflagram a atividade estatal da seguridade, pela qual são prestados aos trabalhadores benefícios e serviços sociais. Essas utilidades específicas devem ser custeadas, também de modo especial, pelos empregadores, como determina a Constituição. (...)*
> *Geraldo Ataliba,* nos percucientes estudos que desenvolveu sobre o tema, só considera identificada como verdadeira contribuição aquela figura tributária por força da qual se estabelece correlação lógica entre os beneficiários e os contribuintes. E *considera razoável 'entender constitucionalmente consentido que a lei exija contribuição ao industrial, em benefício do lazer, assistência social, educação, treinamento etc. do industriário.'*
> *Quanto maior proteção o Poder Público oferece aos obreiros e aos seus dependentes, tanto mais os mesmos se dedicam - com tranqüilidade - às atividades produtivas. Há um nexo entre produção e proteção!*" (destacamos)

Mas apesar destas colocações quanto à possibilidade em tese da existência do sinalagma nas contribuições previstas no art. 195 da Constituição, Wagner Balera reconhece que a legislação ordinária que instituiu as exações ali previstas não configurou o aspecto quantitativo da norma tributária de forma a prestigiar o caráter de contribuições sociais das exações, terminando por instituir meros impostos finalísticos. Veja-se o afirmado por Balera quanto à contribuição social sobre o lucro instituída pela Lei nº 7.689/88[104]:

[100] TORRES, Ricardo Lobo. "Solidariedade e Justiça Fiscal", *in Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto.* Rio de Janeiro : Forense, 1998, pp. 304-305.

[101] "No regime da CF 88, a solidariedade do grupo é o princípio de justiça que fundamenta as contribuições sociais de natureza previdenciária incidentes sobre a folha de salários, embora não o seja relativamente às que recaem sobre o faturamento e o lucro. A solidariedade fundamenta ainda as contribuições profissionais e as econômicas." TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade...*, p. 304.

[102] ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* São Paulo : Malheiros, 1980, p. 171.

[103] BALERA, Wagner. A contribuição social sobre o lucro, *in Revista de Direito Tributário* nº 67, São Paulo : Malheiros, s/d, p. 297.

[104] *Idem Ibidem,* pp. 311-312.

"*O conceito tributário de lucro, para os efeitos do imposto de renda, leva em conta o critério da capacidade econômica e admite certa progressividade.* Pode a lei, por conseguinte, estabelecer alíquotas diferenciadas, num crescendo, de tal sorte que a pessoa jurídica cujo lucro seja maior deverá sujeitar-se a alíquota maior e, conseqüentemente, a maior carga tributária do que aqueles que auferiram lucros menores ou nem chegaram a ter qualquer lucro.

No entanto, tal técnica não valerá, do mesmo modo, para a regra instituidora da contribuição sobre o lucro. Na contribuição, diferentemente do critério que deve se aplicar no imposto, a progressividade não pode considerar apenas e tão-somente o lucro. (...)

Eis a razão pela qual temos sustentado que, *em seu formato atual, o tributo incidente sobre o lucro, instituído pela Lei 7.689/88 e suas alterações posteriores não é 'verdadeira contribuição' (Geraldo Ataliba),* ainda que não se possa acoimá-lo, pelo menos quanto ao aspecto material, de inconstitucionalidade. (...)

A matéria tributável - o lucro -, medida da hipótese de incidência da contribuição social, de nenhum modo se relacionou com a vantagem diferencial auferida pelo empregador em razão da existência e funcionamento do aparato de proteção." (destacamos)

Não há como posicionarmo-nos sobre a matéria sem aprofundarmo-nos demoradamente sobre o conceito de contribuições sociais, e sem procedermos a um exame ainda que superficial da legislação previdenciária e da legislação tributária que instituiu as contribuições dos arts. 149 e 195 da Constituição brasileira (contribuição social sobre o lucro, Cofins, contribuição previdenciária sobre a folha de salários, PIS, contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições corporativas e outras). Como isto foge aos limites temáticos desta dissertação, limitamo-nos a formular o juízo de que o princípio da igualdade no campo das contribuições especiais "verdadeiras" (em que existe sinalagma real entre a atuação estatal custeada pela contribuição e despesas provocadas ou benefícios dirigidos ao grupo econômico ou social a que pertence o contribuinte) atua segundo parâmetros próprios não-reduzíveis à mera observância da capacidade contributiva (impostos) ou do princípio da retribuição (taxas e contribuições de melhoria), sendo que a menção do constituinte à *eqüidade* na forma do custeio das contribuições sociais (art. 194, V, da Constituição) relaciona-se de perto à noção de solidariedade social e à noção de correspondência atuarial entre prêmio de seguro, risco de sinistro e cobertura.

Parece-nos também que há claro desencontro entre o desígnio constitucional em relação aos tributos previstos no art. 195 e a forma pela qual tais tributos foram instituídos pelo legislador federal. O disposto no recente parágrafo nono do art. 195 da Constituição de 1988[105] parece indicar que a Constituição tem os tributos do inciso I do art. 195 como verdadeiras contribuições sinalagmáticas, nada obstante o legislador ordinário haja instituído impostos finalísticos voltados tão-somente para a capacidade contributiva do contribuinte.

[105] "Art. 195, § 9º. As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva da mão-de-obra."

3.2.8 Conclusão sobre a relação entre igualdade e capacidade contributiva: a justiça tributária e a justiça constitucional

Este é o momento em que podemos iniciar um processo de *ligação* entre as conclusões do primeiro e do segundo capítulos, e a matéria abordada neste terceiro capítulo.

As conclusões do primeiro capítulo, julgamos poder resumi-las no seguinte: justiça e igualdade *sempre* foram intimamente ligadas, tanto no domínio filosófico, quanto nos domínios jurídico e econômico. Mais do que seriar exaustivamente (mas sem tanta profundidade) tal relação entre justiça e igualdade na história das idéias filosóficas, julgamos que o essencial é examinar o que significa tal relação hoje, nas democracias contemporâneas em que vivemos (ou julgamos viver), e segundo os desígnios das próprias constituições históricas atuais.

Examinando o pensamento jusfilosófico de alguns dos autores mais representativos, e ainda nos baseando nos princípios definidos nas constituições dos principais países, vê-se que prevalece um certo conceito sobre o relacionamento entre justiça e igualdade que se espera de uma sociedade atual: um sistema jurídico será justo ou legítimo se *todos* os indivíduos da comunidade encontrarem, em suas vidas *concretas,* igualdade de condições materiais e espirituais para participarem do processo político-decisório, desenvolverem e realizarem seus projetos pessoais, suas aspirações e suas potencialidades culturais, enfim sua personalidade de forma ampla e livre. As desigualdades econômicas que forem conseqüência de tal diversidade de propósitos, ambições e projetos de vida entre os indivíduos são consideradas legítimas e expressão da liberdade inalienável de cada um de seguir seu próprio caminho; mas as desigualdade econômicas e sociais que conformarem diferentes oportunidades materiais para os indivíduos desenvolverem sua personalidade e exercitarem sua liberdade, diferentes pontos de partida sociais ou fatores moralmente arbitrários que impeçam ou dificultem o livre desenvolvimento das potencialidades humanas, são consideradas ilegítimas e é função primordial do Estado e da Sociedade engendrar instrumentos eficazes para eliminá-las.

Entendemos que este conceito, necessariamente aberto (mas não vago) conforma o núcleo da moralidade política das constituições contemporâneas, apontando para as características fundamentais da *justiça constitucional* colocada para as sociedades em que vivemos.

Alimentando e sendo alimentado por esta *justiça constitucional,* julgamos estar um *princípio de igualdade* que pode ser identificado de forma simples, ao dispor que todos os indivíduos devem ser tratados como iguais, merecendo todos o mesmo respeito e consideração por parte do Estado e por parte dos outros indivíduos. Tal princípio de igualdade, que pela influência da justiça constitucional em que se insere será necessariamente um *princípio de igualdade substancial,* vincula os três poderes do Estado, sendo que ao poder judiciário cabe controlar o respeito das leis e dos atos administrativos ao referido princípio, segundo cânones e técnicas de controle específicas engendradas de forma a, a um só tempo, respeitar a liberdade conformadora do legislador (e assim o princípio democrático da maioria) e garantir a eficácia do princípio, o qual não é mera indicação ou sugestão ao executivo e ao legislativo, mas um direito fundamental vinculante.

Neste contexto que emerge dos dois primeiros capítulos, e adentrando já o tema do terceiro capítulo, podemos afirmar que a *justiça tributária* deve ser necessariamente uma especificação, no campo da atividade tributária do Estado, daquela *justiça constitucional* cujas características apresentamos acima. Pois bem. Durante grande parte do século XX, prevaleceu no direito tributário, por influência do italiano Benvenuto Grizzioti e da escola de Pádua (depois reafirmada por Manzoni), a noção de que a justiça tributária se resume na prevalência suprema da capacidade contributiva, segundo a qual os contribuintes devem arcar com o ônus tributário de forma a que todos tenham o mesmo sacrifício, um sacrifício igual. Assim, o direito tributário caracterizava-se como um ramo do direito no qual o princípio amplo da igualdade transformava-se num princípio específico, o qual realizava integralmente, neste ramo particular do direito, o que o princípio amplo da igualdade determinava quanto à justiça constitucional.

Esta concepção, que segundo Taboada[106] correspondeu ao período do apogeu da capacidade contributiva, incidia em dois equívocos: em primeiro lugar, o princípio da igualdade não significa em sua essência tratar a todos igualmente, nem mesmo quando o critério de comparação seja o *sacrifício* tributário. Aqui é necessário fazer uma distinção que nem todos os autores percebem: o princípio da capacidade contributiva não é a aplicação da regra "tratar os desiguais desigualmente", mas a regra "tratar os iguais igualmente". Pode parecer que, determinando que o rico desembolse mais dinheiro do que o pobre, o princípio estaria operando a máxima de que se deve tratar desigualmente os desiguais. Mas a fundamentação teórica do princípio, a teoria do sacrifício vista *supra,* mostra-nos que a capacidade contributiva é o critério pelo qual *os iguais são tratados igualmente,* na medida em que o rico, mesmo desembolsando mais dinheiro do que o pobre, tem o mesmo sacrifício do que este.

Mas voltando ao apogeu da capacidade contributiva, dizíamos que o primeiro equívoco era considerar que a capacidade contributiva podia por si só e com exclusividade "dar conta" de implementar, no campo tributário, a igualdade como valor constitucional. Ora, isto significava uma concepção positivista, reducionista e esvaziadora da dimensão axiológica do princípio da igualdade, que além disso transportava sem mais uma noção da ciência das finanças, criado por economistas, para ocupar o lugar de um princípio jurídico, e mais, um princípio de suma relevância constitucional. O outro equívoco desta concepção era não perceber uma peculiaridade histórica e ideológica da capacidade contributiva: este princípio, unido ao de generalidade e universalidade, expressava a rigidez, no âmbito tributário, com que o regime liberal-burguês do século XIX tratava o tema da igualdade *de iure,* ou da igualdade de tratamento jurídico, que se relaciona de perto com a *neutralidade* então exigida em relação à atuação do Estado. Aqui também se evidencia o equívoco daqueles que interpretam a capacidade contributiva como "tratar desigualmente os desiguais", pois a capacidade contributiva era vista como a melhor forma de garantir igualdade *de iure* e neutralidade, exatamente por que distribuía o sacrifício igualmente entre os indivíduos e não alterava a realidade social.

Evidência desta rigidez e da autonomização da capacidade contributiva como encarnação da justiça tributária foi o repúdio que os doutrinadores do apogeu da capacidade contributiva mostraram a qualquer tipo de tributação extrafiscal que buscasse transformar a realidade econômica ou social.

[106] TABOADA, *op. cit.*, pp. 129-131.

Outra solução, dentro da corrente que representa o apogeu da capacidade contributiva como figura que "encarna em si" o princípio da igualdade, é a de buscar compatibilizar ou mesmo defender a extrafiscalidade com base na capacidade contributiva. Entre nós, José Marcos Domingues de Oliveira caminha nesta senda, ao dizer que o fenômeno da extrafiscalidade seria "excepcional", que a finalidade redistributiva da extrafiscalidade "corresponde ao conteúdo igualitário da capacidade contributiva", e finalmente que "a destinação extrafiscal do tributo não altera a natureza jurídico-constitucional do instituto e não libera o legislador para, através dele, burlar a Constituição e o senso comum de Justiça"[107].

Respondemos ao autor o seguinte: em primeiro lugar, não nos parece correto dizer que a extrafiscalidade é fenômeno "excepcional", principalmente nos Estados Sociais que têm como missão constitucional criar igualdade fática entre as regiões e as classes sociais. Em segundo lugar, o "conteúdo igualitário" da capacidade contributiva surgiu como resposta às discriminações estamentais do Antigo Regime e aponta para a igualdade de sacrifícios dos contribuintes e para uma tributação neutra, não se podendo em absoluto predicar uma veia redistributiva para a capacidade contributiva[108]. Finalmente, é claro que a extrafiscalidade deve sempre ser praticada através de uma lei que não pratique arbitrariedade, que preveja um tratamento que mantenha relação lógica que a finalidade extrafiscal e que esteja em conformidade com os valores constitucionais relevantes no caso, enfim, a tributação extrafiscal realmente deve respeitar o senso comum de Justiça, mas este não se reduz à regra da capacidade contributiva, como parece indicar a argumentação de Domingues Oliveira.

Quando a realidade do Estado Social intervencionista, que sempre fez forte uso da extrafiscalidade, colocou às claras a inconsistência da corrente "glorificadora" da capacidade contributiva, o desencanto foi tamanho que assistiu-se a um período de crise da capacidade contributiva, que passou a ser considerada mera indicação programática ao legislador, e sem eficácia para autorizar o judiciário a examinar a constitucionalidade de uma lei em função do respeito ou não ao princípio da capacidade contributiva. Essa corrente "desencantada" e "desiludida" com a capacidade contributiva foi buscar inspiração em Giannini, grande rival de Grizzioti, que via na capacidade contributiva nada mais que uma veleidade[109].

Acreditamos que, após todas estas vicissitudes, restou claro que o princípio que orienta a justiça tributária é o princípio da igualdade, sendo a capacida-

[107] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 55.

[108] VALCÁRCEL, *op. cit.*, pp. 144-145. Além disso, demonstrando que também na doutrina alemã não prevalece a conclusão de Domingues Oliveira segundo a qual a capacidade contributiva e seu conteúdo igualitária estariam também informando a tributação extrafiscal, vejamos a opinião de Klaus Tipke: "No que o direito tributário se compõe de normas com objetivo social, dominam outros princípios que não o da capacidade contributiva. Podem ser princípios de política social, econômica, cultural ou de saúde. Objetivos sociais no mais amplo sentido justificam o desvio do princípio da capacidade contributiva". TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário, *in Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira.* São Paulo : Saraiva, 1984, p. 526.

[109] TABOADA, *op. cit.*, p. 128.

de contributiva um subprincípio importante e atuante, mas não o único. Quem há de negar que o tributo é um instrumento poderosíssimo para a redução das desigualdades sociais e regionais, para a construção de um quadro econômico de "igualdade eqüitativa de oportunidades"? E quem há de negar que tal redução de desigualdade substancial é tarefa essencial do Estado Democrático de Direito? Pois bem. Agora se pergunta: uma política legislativa que construa potentes instrumentos de extrafiscalidade e os faça atuar com eficácia estará respeitando o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual todos têm que arcar com o mesmo sacrifício? Claro que não. E no entanto tal política legislativa estará realizando em cheio o valor *justiça tributária,* se considerado este como especificação do valor *justiça constitucional.*

No caso da tributação extrafiscal, sim, pode-se dizer que se aplica a regra de tratar desigualmente os desiguais, pois para reduzirem-se desigualdades fáticas sociais e regionais (tarefas exigidas pela Constituição brasileira em vários dispositivos) é necessário impor diferentes sacrifícios aos diversos contribuintes, ao contrário da capacidade contributiva que manda que todos tenham um sacrifício igual e assim não é tão própria para criar igualdade fática quanto a tributação extrafiscal.

Veja-se a explicação de Ernesto Lejeune[110]:

> "*Colocar el principio de igualdad en el lugar de primacía que hasta ahora acupaba el principio de capacidad contributiva, no significa que éste deba ser arrinconado, ni mucho menos eliminado del campo tributario.* (...)
> En efecto, del doble mandato del principio de igualdad - mantener las situaciones de igualdad preexistentes y corregir las situaciones de discriminación -, el principio de capacidad económica sólo tiene respuesta para el primero de ellos. Y ello porque tributar com arreglo o en proporción a la capacidad económica significa producir efectos iguales en la renta y patrimonio de los sujetos sometidos as impuesto (...). Pero el principio evidentemente no es aplicable respecto de situaciones de discriminación que se pretendem corregir, ya que entonces el impuesto há de incidir sobre los sujetos de forma desigual, a efectos de traer a quienes se encuentram en una situación de discriminación a una situación de igualdad relativa respecto de otros, lo que no se produciria de tributarse en estos casos com arreglo el principio de capacidad económica." (destacamos)

Em conclusão, temos para nós que a *justiça tributária* é a especificação, no terreno tributário, da *justiça constitucional*[111]. Esta, por sua vez, adquire com o

[110] VALCÁRCEL, *op. cit.*, p. 145.

[111] VALCÁRCEL, *op. cit.*, p. 135. Sustentando um posicionamento que, podemos dizer, compartilha com as posições sobre a igualdade de Dworkin, Rawls e Bobbio antes apresentadas, Ernesto Lejeune concebe o princípio jurídico da igualdade como o critério segundo o qual o direito positivo deve estruturar-se e aplicar-se com vistas a alcançar a igualdade substancial como situação. Mas igualdade como situação não é o mesmo que igualitarismo, o qual, partindo da afirmação de que todos os homens nascem iguais, chega à conclusão de que todos os homens no desenrolar de sua vida devem permanecer iguais em todos os aspectos, dispor de meios iguais para satisfazer iguais necessidades. A justiça constitucional quer igualdade, não igualitarismo, sendo que o primeiro conceito vai em busca de uma liberdade igual, e o segundo sufoca a própria liberdade: "Primero, porque

Estado Democrático de Direito uma dimensão fundamental, que aponta para a eliminação das desigualdades fáticas ilegítimas, que impedem o livre exercício das liberdades individuais. Ora, se a justiça tributária reduzir-se exclusivamente ao critério da capacidade contributiva, o atendimento daquela dimensão de construção de igualdade substancial ficaria prejudicado, pois o que a capacidade contributiva aponta é para um critério de neutralidade, segundo o qual os indivíduos devem submeter-se a um mesmo sacrifício tributário.

Assim sendo, a tributação extrafiscal, com seus vários objetivos e princípios informadores, choca-se com o princípio da capacidade contributiva, mas deste choque nem decorre a derrogação da capacidade contributiva (ver colisão de princípios da teoria de Alexy), nem decorre que a igualdade foi desrespeitada, desde que a extrafiscalidade não se dê pela via dos favoritismos ilegítimos e da criação de privilégios e discriminações odiosos[112].

Em resumo, a capacidade contributiva tem um lugar muito importante (inclusive com previsão expressa constitucional) enquanto subprincípio principal que especifica, em uma ampla gama de situações o princípio da igualdade tributária (principalmente os impostos de arrecadação estranha a fins extrafiscais), todavia não deve ser vista como encarnando totalmente em si o próprio princípio da igualdade tributária, pois o critério da capacidade contributiva não tem condições de, no contexto de um Estado Democrático de Direito, fundamentar a totalidade do fenômeno tributário, o qual por sua vez não deve ser visto como algo isolado, mas como algo integrado nos valores que plasmam a justiça constitucional.

3.3 Igualdade, Proporcionalidade e Progressividade

As divergências de opiniões sobre a progressividade e proporcionalidade de alíquotas nos impostos, principalmente sobre a renda, podem ser classificadas em dois campos: o primeiro é o campo da ciência das finanças e das teorias e subteorias do sacrifício; o segundo é o campo político-ideológico, em que se digladiam concepções mais socializantes e concepções mais liberais.

Já vimos que o cânone da capacidade contributiva fundamenta-se na *teoria do sacrifício,* segundo a qual os encargos tributários devem ser repartidos de

> si la libertad supone la posibilidad de decidir sobre el próprio devenir personal y, por tanto, sobre la posibilidad de colocarse en situaciones distintas respecto de otros, el igualitarismo (por la finalidad que persigue) sería la más perfecta antítesis de la libertad, su propia negación, y éste es un valor muy principalmente protegido por la Constitución. En segundo lugar, porque la Constitución, al admitir, como elemento fundamental del Estado social de Derecho que trata a configurar, la iniciativa privada, la propiedad privada y el derecho a la herencia, está admitiendo implícitamente la posibilidad de desigualdades económicas." - p. 133. Há desigualdades relativas legítimas para Ernesto Lejeune "si desde ellas los distintos individuos, a pesar de las diferencias económicas que puedan separarlos, están en condiciones de cubrir sus necesidades como hombres y desarrollar íntegralmente su personal proyecto de vida, o, en palabras de la Constitución, tienen la posibilidad de participar libremente en la vida política, económica, cultural y social del país." (p. 133).

[112] Isto demonstra o terrível equívoco em dizer-se que o "princípio da igualdade tributária" no direito brasileiro está positivado no art. 150, II, da Constituição, que contém tão-somente uma exemplificação da generalidade e da universalidade do imposto de renda, não contendo toda uma ampla gama de conceitos que irão conformar a idéia de igualdade tributária como especificação do princípio constitucional da igualdade.

modo a que todos arquem com o mesmo sacrifício, um sacrifício igual. Isto poderia indicar, então, que tanto o rico quanto o pobre deveriam pagar a mesma quantidade de reais, como nos impostos de capitação. Todavia, a ciência econômica - principalmente com a influência da economia utilitarista - há muito chegou à conclusão (aliás intuitiva) de que a utilidade de R$ 1,00 não é a mesma para alguém que ganha mensalmente R$ 50,00 e para alguém que ganha mensalmente R$ 5.000,00. A utilidade de R$ 1,00 para o primeiro é muito maior do que a utilidade para o segundo, pelo que o segundo deve recolher mais reais para arcar com o mesmo sacrifício em que incorre o primeiro (daí dizermos que a capacidade contributiva não exige tratar os desiguais desigualmente, mas tratar os iguais igualmente)[113].

Esta primeira aproximação constata algo que os economistas chamam de curva decrescente da utilidade marginal da renda em função da renda percebida. Ou seja, à medida que a renda cresce, diminui a utilidade acrescentada ao total pelo último real ganho - daí o termo utilidade marginal, onde marginal quer dizer o da margem, o último. Pois bem. Sendo assim, afastado está o tributo cobrado por capitação, valendo dizer que este aliás foi afastado pelos regimes que se instauraram após a queda do absolutismo, mesmo antes destes refinamentos da teoria econômica, pois a desigualdade do tributo por capitação é algo intuitivo, captável pelo senso comum.

Afastado o tributo por capitação *(pool-tax),* e aceita a tese da utilidade marginal decrescente da renda obtida, outras teorias surgiram no âmbito da ciência das finanças: a teoria segundo a qual o sacrifício deveria ser igual em termos absolutos e a teoria segundo a qual o sacrifício deveria ser proporcional, por exemplo.

Segundo a primeira teoria, se o governo necessita de arrecadar *x* reais, ele deve dividir a carga tributária entre *n* indivíduos não de modo que cada um pague *x/n* reais (capitação), mas de modo a que cada um perca com a quantia paga o mesmo número *y* de utilidades (igualdade absoluta de sacrifício). Ora, como cada real do rico tem menos utilidade do que cada real do pobre, exigir-se-á mais reais do rico e menos reais do pobre, de modo a que cada um perca o mesmo número *y* de utilidades.

Segundo a segunda teoria, a exigência é diferente. Não se exigirá que o cidadão pobre perca o mesmo número *y* de utilidades que o rico; exige-se que o pobre e o rico percam a mesma proporção de utilidades em função da utilidade total de suas rendas. Assim, se o total de utilidades de toda a renda do pobre é *x,* e o total de utilidades da renda do rico é *y,* a igualdade de sacrifícios é obtida quando o pobre paga uma quantidade de reais cuja perda de utilidades representa em relação a *x* o mesmo que a perda de utilidades dos reais pagos pelo rico representa em relação a *y* - daí teoria do *sacrifício proporcional.*

[113] Poder-se-ia dizer que o princípio da capacidade contributiva predica que pessoas com diferentes capacidades contributivas devem contribuir com quantias diferenciadas. No entanto, o essencial para o princípio da capacidade contributiva não é a desigualdade das quantias, mas a igualdade do sacrifício, daí a sustentação da técnica da progressividade, como adiante veremos. Se o essencial para a capacidade contributiva fosse que sujeitos com capacidade diversa pagassem quantias diversas (e assim a regra seria tratar desigualmente os desiguais), então a proporcionalidade já atenderia a capacidade contributiva, e não haveria sentido a proposta da progressividade, pelo menos em termos de aprimoramento da própria capacidade contributiva, como defenderam seus adeptos.

Finalmente há a teoria do sacrifício mínimo, segundo a qual, se o governo necessita obter determinada quantia com a tributação, ele deve retirar tal quantia dos indivíduos de modo a causar a menor perda global possível. Segundo esta teoria, por exemplo, se o governo precisa de arrecadar R$ 100.000,00, ele deve começar a arrecadar quantia pelos ricos, pois os reais assim arrecadados representam a perda de menos utilidade, e somente quando a utilidade dos reais arrecadados dos ricos se igualar à utilidade dos reais dos pobres, é que estes deverão ser tributados[114].

Pode-se dizer que a primeira teoria aponta para uma proporcionalidade, a segunda tende a uma progressividade, e a terceira tende à igualação das rendas.

A aplicação destas teorias é de extrema dificuldade, pois elas supõem que (a) exista uma realidade econômica que registre o real sacrifício tributário do indivíduo (renda, consumo, patrimônio), (b) pode-se encontrar a taxa decrescente das curvas de utilidade marginal da renda de cada indivíduo, e (c) podem-se realizar comparações entre os indivíduos através de uma mesma medida cardinal de utilidade.

Da leitura de Musgrave, chega-se à conclusão de que há certa tendência de que os impostos com alíquotas progressivas satisfaçam melhor a teoria da igualdade de sacrifícios (e portanto a capacidade contributiva) do que os impostos com alíquotas fixas. Mas daí a dizer-se que a progressividade sempre é tecnicamente mais indicada que a proporcionalidade é um exagero[115]:

> "O caso do sacrifício proporcional é mais difícil. Sente-se uma certa tentação em concluir que a estrutura das taxas deve ser progressiva, desde que a utilidade marginal da renda decline. Se a utilidade marginal for constante, o igual sacrifício proporcional deixa clara a necessidade de uma taxa proporcional de impostos. Se a curva agora inclinar-se para baixo, enquanto os pagamentos de impostos permanecerem inalterados, haverá a impressão de que o contribuinte de alta renda cederá uma fração menor de sua utilidade total do que o contribuinte de renda baixa. Assim, uma curva de taxas progressivas parece fazer-se necessária. Mas, como o demonstraram Cohen-Stuart e Edgeworth, tal conclusão não é válida. *A mera condição de uma curva decrescente da utilidade marginal da renda nem sempre leva à progressão. (...)*
> *Já que a intuição pouco nos diz a respeito da taxa à qual a utilidade marginal da renda decresce, não podemos supor que o igual sacrifício marginal deve solicitar progressão no caso típico. Certamente não há razão para supormos que isso deve sempre ocorrer.*" (destacamos)

Esta incursão no domínio da ciência das finanças tem o objetivo de demonstrar que não se pode defender a progressividade das alíquotas como a solução

[114] Estas três teorias são bem explicadas por: LAPATZA, *op. cit.,* p. 7 quanto por CONTI, *op, cit.,* pp. 81-84, UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário,* São Paulo : RT, pp. 77-81, e ainda por: FRANCO, António Luciano Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro,* pp. 193-194; e BALEEIRO, *Uma Introdução...,* pp. 202-211.

[115] MUSGRAVE, Richard A. *Teoria das Finanças Públicas.* São Paulo : Atlas, 1973, 1º vol., p. 35.

científica ou tecnicamente perfeita para implementar o princípio da capacidade contributiva. O que há é um consenso de que a renda é amealhada segundo uma curva decrescente de utilidade marginal, e que tal fato desclassifica a capitação e tende a levar à progressividade, mas não necessariamente, pois é impraticável a comparação intersubjetiva das curvas de utilidade, e não se sabe também a taxa em que a utilidade marginal decresce em cada faixa de uma mesma renda[116].

Por outro lado, não se pode aceitar a desclassificação pura e simples da progressividade como algo sem base teórica na ciência das finanças e meramente ideológica ou idealista[117]. Na verdade, há sim um aspecto ideológico na progressividade, e um aspecto ideológico muito caro aos Estados Democráticos de Direito, cujas constituições, por isso mesmo, o positivaram.

Estamos nos referindo às potencialidades extrafiscais, ou extra-arrecadatórias do tributo, que se converte no Estado Social num poderoso instrumento de erradicação de igualdades socioeconômicas ilegítimas. Dada a conotação do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, e as ligações acima descritas entre a justiça tributária, a progressividade pode e deve ser legitimada também enquanto técnica extrafiscal.

José Maurício Conti, em seu trabalho específico sobre a matéria, concluiu o seguinte[118]:

> "6.11. A tributação progressiva é a forma de tributação que melhor obedece ao princípio da capacidade contributiva, pois via igualar o sacrifício dos contribuintes e obter, assim, a eqüidade vertical.
> 6.12. A progressividade pode ser legitimamente utilizada como instrumento de extrafiscalidade, seguindo objetivos de política fiscal, caso em que o princípio da capacidade contributiva é de observância restrita, apenas no que se refere à não tributação do mínimo vital e à não-utilização de tributo com efeitos confiscatórios".

Assim, há duas formas básicas de abordar a progressividade, uma fundamentação segundo a própria noção de capacidade contributiva e igualdade de sacrifícios (utilidade marginal decrescente dos recursos econômicos), e outra fundamentação segundo o valor constitucional da busca da redução das desigualdades econômicas e sociais (princípio do Estado Social). Ambas predicam a aplicação da igualdade, mas se diferenciam em que a primeira trata da igualdade na lei (igualdade de tratamento), e a segunda da igualdade através ou por meio da lei (igualdade de situações ou igualdade de resultados). Seja por uma seja por outra fundamentação, acreditamos que não é o fato da progressividade não ter

[116] Segundo já advertia há tempos Baleeiro, "Kendrick, contemporaneamente, desenvolvendo reparo de Pigou, contesta a aplicação da teoria da utilidade marginal para fundamento da progressividade. Os vários bens atingem aquelé limite de utilidade marginal, em que a necessidade inteiramente satisfeita já não encontra préstimos neles. Mas - objeta o autor americano - o dinheiro é bem de natureza especial, como meio de obtenção de qualquer dos outros. As satisfações que prodigaliza são ilimitadas porque não se restringem a uma determinada coisa. Quantos possuem o dinheiro ainda mais o desejam, porque novas necessidades do gozo, prestígio mundano, vaidade, requintes de civilização e cultura lhes aguçam o apetite. Outra deverá ser, então, a fundamentação dos impostos progressivos". BALEEIRO, *Uma Introdução...*, p. 207.

[117] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo : Saraiva, 1990, tomo I, 6º vol., p. 283.

[118] CONTI, *op. cit.*, p. 98.

sido afirmada expressamente no § 1º do art. 145 que sua utilização esteja vedada em relação aos outros impostos que não o imposto de renda.

Ora, há argumentos ideológicos fulcrados em uma interpretação razoável dos valores positivados na Constituição, e dentre eles os argumentos que apontam para a total adequação do imposto progressivo como instrumento de distribuição de riqueza no contexto de um Estado Social, e argumentos ideológicos que se chocam com os valores positivados na Constituição, dentre os quais os argumentos desprovidos de fundamentação histórica ou econômica segundo os quais os países que instituem alíquotas progressivas dos impostos sobre a renda e sobre o patrimônio promovem violenta fuga de capitais, depressão econômica e desestímulo ao investimento. Contra tais argumentos[119], basta recomendar a leitura das estatísticas econômicas que mostram que, no período de 1945 a 1973 as economias capitalistas cresceram a taxas assustadoramente altas (a chamada Era de Ouro segundo Hobsbawm[120]) e justamente neste período foi montado o aparato do *Welfare State*, que contava com impostos com expressiva progressividade de alíquotas. Sobre o assunto, com riqueza de detalhes estatísticos, escreveu Sacha Calmon artigo intitulado "O imposto de renda - Progressividade - Situação da Europa dos Doze (CEE) - Comparação com o Brasil - Rendimentos para uma Reforma Tributária Justa e Eficaz"[121].

Nos países desenvolvidos, a progressividade é de média a alta no imposto sobre a renda, e decididamente alta no imposto sobre sucessões. Em relação a este último, a idéia é a de que a tributação alta reduz as diferenças quanto aos "pontos de partida" de cada pessoa em busca da realização de seus projetos, sendo que é um fato moralmente arbitrário, segundo Rawls por exemplo, o indivíduo ter nascido numa família rica ou pobre, e assim deve-se procurar reduzir as diferenças de riqueza em prol de uma igualdade eqüitativa de oportunidades. A elite dos países capitalistas avançados parece mesmo muito mais "avançada" do que a elite brasileira.

3.3.1 Progressividade como decorrência lógica da capacidade contributiva

Toda a discussão sobre a progressividade que se trava na doutrina brasileira resta prejudicada em outras paragens, como na Itália, na Espanha e na Alemanha. É que nestes países hoje já se tem como certo que a capacidade contributiva tem por fundamento o princípio de solidariedade.

Com efeito, pode-se traçar a seguinte seqüência histórica no que tange à fundamentação da capacidade contributiva: em primeiro lugar, ela foi fundamentada nas teorias do benefício (conforme depreendemos do cânone da capacida-

[119] Baleeiro lembra que "hoje, os impostos progressivos são universais. Parece que não existe nenhum país, em grau apreciável de civilização que os não empregue. (...) Os autores mais insuspeitos de países capitalistas aceitam, em princípio, o critério progressivo. (...) Quando um critério financeiro está consagrado pelo uso de todos os países, tem por si o apoio da consciência universal. Todavia, ainda não foi encerrado o debate teórico". BALEEIRO, *Limitações* ..., pp. 753-4.

[120] Eric Hobsbawm trata deste período com riqueza de detalhes às páginas 253-282 de sua obra antes citada.

[121] *In Imposto de Renda - Conceitos, Princípios e Comentários.* São Paulo : Atlas, 1996, pp. 125-131.

de contributiva por Adam Smith)[122], de cunho contratualista (século XVIII)[123]; depois, com os utilitaristas do século XIX (e principalmente a partir de Stuart Mill) firmou-se a teoria do sacrifício igual, que nada obstante bastante diferente da teoria do benefício ostentava o mesmo viés individualista. Já no século XX, com a realidade do Estado Social, a capacidade contributiva foi colorida de maior caráter social (em detrimento do individualismo das teorias anteriores) e vista como decorrente do princípio da solidariedade. Veja-se a doutrina de Pedro Manuel Herrrera Molina[124]:

> "La contribución al interés general mediante el sistema impositivo no tiene el sentido de contraprestación por un beneficio ni es expresión de um 'interés' individual. Representa, por el contrario, una exigencia del carácter social de la naturaleza humana: el principio de solidariedad. (...) *En la doctrina más moderna, há renacido el interés hacia el principio de solidaridad como fundamento del ordenamiento financiero.* La literatura española lo considera el fundamento del dever de contribuir. En Italia, el profesor Moschetti estima que el deber de 'todos' a 'concurrir a los gastos públicos en relación a su capacidad contributiva' es expresión del genérico deber de solidaridad económica, política y social recogido en el art. 2 de la Constitución. (...) Pues bién, *el principio de solidaridad exige una colaboración al interés general en función de la riqueza de que se disponga, com independencia del 'sacrificio' subjetivo que esto suponga y de la 'utilidad' que se perciba de los servicios públicos. La capacidad económica constituye la proyección del principio de solidaridad sobre el reparto de las cargas públicas.*" (destacamos)

Por isto mesmo, tanto a constituição italiana quanto a constituição espanhola estabelecem em um mesmo dispositivo a capacidade contributiva como critério da repartição dos encargos tributários, e a progressividade como técnica mais apropriada para fazer valer a capacidade contributiva (fundamentada, como vimos, no princípio da solidariedade):

> "Art. 53 (Constituição italiana) - Tutti sono tenutti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacitá contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività."
>
> "Art. 31 (Constituição espanhola) - Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo com su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio."

Na Alemanha, apesar de nem a progressividade nem a capacidade contributiva serem previstas expressamente em dispositivos constitucionais, desde 1958[125] a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal baseia a exigência

[122] UCKMAR, *op. cit,* pp. 72-76.

[123] Confirmando a ligação de tal teoria inicial com os albores do liberalismo econômico e político cfr. DÓRIA, A. R. Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e* "Due Process of Law". Rio de Janeiro : Forense, 1986, pp. 37 e ss.

[124] MOLINA, Pedro M. Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán.* Madrid : Marcial Pons, 1998, p. 94.

[125] Julgado do BverfGE de 24.06.58 (BverGE 8, 51, 64), *apud* MOLINA, *op. cit.*, p. 127.

de progressividade tributária no próprio princípio genérico de igualdade contido no art. 3º da Constituição Alemã.

Assim, nestes países a discussão que aqui travamos sobre se o mero respeito à capacidade contributiva leva necessariamente à progressividade não tem o menor interesse, sendo questão já superada doutrinária e jurisprudencialmente[126].

No que tange à doutrina alemã, vejamos em linhas gerais a doutrina de Klaus Tipke sobre a justiça tributária e seu relacionamento com a igualdade e com a capacidade contributiva, a partir de um artigo do famoso Professor alemão da Universidade de Colônia traduzido para o português pelo Professor Brandão Machado[127]. Como veremos, Klaus Tipke não parece assentar a capacidade contributiva no princípio do Estado Social, como afirma Molina[128], mas (com razão, a nosso sentir) parece assentar a capacidade contributiva no princípio da igualdade de sacrifícios (ou então numa *solidariedade* que não se reduz à *solidariedade* do Estado Social), e a progressividade no princípio do Estado Social.

Inicialmente, o teórico alemão adverte para a existência de normas constitucionais sobre a igualdade ostentando diversos índices de eficácia, desde o caráter de mera declaração solene, até o caráter vinculativo tanto do legislador quanto do administrador tributário. Não parece haver dúvidas, no particular, de que nosso sistema jurídico encaixa-se nesta última hipótese, de máxima eficácia.

Tipke critica com veemência tanto os conceitos vagos de igualdade, que remontam abstratamente à idéia de justiça (num círculo vicioso, já que a própria idéia de justiça contém inegável colorido de igualdade), quanto os conceitos que confundem igualdade com identidade[129], gerando, estes últimos, a chamada "teoria das pêras e das maçãs"[130]. Percebe-se que Tipke critica uma certa linha aplicativa do cânone da proibição geral do arbítrio ("Willkürverbot") pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que veremos com detalhes nas seções seguintes.

Reconhecendo que não é qualquer fator diferenciador que pode justificar um tratamento desigual, Tipke propõe que o critério fundamental para diferenciar a discriminação lícita da discriminação ilícita é o princípio de sistematização, definido como "o critério de comparação ou de Justiça estabelecido compulsoriamente pelo legislador para determinados assuntos legalmente disciplinados"[131].

[126] MOLINA, *op. cit.*, p. 127.

[127] TIPKE, Klaus, Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário, *in Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira.* São Paulo : Saraiva, 1984.

[128] MOLINA, *op. cit.*, p. 94, nota 36.

[129] "A igualdade, que se distingue da identidade, é sempre relativa. O que é completamente igual é idêntico. O princípio de que o igual deve ser tratado igualmente não quer dizer idêntico, mas relativamente igual." *Idem,* p. 519.

[130] "Em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal se diz que o princípio de igualdade impõe que apenas os casos iguais sejam tratados igualmente. Mas, como é difícil haver dois casos que sejam completamente iguais, poderia deixar de aplicar o princípio de igualdade, apontando quaisquer desigualdades. Friauf chamou a isso 'teoria das peras e das maçãs': maçãs não são peras, e, assim, se devem tratar juridicamente as maçãs de modo diferente de como se tratam as peras. Mostra-se alguma diferença: forma, sabor, cor etc., e, sem maior exame, daí se tira a conclusão automática de que, em razão das diferenças existentes, será permitido um tratamento desigual, que de qualquer modo não parecerá arbitrário". *Idem,* p. 519.

[131] *Idem,* p. 520.

O respeito à capacidade contributiva é um princípio de sistematização no campo tributário. Sendo assim, a capacidade econômica será o critério que determinará o que num caso concreto pode ser reputado desigual. Assim, as discriminações não são autorizadas abstratamente ou de uma maneira geral, mas através do recurso ao sistema e ao princípio fundante do ramo jurídico tributário[132]:

> "O que num caso concreto é igual ou desigual não se pode estabelecer abstratamente ou de modo geral, mas apenas através de recurso ao sistema e aos princípios de determinado ramo jurídico. Assim, no direito penal, importa abranger todos os criminosos, nada importando se eles são ricos ou pobres. (...) No direito tributário a capacidade de contribuição fiscal e econômica desempenha um papel especial. Quem não tem esta capacidade deve ser tratado de modo diverso de como se trata quem a tem."

Com efeito, é a idéia de capacidade contributiva que faz do direito tributário uma unidade coerente de pensamento, livre de lacunas e contradições. Se foi livre o constituinte na eleição deste princípio de sistematização, já não é livre o legislador na realização do mesmo, exigindo-se *coerenza* e instituindo-se o mecanismo do controle judicial sobre a constitucionalidade das discriminações.

Todavia, além do princípio da capacidade contributiva, atua conjuntamente o princípio do Estado Social, ambos presentes na conformação geral do sistema tributário (tido por um sistema pluralístico, pois nele convivem diversos princípios e subprincípios), o qual apresenta, por isso mesmo, três tipos básicos de comandos[133]:

- *normas com objetivos financeiros* ou comandos de finalidades financeiras ou arrecadatórias, lastreados no princípio da capacidade contributiva e que, eventualmente, podem ter efeitos sobre o sistema econômico, mas sempre como conseqüência e nunca como objetivo;
- os comandos com objetivos sociais em geral (disciplina da economia, equilíbrio social, política de saúde, política cultural), traduzidos pelas normas intervencionistas ou regulatórias com vistas à redistribuição de riquezas, pelas medidas de política cultural, religiosa etc.
- normas de simplificação ou praticabilidade, as quais, por motivos de ordem técnica e de administração tributária, operam presunções, estimativas, tipificações.

Aqui devemos notar duas passagens que confirmam que também para Tipke o princípio da igualdade é o princípio maior que ordena a atividade tributária, ficando para o princípio da capacidade econômica o papel de principal (mas não exclusivo) subprincípio especificador da igualdade no campo tributário[134]:

> "*Em todo o mundo, constitui tarefa da ciência do direito tributário superar o pragmatismo do que é sempre considerado politicamente factível ou oportuno,* remover a acumulação de idéias parciais fragmentárias (que levam à regulamentação lacunosa, incoerente) e, *em seu lugar, elaborar uma ordenação, dotada de conjunto sistemático, o mais atualizada possível. (...) O princípio da igualdade oferece para isso uma boa orientação.* (...)
> Assim, estamos nós de novo no princípio da igualdade. *Enquanto o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva constituir princípio fundamental, impostos que olvidam esse princípio ou o contrariam estarão a denotar desigualdade* da carga tributária total. Normas que restringem ou até esvaziam a determinação geral do sujeito tributário, do objeto do imposto, das bases de cálculo ou da alíquota *violam indiciariamente o princípio da igualdade, a menos que* apenas sirvam para ter em conta, em casos atípicos, uma capacidade contributiva reduzida, ou *estejam fundadas em outro princípio, por exemplo, no princípio de Estado Social.*" (destacamos)

Dissemos acima que considerávamos problemática, pelo menos em relação a Tipke, a afirmação de Molina segundo a qual, na Alemanha, a doutrina entende que "la capacidad económica se considera directamente como exigencia del principio de solidaridad, o como corolario del Estado social"[135]. No artigo de Tipke que ora analisamos, fica claro que o autor vê a capacidade contributiva como ligada à igualdade de tratamento, e o princípio do Estado Social como ligado à igualdade fática, tal como concebe Ernesto Lejeune.

Evidência disto é que Tipke discorda do Tribunal Constitucional alemão quando este decidiu que a progressividade é corolário da igualdade (e conseqüentemente da capacidade contributiva). Para Tipke, a progressividade rompe com a igualdade de tratamento[136], mas este rompimento é justificado pelo princípio do Estado Social, "que tem por objetivo, entre outros, a distribuição da renda e do patrimônio, a correção da distribuição da riqueza".

Somente discordamos de Tipke num aspecto terminológico, mas que atrás de si coloca uma questão de postura axiológica. É que Tipke defende que o imposto progressivo, por desrespeitar a capacidade contributiva, viola a igualdade[137], mas é legitimado pelo princípio do Estado Social. Quer-nos parecer que não há rompimento da igualdade, pois esta deve ser vista como a igualdade do Estado Social (portanto influenciada pelo princípio que segundo Tipke "salva" a tributação progressiva), uma igualdade que tem como um dos aspectos exatamente a busca de igualdade substancial, dos bens da vida, entre os indivíduos[138].

[132] *Idem*, p. 520.

[133] Além destes, também se faz menção aos comandos de simplificação, os quais visam a facilitar a tributação, através dos conhecidos métodos de pautas fiscais, regimes de estimativas etc., a conferir praticidade ao funcionamento do sistema.

[134] *Idem*, p. 525.

[135] MOLINA, *op. cit.*, p. 94.

[136] "A tributação progressiva da renda é política social da lei tributária". TIPKE, *op. cit.*, p. 527.

[137] "A progressividade, a meu ver, rompe com a igualdade". *Idem*, p. 527.

[138] "O conceito de igualdade não se vincula, na atualidade constitucional, à manutenção do *status quo*, mas ganha um conteúdo concreto que obriga o legislador a medidas mais socializantes." DERZI, Misabel. Notas à BALEIRO, *Limitações* ..., p. 541. Só discordamos da Professora quando esta, logo em seguida à afirmação acima, assevera: "E por que, ainda nesse caso, se continua a falar em princípio da igualdade? Porque, em nenhum momento, esta concepção material contradiz a concepção unânime de igualdade formal. Os economicamente mais debilitados são classificados como 'seres de outra categorial essencial' que não podem ser tratados da 'mesma maneira e modo' (por meio da alíquota proporcional, p. ex.), que os economicamente mais fortes". Discordamos porque pensamos que a razão pela qual ainda se pode (e se deve) falar em igualdade não é porque não há contradição entre progressividade e a regra da igualdade formal (de inspiração perelmaniana). Ainda se deve falar em igualdade porque a diferenciação operada pela norma de progressividade tributária atualiza diversos valores constitucionais do Estado Social, como a redução de desigualdades econômicas e sociais.

3.4 "Judicial Review" e Igualdade Tributária: Aproximação Inicial

O que veremos a seguir é a impressionante uniformidade com que as cortes constitucionais de diversos países do mundo concebem a forma e os limites do controle judicial das leis e atos normativos em função do respeito ao princípio da igualdade tributária e ao subprincípio da capacidade contributiva.

Antes disso, vejamos a posição atual da doutrina brasileira quanto à eficácia do princípio da capacidade contributiva, em termos de sua aplicação pelo poder judiciário no controle de constitucionalidade das leis.

3.4.1 A doutrina de Alfredo Augusto Becker e a eficácia do princípio

Baseando-se quase que exclusivamente na obra de Giardina escrita em 1961 (*Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva*, Milão, 1961), Becker classifica a idéia de capacidade contributiva como algo ou tautológico ou extremamente ambíguo, e cujas origens jusnaturalistas provocariam mais problemas que soluções jurídicas[139].

Ficou famosa a manifestação de Becker no sentido de que os países que incorporaram a capacidade contributiva em suas constituições teriam "constitucionalizado um equívoco"[140]:

> "As modernas Constituições canonizaram o princípio da capacidade contributiva e, diante da constitucionalização do equívoco, os juristas dividiram-se em duas correntes doutrinárias frontalmente opostas, no tocante à natureza desta regra constitucional. (...)
> Natureza programática - A corrente doutrinária que reúne o maior número de juristas vê, na regra que consagrou o princípio da capacidade contributiva, uma regra de natureza meramente programática. Regra vazia de juridicidade (...) Recomendação sedutora destinada a apaziguar nostalgias de uma Justiça impraticável.
> Natureza Jurídica - A segunda corrente doutrinária considera a regra constitucional uma genuína regra jurídica. Regra jurídica que vincula o legislador ordinário, obrigando-o a escolher para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias fatos que sejam signos presuntivos de renda ou capital acima do mínimo indispensável. A desobediência pelo legislador ordinário desta regra jurídica constitucional provoca a inconstitucionalidade da lei tributária."

É necessário contextualizar as opiniões de Becker, para que as mesmas possam ser corretamente criticadas. Becker escreveu sua *Teoria Geral* no início dos anos 70, período em que a capacidade contributiva estava em fase de "crise quase terminal", conforme já exposto por Taboada.

Sendo assim, e tendo em vista que Becker baseia sua análise nos autores italianos que viviam em toda intensidade aquela crise, é natural que o autor gaúcho tivesse se referido à capacidade contributiva de uma forma nada positiva. Além disso, nota-se que Becker, ao contrário dos autores contemporâneos, em momento algum percebe a ligação estreita entre capacidade contributiva e igualdade, mais precisamente entre capacidade contributiva e igualdade tributária. Assim, todo o movimento doutrinário (alemão e espanhol principalmente) e jurisprudencial (Tribunal Constitucional Federal alemão) desenvolvido ao longo da década de 70 e 80, que reabilitou sensivelmente o princípio da capacidade contributiva, infelizmente deixou de ser considerado por Becker, por motivos óbvios.

[139] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo : Lejus, 1998, pp. 479-486.

[140] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo : Lejus, 1998, pp. 487-488.

Outro aspecto que torna desatualizado o pensamento de Becker sobre o tema é a referência teórico-constitucional utilizada pelo autor para analisar o tema da eficácia da capacidade contributiva enquanto *princípio jurídico-constitucional.* Becker, ao longo das páginas 490 a 494 de seu livro, baseia-se totalmente na obra de Emilio Betti sobre os princípios jurídicos, obra escrita em 1955 e intitulada *Teoria Generale della Interpretazione.* Ao longo destas páginas, vemos opiniões de Betti segundo as quais os princípios "afirmam orientação e ideais de política legislativa, capazes de uma indefinida e, quase que se diria, inexaurível virtualidade". Além disso, Betti afirma que não se consegue conferir aos princípios "uma eficiência obrigatória que lhes imponha uma plena, rigorosa e controlável observância", caracterizando os mesmos como "critérios diretivos para a interpretação" ou "critério programático para o progresso da legislação, ou, quando muito, serve para traduzir-lhes em regras gerais derrogáveis, prontas a ceder diante de uma precisa disposição em contrário"[141].

Ora, a posição de Emilio Betti é hoje totalmente superada pela doutrina constitucional contemporânea, principalmente após as obras de Esser, Dworkin, Alexy e Crisafulli, os quais se livraram do excessivo positivismo da Velha Hermenêutica e reconheceram o caráter normativo dos princípios, como partes ativas na dogmática do direito e atuantes diretamente na solução judicial das questões (ver capítulo 2, seção 1).

Conforme demonstra Paulo Bonavides, Emilio Betti nega peremptoriamente o caráter de norma jurídica aos princípios, os quais padeceriam de um "excesso de conteúdo deontológico"[142]:

> "Mestre clássico da Velha Hermenêutica, exprime Betti em termos absolutos a tendência mais antagônica à normatividade dos princípios. Vai deveras longe nessa tendência, a ponto de vaticinar que 'toda tentativa de fixar, reduzir, traduzir em termos preceptivos os princípios' é, em virtude da carência de maturação e termo do processo histórico, 'ilusória e fadada ao fracasso'. (...)
> Em suma, *a posição dúbia e vacilante de Betti acerca da normatividade dos princípios outra coisa não configura senão um dos aspectos mais evidentes e palpáveis da crise da Velha Hermenêutica, toda guiada ainda por uma metodologia de inspiração positivista na linha dos clássicos da Ciência Jurídica do século XIX e princípios deste século.*" (destacamos)

Todavia, apesar de baseado em concepções hoje totalmente superadas (conforme vimos detalhadamente no Capítulo 2, quando estudamos em detalhes as concepções de Dworkin e principalmente de Alexy), Becker não se filia à cor-

[141] *Idem Ibidem,* pp. 491-492.

[142] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. São Paulo : Malheiros, pp. 241-2.

rente doutrinária que vê a capacidade contributiva como mera "sugestão" ao legislador, mas baseando-se mais uma vez em Giardina, propõe que a idéia jusnaturalista da capacidade contributiva sofra uma deformação constritora e reduzida a um mínimo de certeza e praticabilidade, obtendo-se então uma norma preceptiva muito simples e ao mesmo tempo de eficácia jurídica muito restrita[143].

Becker realiza três constrições deformadoras na idéia da capacidade contributiva: a primeira consiste em que a capacidade contributiva do contribuinte será aferida em relação a um único tributo e não a toda a carga tributária[144]; a segunda consiste em que a riqueza do contribuinte é tomada tão-somente como aquela relacionada ao fato-signo presuntivo de riqueza gravado pelo tributo referido na primeira constrição; e a terceira resume-se em que o fato-signo erigido pela norma tributária tem que respeitar o mínimo indispensável à sobrevivência digna do indivíduo, ou seja, "a renda ou capital presumido deve ser renda ou capital acima do mínimo indispensável"[145].

O primeiro alcance da eficácia jurídica do princípio da capacidade contributiva é, segundo Becker, a vinculação do legislador ordinário, que deve escolher para a composição da hipótese de incidência da regra instituidora do gravame fatos que sejam signos presuntivos de renda ou de capital, sendo que a desobediência pelo legislador gera a inconstitucionalidade da lei. Mas para Becker o juiz não está vinculado a esta regra, no sentido de que "se, no caso concreto individual, o juiz verificar que, com relação a um determinado contribuinte, a realização da hipótese de incidência, excepcionalmente, não confirmou a referida presunção, mesmo assim o juiz não pode deixar de aplicar a regra jurídica tributária"[146].

O segundo alcance seria a proibição do legislador tributar o mínimo indispensável à existência digna, que estaria protegido por uma imunidade tributária. O terceiro alcance seria a obrigação de variar a alíquota em função do aumento da base tributável e a conseqüente proibição do legislador de graduar a alíquota ou ritmar sua progressividade no sentido inverso da grandeza presumível da renda ou capital do respectivo contribuinte. O quarto alcance da eficácia seria obrigar o legislador, sempre que este utilizar a figura do substituto legal tributário, "criar a repercussão jurídica do tributo sobre o substituído (aquela pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato signo presuntivo), outorgando ao substituto o direito de reembolso ou retenção do valor do tributo perante o substituído"[147].

Concordamos inteiramente com o segundo, o terceiro e o quarto alcance da eficácia jurídica do princípio da capacidade contributiva tal como propostos por

[143] BECKER, *op. cit.*, pp. 494-496.

[144] "A capacidade contributiva é aferida mediante a relação que se estabelece entre a riqueza de um indivíduo e a carga tributária por ele suportada. Quando o princípio da capacidade contributiva penetra no mundo jurídico, a primeira deformação constritora que este princípio sofre é a seguinte: a riqueza de um indivíduo é relacionada em um único tributo. No plano jurídico, a relação entre a carga tributária e o montante da riqueza do contribuinte é feita sempre e exclusivamente em relação a cada tributo tomado isoladamente dos demais". BECKER, *op. cit.*, p. 497.

[145] *Idem*, p. 497.

[146] *Idem*, p. 498.

[147] *Idem*, p. 500.

Becker. Quanto ao primeiro alcance, como em verdade se trata da distinção capacidade contributiva objetiva *x* capacidade contributiva subjetiva, sobre isso já nos manifestamos *supra*.

Em suma, a eficácia do princípio para Becker não deixa de ser bastante satisfatória, apesar de sua visão sobre a capacidade contributiva parecer à primeira vista extremamente negativa.

Seguindo na linha de pensamento de Baleeiro, os autores contemporâneos que escreveram sobre o assunto são em sua grande maioria favoráveis à eficácia plena do princípio da capacidade contributiva[148]. Como posição paradigmática citamos Sacha Calmon em sua mais recente obra[149]:

> "Disse, com erronia, Giannini, que o princípio da capacidade contributiva era 'uma exigência ideal, cuja realização, como em qualquer outro campo da vida social, fica à prudente apreciação do legislador'. Absolutamente não. O legislador não tem que ser prudente; deve ser obediente à Constituição. (...) *No que tange ao princípio da capacidade contributiva, motor operacional do princípio da igualdade, seria verdadeiro escárnio entregá-la, a sua realização prática, ao 'arbítrio do legislador'. (...) Por isso mesmo as reflexões mais profundas e modernas do princípio apresentam-se limpas da ganga positivista e do 'fetiche legalista'. (...) Entre nós, princípio constitucional que é, a capacidade contributiva subordina o legislador e atribui ao Judiciário o dever de controlar a sua efetivação enquanto poder de controle da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.*" (destacamos)

Sacha Calmon atenta para uma questão que nos parece definitiva para sepultar de vez os argumentos que sustentam a "eficácia fraca" do princípio da capacidade contributiva. É que este princípio é, bem entendido, subprincípio de algo muito mais amplo, o princípio constitucional da igualdade, sempre que este se manifesta do terreno tributário. Daí Sacha Calmon ter caracterizado a capacidade contributiva como "motor operacional do princípio da igualdade".

Ora, sendo a cristalização principal no campo tributário (mas não a única, é certo) do direito fundamental à igualdade, o controle judicial das leis quanto ao respeito à capacidade contributiva tem para nós espeque, ainda que indireto, no § 1° do art. 5° da Constituição, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata. De todo modo, a caracterização da capacidade contributiva como conformadora de um direito fundamental a contribuir será melhor desenvolvida na seção seguinte, quando veremos a evolução jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Agora, um ponto sensível nesta discussão é o relativo aos limites judiciais para a verificação, caso a caso, da real capacidade contributiva subjetiva. Já nos manifestamos sobre o tema acima, mas voltamos a dizer que, em nossa opinião, se se chegar à conclusão que o legislador, ao elaborar a lei, agiu de forma a atingir não só a capacidade contributiva objetiva ou absoluta mas também a capacida-

[148] Neste sentido, Misabel Derzi *in* BALEEIRO, *Limitações...*, pp. 688 e ss., CONTI, *op. cit.*, pp. 50 e ss., COSTA, *op. cit.*, pp. 45 e ss., OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 56 e ss. e MACHADO, *op. cit.*, pp. 76 e ss.

[149] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso...*, pp. 81-82.

de contributiva subjetiva ou relativa, lançando mão das medidas de personalização cabíveis na conformação da base de cálculo do imposto (preservação do mínimo vital, deduções necessárias etc.) não há que se dar ao juiz o poder de negar aplicação à lei por uma particularidade individual da situação do contribuinte.

Exemplifiquemos com dois casos: se a legislação do imposto de renda veda a dedução de uma despesa necessária à obtenção da renda (despesas financeiras ou despesas tributárias no caso de uma pessoa jurídica) ou limita desproporcionadamente as despesas médicas e com educação básica de filhos menores (no caso de uma pessoa física), a própria lei desviou-se, sem qualquer motivo válido, da capacidade contributiva subjetiva ou real do contribuinte, e assim o juiz deve declarar a lei inconstitucional parcialmente, ou então fixar um prazo para o legislador regularizar a questão (como ocorre na Alemanha).

No entanto, se um contribuinte alega que possui imóvel de alto valor mas está em condições financeiras adversas e não possui renda para pagar o IPTU, ou ainda recebeu o imóvel como herança e não possui capacidade econômica para arcar com o IPTU, não se pode dizer que o legislador que conformou a norma de imposição do IPTU agiu com desrespeito à capacidade contributiva real ou subjetiva do contribuinte, nem que instituiu ficções ou presunções desproporcionadas, e assim quer-nos parecer que não há possibilidade de, pelo menos em função de vulneração da capacidade contributiva, desviar-se da aplicação da norma.

3.4.2 Controle jurisdicional dos benefícios fiscais desarrazoados e da exclusão desarrazoada dos benefícios fiscais - exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Uma questão que surge com freqüência é saber se, detectando-se que um benefício fiscal foi concedido de forma a afastar de sua abrangência contribuintes em mesma situação que os incluídos nos termos da lei, deve-se estender judicialmente o benefício aos excluídos pela lei, ou simplesmente declarar-se inválido o benefício.

Em nosso pensar, a questão não se deve guiar por uma aplicação por demais rígida do cânone do poder judiciário como legislador negativo, pelo que se teria uma predisposição muito forte a sempre invalidar o benefício criado de forma imperfeita pelo legislador.

O fundamental nestes casos é verificar os contornos materiais e a finalidade específica da política fiscal ou extrafiscal que fundamentou a concessão do benefício (isenção total ou parcial, redução de base de cálculo, atribuição de créditos presumidos etc.). Se se verificar tratar-se de um "privilégio odioso", oriundo de intenções escusas e sem qualquer respaldo no interesse público, os favorecidos pela "benesse" devem ser reconduzidos, pelos meios processuais adequados, à posição da generalidade dos contribuintes, sem que se possa neste caso acusar a solução de dar ao postulante judicial "pedra ao invés de pão"[150].

[150] Ver a respeito as notas de Misabel Derzi à obra de Baleeiro, em que se comentam as dificuldades desta questão e são ventiladas as soluções praticadas no direito alemão, tais como a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com a concessão ao legislador de um prazo razoável para sanar a ilegitimidade dos benefícios. BALEEIRO, *Limitações...*, pp. 549-553.

Mas uma vez verificado que a arbitrariedade está não na própria existência do benefício fiscal, mas sim na vedação deste ser usufruído por determinadas categorias de indivíduos na mesma situação dos contemplados pela lei, a solução mais razoável parece mesmo a da extensão do benefício, sem que se possa falar em desempenho de papel de legislador positivo, pois então estará em jogo o ferimento de um direito fundamental cuja reparação não pode ficar a mercê de considerações formais.

A doutrina brasileira defendeu, por exemplo, que deveria ser declarada inconstitucional a parte final do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88, que concedeu isenção do imposto sobre operações financeiras para as operações de câmbio realizadas para pagamento de bens importados com guia de importação emitida a partir de 1º de julho de 1988. Geraldo Ataliba[151], Souto Maior Borges[152] e Misabel Derzi[153], dentre outros, sustentaram que o critério erigido pela lei para conceder a isenção (emissão de guias de importação após 1º de julho de 1988) não guardava relação com a materialidade da hipótese de incidência do tributo (IOF-câmbio), e assim não poderia a lei, com base naquele critério, validamente operar a exclusão de determinados contribuintes do raio de abrangência da isenção. Veja-se a argumentação de Souto Maior Borges[154]:

> "*a data em que é emitida uma guia de importação pode ser validamente um fator de discriminação entre contribuintes do IOF que se encontram em tudo e por tudo em igualdade de situação diante do fisco?* Noutras palavras: será a guia de importação um fator de discriminação que viabilize a tributação de uns e a isenção de outros, sem ofensa à isonomia? *Seguramente não!* (...)
> Ora, *a guia de importação, simples instrumento de controle das importações pela Cacex, não possibilita a separação de regime jurídico entre sujeitos passivos do IOF. Não integra a estrutura jurídica do IOF,* nem pode integrá-la. *Não se presta a instrumentar distinções tributárias que considerem a capacidade contributiva individual no suporte fáctico das normas tributárias ou isentantes.*" (destacamos)

Parece claro o conteúdo extrafiscal do Decreto-lei que isentou do IOF-câmbio as operações de importação de mercadorias com guia emitida a partir de 1º de julho de 1988. Ou seja, tal isenção seguramente não se operou em função da incapacidade econômica dos isentos, mas em função da implementação de uma política de incentivo às importações.

Este é um caso muito interessante para o presente estudo pois trata-se do controle judicial, quanto ao princípio da igualdade, de uma isenção extrafiscal; ou seja, mesmo afastada *in casu* a capacidade contributiva, deve-se perquirir a racionalidade da norma isentiva. Isto mostra que a norma extrafiscal não se coloca automaticamente imune ao controle de constitucionalidade frente ao princípio da igualdade: ainda que o controle não se faça em função do respeito à

[151] ATALIBA, Geraldo. IOC - Imposto sobre operações de câmbio - Isenções. Isenções do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 - Interpretação Integrativa, *in Revista de Direito Tributário* (separata), vol. 44. São Paulo : RT, 1988.
[152] BORGES, José Souto Maior. IOF - Isenção nas operações de Importação, *in Revista de Direito Tributário,* vol. 47. São Paulo : RT, 1989.
[153] *In* BALEEIRO, *Limitações...,* pp. 549-553.
[154] BORGES, José Souto Maior. *Op. cit.,* pp. 31-32.

capacidade contributiva, o controle há de ser feito quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas extrafiscais.

Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal examinou efetivamente se a norma isentiva extrafiscal mostrava-se ou não em desacordo com o princípio da igualdade; principalmente em alguns julgados, fica bastante claro que o STF não trilhou o caminho equivocado de "dar carta branca" para o legislador exercitar a extrafiscalidade da forma que bem entender, sem que a legislação extrafiscal pudesse ser examinada à luz da isonomia. Em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, assim examinou o STF o respeito pelo art. 6º do Decreto-lei 2.434/88 à isonomia[155]:

> "A ora recorrente, ao acentuar a natureza constitucional da matéria em discussão, sustenta que o art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 teria vulnerado o princípio da igualdade tributária, eis que - segundo alega - a escolha da data de emissão das guias de importação, como fator de discrímen para efeito de acesso do contribuinte ao benfício isencional concernente ao IOF, revelar-se-ia opção arbitrária do legislador, materialmente incompatível com a cláusula isonômica consagrada pela Carta Política. (...)
> Tenho por inacolhível a pretensão recursal deduzida pela agravante, eis que o critério de ordem temporal adotado pelo legislador para justificar a outorga da questionada isenção tributária apoiou-se em pressupostos lógicos e objetivos legitimadores do tratamento normativo diferenciado estabelecido pelo art. 6º do Decreto-lei 2.434/88.
> A *ratio* subjacente ao tratamento normativo estipulado pelo Decreto-lei 2.434/88 (art. 6º), a partir dos próprios reflexos que projeta na área econômico-fiscal e no domínio do comércio exterior, evidencia que a delimitação de ordem temporal condicionante do acesso do contribuinte ao benefício legal da isenção tributária, em matéria de IOF/Câmbio, foi estabelecida com o fim precípuo de viabilizar a plena realização de objetivo estatal nitidamente qualificado pela nota de extrafiscalidade.
> Na realidade, a desequiparação operada pela norma legal em causa encontra o seu fundamento racional na necessidade de o Estado implementar políticas governamentais, cuja execução lhe incumbe efetivar nos estritos limites de sua competência constitucional.
> Vê-se, pois, que a isenção tributária em exame, em traço que lhe ressalta, claramente, a função extrafiscal, precisamente porque se acha despojada de qualquer coeficiente de arbitrariedade, não se qualifica, tendo presentes as razões de política governamental que lhe são subjacentes, como instrumento de ilegítima outorga de privilégios estatais em favor de determinados estratos de contribuintes.
> A ausência de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma legal em causa evidencia que se respeitou, no processo de sua formal positivação jurídica, a exigência constitucional que impõe ao Poder Público a observância do princípio da igualdade na lei."

[155] Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 142.348-1 Minas Gerais, *Diário de Justiça* de 24.03.95, Relator Ministro Celso de Mello.

Nada obstante possa ser objetado que a decisão do STF não se aprofundou conforme se esperava no exame das razões, dos critérios e dos resultados da política extrafiscal ora comentada, o fato é que tal exame foi realizado, afastando-se a orientação de considerar a extrafiscalidade como além do controle jurisdicional do respeito ao princípio da igualdade. A questão da falta de ligação da data da expedição das guias de importação com a hipótese de incidência do IOF/Câmbio também foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que o Ministro Marco Aurélio consignou em voto que "necessariamente, a vigência inicial da isenção não tem que guardar sintonia com o momento em que nasce o fato gerador." (Recurso Extraordinário 161.338-6 São Paulo, *Diário de Justiça* de 24.02.95, Relator Ministro Marco Aurélio)

Além desta faceta (exame efetivo pelo STF do respeito da legislação extrafiscal à isonomia), um outro aspecto do julgamento da isenção do IOF/Câmbio é bastante interessante para o presente estudo. É que o STF chegou a adiantar a posição que tomaria se fosse aceita a alegação de inconstitucionalidade, por antiisonômica, da parte do art. 6º do Decreto-lei 2.434/88 que excluiu da isenção as operações de câmbio relativas a guias emitidas antes de 1º de julho de 1988: a posição não seria a extensão da isenção aos contribuintes ilegitimamente excluídos, mas a decretação da nulidade *in totum* da norma isentiva. Vejam-se as observações do Ministro Sepúlveda Pertence[156]:

> "De minha parte, conforme acentuei em decisões individuais proferidas em agravos e recursos dos contribuintes, parece-me densa de plausibilidade a afirmação de que a norma legal questionada seria um caso exemplar - na dicção consagrada de Celso Antônio Bandeira de Mello - de violação da regra da igualdade por inexistência de 'correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele' (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,* 1978, p. 47).
> Esse vício, contudo, não autorizava a extensão do benefício a quem não foi contemplado pela lei. Desse modo, ao acolher a pretensão do contribuinte, o Tribunal *a quo* avançou sobre os limites da função jurisdicional, chocando-se, como alegado no RE, contra o princípio da separação e independência dos poderes."

A ementa do julgado acima é bastante clara e didática quanto aos fundamentos e conseqüências da tese exposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

> "Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (Dl 2.434/88, art. 6º): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle de constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva."

Poder-se-ia alegar que a legislação positiva estaria afastada na medida em que os contribuintes pediam no caso concreto que fosse simplesmente afastada

[156] Recurso Extraordinário 213.201-2 São Paulo, *Diário de Justiça* de 12.09.97, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

uma restrição presente na lei isentiva, e não a construção de uma norma jurídica nova. Todavia, o Supremo entendeu que a legislação positiva manifestar-se-ia mesmo através da supressão de parte do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88, porque isto implicaria dar à norma isentiva um novo âmbito, um novo conteúdo. Vejam-se as seguintes considerações do Ministro Paulo Brossard[157]:

> "Ora, se para corrigir essa invalidade tivéssemos que ampliar o alcance das isenções, estendendo-as a hipóteses outras que o legislador efetivamente não quis alcançar, acabaríamos por legislar positivamente. Declarando a inconstitucionalidade pretendida de parte do dispositivo, qual seja, o termo inicial para a concessão do benefício da isenção (1.07.88), não a eliminaríamos do mundo jurídico, mas sim, daríamos a ela uma extensão, um âmbito, um conteúdo, para alcançar um conjunto de destinatários que, efetivamente, não se pretendia ver subsumidos à norma impugnada.
> Neste sentido o Egrégio Plenário da Corte, quando do julgamento da Representação nº 1.451-7-DF (*RTJ* 127/789-808), firmou o entendimento de que não pode o julgador, que só pode atuar como legislador negativo, a pretexto de declarar a inconstitucionalidade de uma parte da lei, legislar positivamente, de modo a alterar o seu sentido inequívoco, criando hipóteses diversas daquela por ela desejada: (...)"

Temos para nós que esta postura pede urgentes reflexões, pois se a arbitrariedade está não na própria existência da lei que cria determinado benefício, mas sim na vedação deste ser usufruído por determinadas categorias de indivíduos na mesma situação dos contemplados pela lei, a solução mais razoável parece mesmo a da extensão do benefício, sem que se possa falar em desempenho de papel de legislador positivo. Seguimos aqui o já observado por Misabel Derzi nas já citadas notas à obra de Aliomar Baleeiro[158].

Uma solução seria introduzir em nosso ordenamento constitucional mecanismos como a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador praticados pela Corte Constitucional Alemã, conforme indica Gilmar Ferreira Mendes[159]. Este autor observa que, nos casos de ofensa ao princípio de isonomia por uma norma concessiva de benefícios, a melhor opção não é a simples declaração de nulidade de toda a norma[160]:

> "É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada das situações (die Unterschiedlichkeit der Regelung). Essa relação normativa inconstitucional (verfassungswidrige Normrelation) não pode ser superada, em princípio, mediante *decisão de índole cassatória,* pois *esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar.* (...) Também em relação às leis que consagram obrigações de forma incompatível com o princípio da igualdade houve por bem a Corte Constitucional abandonar a orientação que recomendava a simples pronúncia da nulidade. *Algumas decisões mais recentes revelam que o Tribunal limita-se, também nesses casos, a declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, sob a alegação de que a ofensa ao princípio da igualdade pode ser eliminada de diferentes formas.*" (destacamos)

[157] Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 151.855-3 São Paulo, *Diário de Justiça* de 2.12.94, Relator o Ministro Paulo Brossard.
[158] BALEEIRO, *Limitações* ..., pp. 550-551.
[159] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional - O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha.* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1998, pp. 202-243.
[160] *Idem Ibidem,* pp. 207-209.

Mas mesmo sem a incorporação de tais mecanismos de jurisdição constitucional, uma pesquisa aprofundada sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa ao princípio da igualdade indica que, pelo menos em uma ocasião, o Tribunal chegou a contrariar a rigidez deste cânone do legislador negativo, pelo menos no que diz respeito à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade parcial de artigo de lei, implicando certa mudança da norma originalmente conformada pelo legislador.

Com efeito, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 21.154-7-DF e 21.710-3-DF, o Tribunal declarou inconstitucional, por apertada maioria, um dos aspectos do Quadro Especial existente na carreira dos diplomatas brasileiros, tal como regulamentado pela Lei nº 7.501/86, na redação conferida pela Lei nº 8.028/90. Na realidade, a lei instituía o Quadro Especial, regulamentava a transferência de diplomatas para tal Quadro após certa idade ou exercício da mesma função, e determinava que o ocupante do Quadro Especial "não poderá ser designado para missões permanentes ou transitórias no exterior".

Diante de tal realidade normativa, o Supremo decidiu não pela inconstitucionalidade da própria existência do Quadro Especial, ou ainda pela inconstitucionalidade das regras de transferência dos diplomatas para tais cargos, mas sim pela inconstitucionalidade tão-somente das restrições ao exercício da diplomacia ligadas à permanência no Quadro Especial[161]. Ora, parece-nos claro que, ao

[161] Neste julgamento, parece-nos que decisivo foi o conteúdo do judicioso voto do Ministro Néri da Silveira, sendo que após a manifestação deste Ministro, alguns integrantes da Corte alteraram parcialmente seus votos já proferidos. Por isso transcrevemos a seguir as partes mais importantes do voto do Ministro Néri da Silveira: "Na organização dos serviços públicos e da administração pública, pode a lei dispor amplamente sobre a existência de quadros de pessoal, regime jurídico dos servidores e planos de carreira. (...) De acordo com os interesses objetivos do serviço público, de sua organização, de seu funcionamento, compete ao legislador instituir serviços, órgãos, quadros, respeitados os princípios gerais inseridos no art. 37, da Constituição (...). Assim sendo, a criação de Quadro Especial, 'ut' arts. 54 e 55 da Lei nº 7.501/86, no Serviço Exterior, em princípio, não fere direito dos integrantes da carreira diplomática. Estabelecidos requisitos e critérios objetivos à transferência de servidores do Serviço Exterior para esse Quadro Especial, quer em virtude de idade, quer em razão de determinada antigüidade na classe, colimando tornar viável certa rotatividade entre os integrantes das diversas classes da carreira, não entendo haja violação ao princípio da isonomia, desde que todos fiquem, na carreira, sujeitos a tratamento igual. (...) Dessa maneira, a transferência para Quadro Especial, após certa idade ou determinados anos de serviço diplomático no exterior, não a tenho, desde logo, como contrária à Constituição, desde que adotados critérios objetivos e gerais, como os da idade do diplomata ou de certo número de anos na classe ou mesmo no exterior. Não vejo, de outra parte, na transferência para o Quadro Especial, forma de inativação do diplomata, não prevista na Constituição, ou modalidade de disponibilidade. Em realidade, o diplomata, neste Quadro, prossegue no serviço diplomático ativo, no Serviço Exterior, tal como definido na Lei nº 7.501, exercendo funções próprias na Secretaria de Estado. Tenho, entretanto, que é inconstitucional o disposto no § 3º do art. 55, da Lei nº 7.501/1986, na redação da Lei nº 8.028/1990, ao estipular, 'verbis': '§ 3º . O Diplomata transferido

suprimir parte da redação do artigo 55 da Lei nº 7.501/86, o Supremo Tribunal Federal operou uma mudança na norma jurídica em questão, que teve seu conteúdo alterado após em virtude mesmo da decisão do Tribunal. Exatamente a mudança que se operou no julgamento destes dois Mandados de Segurança foi classificada de "legislação positiva" no caso do IOF/Câmbio. Talvez porque no julgamento dos *writs* dos diplomatas era muito mais nítida e próxima à natureza humana a violação da igualdade, o Supremo tenha sido (a nosso ver corretamente) menos rígido no cânone do legislador negativo.

3.4.3 Jurisprudência das cortes constitucionais

Pode-se dizer que, após um processo de décadas de influência mútua entre doutrina e jurisprudência constitucional-tributárias, chegou-se a um consenso em relação ao controle judicial do respeito ao princípio da igualdade tributária que se resume nos seguintes pontos:

- a lei tributária não está obrigada a conferir a todos os contribuintes ou a todos os atingidos pela legislação o mesmo tratamento de *iure*, estando obrigada somente a, em operando discriminações, fazê-lo de modo não arbitrário[162];
- uma diferenciação não arbitrária é aquela que possui fundamentos objetivos, decorre da natureza das coisas, apresenta uma conexão lógica entre o tratamento diferenciado e as finalidades da lei, e não se choca com os valores previstos na Constituição;
- a capacidade contributiva é geralmente o critério que preside as diferenciações, mas o legislador poderá desviar-se da capacidade contributiva sem ferir a igualdade tributária, desde que haja um motivo razoável (não arbitrário) para tanto, principalmente quando esteja em jogo outros valores constitucionais.

Estes pontos, como veremos a seguir, repetem-se com muita freqüência na jurisprudência de diversas cortes constitucionais. Vejamos a questão em detalhes, para então, na próxima seção, verificarmos como a doutrina alemã veio a denunciar as falhas de tal consenso, e logrou operar mudanças significativas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

para o Quadro Especial do Serviço Exterior não poderá ser designado para missões permanentes ou transitórias no exterior.' (...) Ora, *ex vi* do § 3º do art. 55 suso transcrito, cria-se restrição ao exercício de certas funções, por parte de diplomatas em serviço ativo, relativamente a ocupantes de cargos iguais, com menos idade, ou com menor antigüidade na classe. Tal discriminação posta na Lei em exame ofende aos princípios da isonomia e da proibição de exercício de funções em virtude de idade. Se é possível a existência de Quadro Especial e nele diplomatas serem enquadrados, por razões de interesse do serviço e para viabilizar a mobilidade no quadro respectivo, certo é que a lei não poderá impedir que esses diplomatas tenham designação para o Serviço no Exterior, se assim for do interesse do Estado, notadamente à vista da experiência e da competência profissional desses servidores".

[162] Sampaio Dória cita decisão da Suprema Corte Americana no sentido de que "a system which imposes the same tax upon every species of property, irrespective of its nature, or condition, or class, will be destructive of the principle of uniformity and equality in taxation", e o magistério de Cooley segundo o qual "there is no imperative requirement that taxation shall be absolutely equal. If there were, the operations of government must come to a stop, from the absolute impossibility of fullfilling it". DÓRIA, *Direito Constitucional Tributário...*, p. 136.

3.4.4 Suprema Corte Norte-Americana

Comecemos pelas observações feitas por Justice Brandeis num julgado de 1928, observações estas que segundo Sampaio Dória condensam as diretrizes da Suprema Corte naquela época[163]:

> "O princípio da igualdade não impede que o Estado discrimine para fins de tributação. Considera-se violadora da regra tão-somente a classificação que exorbite do regular exercício do julgamento e discrição legislativos. Por outras palavras, o princípio da igualdade exige meramente que a discriminação seja razoável. E razoável será a classificação que um homem bem informado, inteligente, de bom senso e civilizado possa racionalmente prestigiar.
> Examinando a constitucionalidade de leis à luz do princípio da igualdade, este Tribunal tem declarado que a classificação deve repousar sobre uma diferença real, e não aparente, especiosa ou arbitrária, de modo que todos situados identicamente sejam tratados com igualdade; que a classificação deve ter uma finalidade, ou a consecução de uma política dentro da competência do Estado; e que a diferença deve ter um nexo com o objetivo da legislação, que seja substancial, e não apenas especulativo, remoto ou negligenciável."

Segundo Sampaio Dória, a construção pretoriana aponta no sentido de que devem ser sopesados, ante a alegação de que determinada norma fiscal infirma a isonomia, os seguintes fatores[164]:

- se a discriminação é baseada em *diferenças reais e efetivas* entre as situações diferentemente tributadas[165];
- se existe um *objetivo* definido, que justifique a discriminação[166];
- se existe um *nexo lógico* entre o objetivo perseguido e a discriminação que permitirá alcançá-lo[167].

A tônica que perpassa toda a análise de Sampaio Dória sobre a jurisprudência norte-americana é a de que a Suprema Corte tem extrema cautela em admitir que o legislador exorbitou de seu poder discricionário além de limites razoáveis ou toleráveis, sendo que "de centenas de casos examinados sob o prisma da igualdade, apenas uma insignificante dezena deles a Suprema Corte americana encon-

[163] *Idem*, p. 138.

[164] DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *op. cit.*, p. 139.

[165] Dória esclarece que os *Justices* não exigem que a diferença seja profunda, bastando que não se configure a inexistência ou irrelevância das diferenças, ou ainda que a classificação não tenha caráter especioso, caprichoso ou de má-fé.

[166] Tal objetivo é claramente verificável na tributação extrafiscal, salientando-se contudo a importantíssima observação de que "a política que o legislador pretende servir com a discriminação deve se incluir entre as matérias de sua legítima competência legislativa constitucional, porquanto se afigura inadmissível tolerar-se a regulamentação indireta, através dos eficientíssimos instrumentos de ação tributária, quando se veda totalmente a regulamentação direta". DÓRIA, *op. cit*, p. 142. Nos casos em que a discriminação se funda na existência de diferentes capacidades contributivas, Dória afirma que o objetivo da discriminação é o mero incremento das receitas, mas "na maioria das vezes será sumamente laboriosa a identificação objetiva de uma específica finalidade, a ser servida pela discriminação tributária". DÓRIA, *op. cit.*, p. 143.

[167] O essencial quanto a este fator é impedir que se insinuem, na legislação tributária, "privilégios e discriminações arbitrárias, disfarçados sob a capa de fórmulas verbais cujo sentido aparente é incompatível com seu conteúdo substancial". DÓRIA, *op. cit.*, p. 143.

trou critérios discriminatórios passíveis, por sua arbitrariedade, de correção judiciária"[168].

Com efeito, Sampaio Dória faz questão de ressaltar que a jurisprudência é muito mais condescendente com as discriminações legislativas do que o é a doutrina, sendo digno de nota o fato de que os Justices chegaram a afirmar que o controle jurisdicional sobre as discriminações legislativas deve ser mais brando no campo tributário do que em outros domínios: "It has been pointed out that taxation, even more than in other fields, legislatures possess the greatest freedom in classification"[169].

Misabel Derzi[170] identificou três fases na postura da Suprema Corte Norte-Americana em relação ao princípio da igualdade. Numa primeira fase, que iria até a década de 60, a jurisprudência teria se baseado no controle mais condescendente (principalmente no campo da legislação econômico-social) segundo o critério do "rational basis", ou seja, segundo o critério de que basta a razoabilidade da discriminação para que ela seja considearada lícita. Pautava tal critério um rígido apego à divisão de papéis entre o judiciário e o legislativo, e se considerava que qualquer passo adiante significaria uma interferência indevida na esfera de competência do legislativo, com grave prejuízo ao princípio democrático da maioria.

A segunda fase indica uma diminuição da condescendência dos Justices com as discriminações operadas pelo legislador, substituindo-se o critério do "rational basis" pelo critério do "strict scrutiny", segundo o qual à razoabilidade da distinção operava-se um rígido controle quanto à proporcionalidade das medidas adotadas. Todavia, ressalta Misabel Derzi, baseada em Kommers, que o *strict scrutiny* foi exercitado preferencialmente em discriminações envolvendo questões raciais e sexuais[171].

A terceira fase, liderada por juízes conservadores, marcou uma reação ao caráter mais ativista da fase anterior, principalmente no que tange a postura judicial diante de políticas ativas de busca de igualdade de oportunidades. Atualmente, vive-se segundo Misabel Derzi um período de equilíbrio entre a segunda e a terceira fases[172].

3.4.5 Jurisprudência e doutrina argentinas

Bem semelhantes às conclusões da Suprema Corte americana mostram-se as construções pretorianas argentinas, conforme nos dão notícia, dentre outros, Victor Uckmar e Héctor Villegas.

Victor Uckmar[173] resumiu em cinco itens as conclusões pretorianas sobre as circunstâncias necessárias à criação de categorias de contribuintes sujeitos a um tratamento fiscal diferenciado:

> 1. todos os contribuintes contidos na mesma categoria devem ter idêntico tratamento;

[168] *Idem*, p. 144.
[169] *Idem*, p. 140.
[170] Notas a BALEEIRO, *Limitações...*, pp. 556-562.
[171] *Idem*, p. 559.
[172] *Idem*, p. 561.
[173] UCKMAR. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Tradução de Marco Aurelio Greco. 1ª ed. São Paulo : RT, 1976, p. 56.

> 2. a divisão em categorias deve fundar-se em diferenças reais;
> 3. as diferenças consideradas devem ser racionais, excluindo-se discriminação arbitrária ou hostil contra determinado grupo de pessoas;
> 4. a diferença deve atender ao aspecto da eqüidade;
> 5. a diferença deve respeitar a uniformidade e generalidade do tributo.

Em síntese sobre o assunto, Héctor Villegas assevera o seguinte, anunciando a inequívoca ligação entre isonomia e capacidade contributiva[174]:

> "En época más reciente ("Fallos", 207-270) la Corte Suprema nacional estableció que el impuesto se funda en la capacidad contributiva. Según este criterio, 'igualdad' significa que deben existir impuestos del mismo monto ante condiciones iguales de capacidad contributiva. *Los distingos, para ser relevantes, deben tener su explicación lógica en esa diferente capacidad contributiva. No obstante este criterio de la Corte, la jurisprudencia nacional admitió que cuando se trata de impuestos com fines de proteción o fomento, puede hacerse distingos, no fundados en la capacidad contributiva, sino en valoraciones económico-sociales del legislador,* valoraciones éstas que no son controlables por el poder judicial y que se fundan en la facultad que al Congreso otorga el art. 67, inc.16, de la Constitución nacional." (destacamos)

A análise do professor argentino Rodolfo R. Spisso[175] sobre o assunto não discrepa das anteriores. Segundo ele, os critérios para verificação se uma lei tributária infirma ou não o princípio da isonomia estão intimamente ligados com o juízo sobre a razoabilidade das leis. A *razoabilidade* de uma lei, em termos gerais, pode ser aferida tendo-se em vista três critérios:

> a) existência de equilíbrio entre as vantagens propiciadas à comunidade pela lei, e os sacrifícios gerados pela última;
> b) adequação entre o meio empregado pela lei e a finalidade perseguida;
> c) conformidade do conteúdo da lei com os princípios filosóficos, políticos, sociais e religiosos aos quais se considera ligada a própria existência da comunidade[176].

[174] VILLEGAS, Héctor B. *Op. cit.*, p. 203.
[175] SPISSO, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires : Depalma, 1993, p. 281.
[176] Spisso nos fornece um exemplo dos mais interessantes e aplicáveis à realidade brasileira: "En la determinación de la compatibilidad de una norma tributaria con el principio de razonabilidad de las leyes, es decisivo el conjunto de principios de orden filosófico, político, económico, religioso, cultural etc., a los cuales se siente ligada la sociedad, según las distintas épocas de su historia. Así, por ejemplo, cuando se implementaron impuestos progressivos a las grandes propiedades rurales, no aplicado ni a las pequeñas ni a las urbanas, la pauta decisiva para determinar si el criterio de distinción es razonable, consiste en analizar la racionalidad ponderativa de la técnica social que empleó el legislador al buscar los medios en función de los motivos, según las ideas predominantes en el cuerpo social en un momento dado. Y entonces, si la sociedad, o por lo menos la clase dirigente dominante, ve con buenos ojos planes de reforma agraria tendientes a lograr la vigencia de criterios relativos a la justicia social, el medio escogido por el legislador, de un impuesto progressivo a los latifundios, no parece ser una distinción que vulnere los principios de igualdad y de razonabilidad de las leyes, cuya constitucionalidad fue admitida reiteradamente por la Corte". *Op. cit.*, p. 286.

3.4.6 Tribunal Constitucional Espanhol

A doutrina que prevalece na Espanha atualmente, inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional, retira o caráter de "superprincípio" da capacidade contributiva, que antes encarnava em si o próprio conceito de justiça tributária, para concebê-lo como uma das especificações possíveis da igualdade tributária.

Quanto ao princípio constitucional da igualdade, o Tribunal Constitucional parece interpretá-lo de forma a abarcar em si também a igualdade fática a que se refere o expressivo artigo 9º, nº 2 da Constituição Espanhola: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Luis Manuel Alonso Gonzales informa que na sentença nº 76/1990, de 26 de abril, o próprio Tribunal Constitucional sintetizou os que seriam "los rasgos esenciales del principio de igualdad"[177]:

> "a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable;
> b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;
> c) el principio de igualdad no prohibe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo com criterios o juicios de valor generalmente aceptados;
> d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que com ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

A partir destes critérios, principalmente do último critério que indica uma rígida proporcionalidade (e não um mero teste de não arbitrariedade), poder-se-ia supor que o Tribunal Constitucional espanhol exercesse um rígido exame dos motivos pelos quais, na lei tributária, a capacidade contributiva fora "afastada" pelo legislador. Todavia, tal não ocorre. No julgamento STC 221/1992, de

[177] GONZALES, Luis Manuel Alonso. *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*. Madrid : Marcial Pons, 1993, pp. 46-47.

11.12.1992, o Tribunal considerou que o contribuinte não tinha direito de expurgar da base de cálculo do "Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos" os efeitos produzidos pela inflação (correção monetária). Veja-se a justificativa do Tribunal[178]:

> "*El principio de capacidad contributiva no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas, precisas y correctas,* sino que es constitucionalmente posible que el legislador tributario al regular cada figura impositiva otorgue preeminencia a otros valores o principios, respetando en cada caso, los límites establecidos en la Constitución." (destacamos)

A conclusão de Pedro Molina é a de que, no controle do Tribunal Constitucional espanhol, o princípio de capacidade econômica cede quase que automaticamente ante qualquer outra argumentação que se possa fazer "razoavelmente" em favor da discriminação existente na lei tributária, o que impede um controle mais eficaz do direito à igualdade.

Parece-nos realmente que (e isto será visto com detalhes na seção seguinte que aborda a jurisprudência alemã), partindo-se de uma premissa correta, qual seja a de que o princípio da capacidade contributiva não esgota em si mesmo nem absorve totalmente a igualdade ou a justiça tributária, o Tribunal Constitucional espanhol foi longe demais, e acabou por esvaziar sobremaneira a capacidade econômica como "medida principal" da igualdade, deixando-se levar por qualquer argumentação "razoável" ou não manifestamente "descabida" em favor da discriminação.

Na expressão de Molina, acabou-se por erguer um muro entre a igualdade tributária e a capacidade econômica, com a conseqüência de que a capacidade contributiva vira somente "um argumento a mais" no controle de arbitrariedade, quando seu papel deve ser necessariamente de maior importância. Por fim, Molina adverte que os preceitos extrafiscais não são submetidos pelo Tribunal a um rígido controle de proporcionalidade, tal como o cânone fixado no julgamento STC 76/1990, acima reproduzido.

Todavia, há um aspecto positivo na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que é a ponderação rígida entre os reclamos da igualdade tributária e os reclamos da praticabilidade administrativa e medidas simplificadoras e facilitadoras da arrecadação e fiscalização tributárias. Em duas sentenças do Tribunal do ano de 1994, o Tribunal realizou um rígido teste de proporcionalidade, ponderando os bens jurídicos envolvidos.

Em um dos julgamentos, tratava-se de uma medida que impunha limites para dedução de gastos decorrentes de contratos entre cônjuges ou entre pais e filhos menores. No caso concreto, ponderando tanto o bem jurídico da igualdade quanto o bem jurídico da praticabilidade administrativa, o Tribunal considerou que o limite (custo médio por empregado ou salário mínimo interprofissional) era desproporcionado, com a seguinte justificativa[179]:

> "Al determinar el importe susceptible de deducción, debió el legislador ponderar no sólo la posibilidad de disminuir el importe de la deuda tributaria mediante la estipulación de remuneraciones excesi-

[178] MOLINA, *op. cit.*, p. 45.
[179] *Idem*, p. 71.

vas, sino también la necesidad de que la base imponible refleje la verdadera situación patrimonial; contemplado desde esta perspectiva, el tope representado por el coste medio por empleado de la plantilla y, sobre todo, el importe del salario mínimo interprofesional aparece como um límite desproporcionado por excesivamente reducido que puede conducir a la fijación de bases imponibles alejadas de la realidad. En defensa de los límites establecidos por el precepto impugnado no pueden alegarse ni razones de practicabilidad o conveniencia administrativa, ni la necesidadde evitar manipulaciones por los sujetos para reducir la deuda tributaria; *el límite establecido por el legislador constituye, ciertamente, um medio sencillo y eficaz en manos de la Administración tributaria para impedir maniobras fraudulentas; sin embargo, el precepto impugnado va más allá de lo necesario para reaccionar contra tales comportamientos. En la medida en que esa misma finalidad puede ser alcanzada fijando otros límites más conformes com la realidad y, por tanto, más respetuosos com la justicia tributaria, debe concluirse que los limites ahora enjuiciados no son proporcionados y, en consecuencia, carecen de la necesaria razonabilidad.*" (destacamos)

Entre nós, esta necessária ponderação criteriosa "caso a caso" entre os reclamos da igualdade e capacidade contributiva e as premências de praticabilidade administrativa, seja com relação aos atos do Poder Legislativo seja com relação aos atos do Poder Executivo, vem sendo de há muito explicada por Misabel Derzi, desde sua obra *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*[180], em que se examina em profundidade o "modo de pensar tipificante" e o "modo de pensar por conceitos", até as recentes notas à obra de Baleeiro. Nestas últimas, encontram-se as seguintes precisões[181]:

> "*Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis.* Como princípio geral de economicidade e exeqüibilidade, inspira o Direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito. A praticabilidade afeta, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo. *A norma se utiliza, já o notamos, de abstrações generalizantes, esquemas e conceitos. Ela usa tipos e conceitos não só por razões de segurança, mas, em muitos casos, para viabilizar a execução de seus comandos. (...) As presunções, ficções legais e quantificações estabelecidas em lei, através de tetos e somatórios numericamente definidos, a tributação na fonte, a eleição de responsáveis e substitutos tributários, são meios a que recorre o legislador, com vistas à praticabilidade.* (...) Embora a praticabilidade esteja difusa em todo o ordenamento, ela afeta de modo especial ao Poder Executivo quando lhe competir executar, de ofício, a lei em massa. *As necessidades de simplificação, comodidade e economicidade, que são meros aspectos da praticabilidade, levam à formação (constante de*

[180] DERZI, Misabel. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo : RT, 1988.
[181] BALEEIRO, *Limitações...*, pp. 554-555.

regulamentos e outras orientações e prescrições administrativas) de abstrações generalizantes, que podem ser tipos ou conceitos. Esses tipos ou conceitos assumem, tecnicamente, o papel de presunções, cuja legitimidade ou mesmo constitucionalidade é discutível." (destacamos)

A conclusão da Professora Misabel Derzi propõe as seguintes diretrrizes[182]:

- as presunções, somatórios, pauta de valores, medidas de substituição tributária e outras técnicas devem ter previsão em lei, e não em meros atos administrativos;
- deve-se permitir sempre a refutação das presunções em casos especiais em que a capacidade contributiva ou a igualdade se mostrarem atingidas desproporcionadamente;
- não se deve permitir presunções materiais, como as que promovem ficções de fatos geradores ou de bases de cálculo;
- se por razões técnicas não for possível a legalidade rígida das medidas, a vontade do contribuinte deve ser declarada e posteriormente sofrer a homologação por parte das autoridades fiscalizadoras;
- no caso das evasões ilícitas, a vontade do contribuite pode e deve ser direcionada por limites e valores administrativamente estabelecidos.

Em nossa opinião, a ponderação de bens jurídicos não redundará ou em afastar a igualdade e a capacidade contributiva (princípios éticos que norteiam o sistema) em nome da praticabilidade (princípio técnico) ou o contrário. Pensamos que a ponderação de bens jurídicos indicará sim a possibilidade de convivência da medida de praticabilidade com o princípio de igualdade (quando a medida mostrar-se necessária, adequada e proporcional), ou a impossibilidade de tal convivência, caso em que, como no *fallo* acima analisado do Tribunal Constitucional espanhol, a medida de praticabilidade desproporcionada deverá ser afastada.

3.4.7 Tribunal Constitucional Italiano

O ensaio de Carlos Palao Taboada intitulado *Apogeu e crise do princípio da capacidade contributiva*, disponível somente em espanhol mas "resumido" num texto em português do próprio autor, aplica-se de forma mais direta à Itália, país que mais produziu comentadores e estudiosos do tema da "capacitá contributiva". Como alertara Taboada, o contexto atual é de crise do princípio, após um longo período de apogeu. A situação na Corte Constitucional não poderia ser mais reveladora de tal crise.

Fichera[183] demonstra que a Corte italiana mantém-se entre duas posições: tomar a capacidade contributiva como princípio constitucional eficaz e vinculante, mas aí exigindo do legislador que tão-somente não fuja a gravar índices reveladores de riqueza[184] - nada mais, ou tomar a capacidade contributiva como critério de repartição da carga tributária, e já então vê-lo como um mero programa político dirigido à discricionariedade do legislador.

[182] *Idem*, p. 798.
[183] FICHERA, F. *Le agevolazioni fiscali*. Padova : Cedam, 1992, p. 147, *apud* MOLINA, *op. cit.*, p. 48.
[184] É o que poderíamos chamar de capacidade contributiva absoluta, como visto anteriormente.

A postura de controlar somente as incoerências flagrantes do legislador leva às seguintes conseqüências arroladas por Molina. O Tribunal não considera que a capacidade contributiva exige a plena dedutibilidade dos gastos pessoais com saúde, a plena dedutibilidade dos gastos com assistência de pessoas em relação às quais o contribuinte tem o dever de prestar alimentos, a plena dedutibilidade das despesas financeiras (juros de empréstimos e financiamentos) para se apurar o rendimento líquido. Veja-se a seguinte decisão datada de 1983 (Sentença nº 76/1983, que dá bem o tom da "crise" comentada por Taboada, lembrando que neste caso a Corte entendeu que realmente eram injustos os limites de certa dedução impostos ao contribuinte, "ma"[185]:

> "Es el legislador el que debe poner remedio a los posibles efectos distorsionadores del sistema, adoptando la opción normativa más conveniente en el ámbito de aquellos poderes discrecionales cuyo ejercicio se sustrae al control de esta Corte siempre que no resulte irracional o arbitrario."

Todavia, em 1976 o Tribunal Constitucional italiano declarou inconstitucionais dispositivos da legislação do imposto de renda que determinavam que as alíquotas progressivas do imposto incidissem sobre a renda do homem casado, somada à renda da sua esposa. Além dos dispositivos da Constituição italiana relativos à igualdade entre os cidadãos, o dispositivo do art. 53, relativo à capacidade contributiva, também foi considerado violado.

Considerou-se, segundo Misabel Derzi[186], que era inconstitucional que na determinação da renda total para a incidência do imposto fossem imputadas à renda do marido, enquanto contribuinte, a renda da esposa, de forma cumulativa e sujeitando assim a base tributável a uma alíquota mais agravada (progressividade). Considerou-se também que constituía discriminação com a mulher casada retirar-lhe a possibilidade de ser contribuinte do imposto de renda e obrigar-se-lhe a declaração conjunta com o marido, inclusive em função do sigilo de dados fiscais entre os cônjuges[187].

Esta decisão italiana foi tomada após uma decisão similar do Tribunal Constitucional Federal alemão, ocorrida em 1957 (BvergGE 6, 55). Conforme veremos na seção seguinte, a proibição geral do arbítrio ("Willkürverbot") ganha mais rigidez quando a questão posta a julgamento envolve direitos fundamentais ou valores constitucionais mais densos, como é o caso da igualdade entre os cônjuges e a proteção da família. Dá-se então a utilização da interdição do arbítrio como *critério auxiliar na aplicação dos direitos fundamentais.*

3.4.8 Supremo Tribunal Federal

Na seção 3.4.1, abordamos situações em que o Supremo Tribunal Federal submeteu a um teste de razoabilidade as normas que instituíram isenção extrafiscal, e ressaltamos que o Tribunal não trilhara o caminho equivocado de considerar a extrafiscalidade uma área em que o legislador "pode tudo", ficando ao

[185] MOLINA, *op. cit.*, p. 48.
[186] BALEEIRO, *Limitações...*, pp. 766-767.
[187] Uma análise pormenorizada da legislação dos países europeus sobre o imposto de renda em seu aspecto das relações familiares é desenvolvida por Misabel Derzi, *in* BALEEIRO, *Limitações ...*, pp. 768 e ss.

seu talante definir sem qualquer proporcionalidade os critérios, os objetivos e o método de alcançar os propósitos extrafiscais.

Em diversas outras ocasiões que não as relativas à tributação extrafiscal, o Supremo Tribunal Federal controlou a constitucionalidade de leis e atos administrativos frente o princípio da igualdade utilizando-se do princípio da *razoabilidade* ou da *proporcionalidade,* principalmente fazendo-se valer da necessária existência de liame lógico entre o critério diferenciador e a finalidade colimada com o tratamento diferenciado.

Por diversas vezes, o STF considerou inconstitucional a exigência de limite de idade para a inscrição em concurso público, examinando concretamente se o cargo a ser preeenchido justificava ou tornava razoável a exigência de idade máxima[188].

Ou seja, mesmo com a existência de norma expressa na Constituição no sentido da "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (art. 7º, XXX), os Ministros do Tribunal entenderam que o princípio da razoabilidade implica que se podem formular discriminações desde que o critério que as presida possa ser justificado em função das atividades a serem desempenhadas no cargo a ser preenchido, tendo ficado vencido o Ministro Marco Aurélio, que se posicionara no sentido de que o dispositivo constitucional mencionado veda pura e simplesmente qualquer distinção baseada em fator etário.

A ementa a seguir fala por si própria (RMS 21.046, j.14.12.90, *RTJ* 135/528):

> "Concurso Público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts 5º e 7º XXX): segurança concedida.
> *A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º,* caput), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação ao militares - CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil.
> *É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.*" (destacamos)

Em seu voto, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, realizou o que se pode chamar de teste de adequação ou idoneidade (máxima parcial da proporcionalidade), verificando até que ponto a exigência de limite de idade poderia ser um fator logicamente conectado às funções do cargo a ser preenchido:

> "6. Em particular, não está em causa a questão delicada de saber se haverá ou não casos em que a fixação do limite de idade se poderá legitimar como imposição da natureza ou das atribuições do cargo a preencher (cf. Ivan Barbosa Rigolin, *O Servidor Público na Constituição de 1988,* Saraiva, 1980, pp. 180 ss.).
> 7. Essa, porém, não é evidentemente a questão a solver, nas hipóteses freqüentes - como é a do caso concreto -, em que a lei exclui, da

[188] Os próximos dois Acórdãos foram citados e comentados por Suzana Barros, *op. cit.*, pp. 191-194.

regra geral da idade-limite, candidatos que já sejam servidores públicos: aí, *o conteúdo da exceção faz claro que não se cuida de uma discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.*" (destacamos)

Outro Ministro que se manifestou, em outro julgado, no sentido da aplicação do cânone da razoabilidade ou da proporcionalidade para aferir-se a legitimidade de limite de idade em concursos públicos foi o Ministro Carlos Velloso. A ementa do julgamento foi a seguinte (RMS 21.033, *RTJ* 135/958):

"Constitucional. Administrativo. Funcionário. Concurso Público. Limite de idade. Advogado de Ofício da Justiça Militar. Lei nº 7.384/85, art. 4º, II, CF, art. 7º, XXX, *ex vi* do art. 39, § 2º.

I - *O limite de idade, no caso,* para inscrição em concurso, inscrito no art. 4º, II, da Lei nº 7.384/85, *não é razoável.* Precedente do STF: RMS nº 21.046-RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7º, XXX, e 39, § 2º da Constituição.

II - Recurso provido. Segurança deferida."

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso manifestou-se pela aplicação *não radical* do art. 7º, XXX, da Constituição, ou seja, interpretando-o de forma a proibir as discriminações etárias não razoáveis: "a Corte Suprema não acolheu o dispositivo constitucional invocado - art. 7º, XXX, *ex vi* do art. 39, § 2º - de forma radical. *Ficou em aberto, parece-me, a possibilidade da fixação de limites razoáveis.* (...)"

Acompanharam o Ministro Velloso, na decisão pela concessão da segurança e na fundamentação da interpretação "proporcional" do art. 7º, XXX, da Constituição, os Ministros Célio Borja, Aldir Passarinho, Moreira Alves e Néri da Silveira, todos eles aduzindo observações claramente no sentido de que, por ser uma restrição ao direito fundamental de não-discriminação em função da idade, o dispositivo da lei inquinada de inconstitucionalidade deveria passar no teste de razoabilidade ou proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir se a proibição de importação de veículos automotores usados, promovida por ato administrativo, contrariava ou não o princípio da isonomia, sendo que diversos tribunais do país entenderam que, se é permitida a importação de veículos novos, também deveria ser permitida a importação de veículos usados. Vê-se que também neste caso o STF procurou submeter tal norma proibitiva a um teste de razoabilidade, perscrutando uma a uma as razões que poderiam embasar tal medida. Vejamos alguns excertos do voto do Ministro Carlos Velloso no Recurso Extraordinário 202.313-2-CE (*Diário de Justiça* de 19.12.96):

"No voto que proferi, quando do julgamento do MS 21.154-DF (*RTJ* 155/440), lembrei que a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles. No efetivar esse tratamento, entretanto, é que surgem as dificuldades, dado que é preciso estabelecer, registra Celso Antônio Bandeira de Mello, quem são os iguais e quem são os desiguais (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade,* RT, 1978, p. 15). (...) É que a 'discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferençado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo', ou, noutras palavras, 'a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferençada.' (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., pp. 47/50). Examinemos o caso sob julgamento. A tese do acórdão recorrido, conforme vimos, é esta: se é permitida a importação de veículos novos, não se justifica a impossibilidade de importação de veículos usados. Mas o que ocorre, em tema de importação de produtos estrangeiros, bem registrou o então Juiz Ari Pargendler, quando integrava o TRF/4ª Região, é que essa importação está sujeita ao 'controle governamental, tendo em vista os mais variados interesses nacionais; aqui e na maior parte dos países civilizados' (...). Ora, se ao poder público é permitido, em determinados momentos, tendo em vista a política econômica ou financeira, autorizar certas importações, ou proibir outras, não me parece desarrazoada a medida que, num determinado momento, autoriza a expedição de guias para a importação de veículos novos e proíbe a expedição dessas guias para a importação de veículos usados."

Em seguida, o Ministro Carlos Velloso constrói o cerne de sua argumentação, examinando a razoabilidade dos motivos que estão por detrás da medida proibitiva das importações de veículos usados:

"Em países de primeiro mundo, principalmente nos Estados Unidos da América do Norte, é intenso o consumismo. Muitos produtos são, inclusive, descartáveis, vale dizer, usados uma única vez. A troca de veículos, então, faz-se com grande velocidade. Significa dizer que produtos usados são comercializados a preços baixos. Autorizar a importação de tais produtos, muita vez rejeitados nos países de economia pujante, contribuiria para desorganizar a indústria brasileira. Em certos casos, traria para o território nacional o lixo da economia do primeiro mundo, acabando com a possibilidade de a indústria brasileira produzir os mesmos produtos, dado que não poderia ela competir com esse tipo de comércio. A comercialização de usados nacionais, no caso veículos, seria liquidada. E sabemos que a comercialização de usados nacionais constitui setor da economia brasileira."

No caso sob exame, portanto, parece-me que há 'correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele'. (Celso Antônio, op. cit., p. 37)."

O Ministro Ilmar Galvão chegou a apreciar o argumento de que a medida proibitiva da importação de veículos usados estaria em desfavor dos consumidores brasileiros de menor capacidade contributiva, aduzindo (Recurso Extraordinário 203.954-3 Ceará, *Diário de Justiça* de 07.02.97, Relator o Ministro Ilmar Galvão):

"A referida Portaria, como se percebe sem qualquer esforço interpretativo, não instituiu norma especial para casos concretos determinados, nem privou quem quer que seja de tratamento genericamente estendido a todos. Ao vedar a importação de bens de consumo usados a autoridade administrativa apenas teve em consideração a rele-

vância dos efeitos negativos, para a economia nacional, dessa espécie de atividade, agindo estritamente no âmbito do exercício do poder de polícia previsto no referido art. 237 da CF, que tem como principal escopo o interesse público. De ter-se presente que o comércio de importação é, sabidamente, um dos mais importantes instrumentos de execução da política econômica oficial, sendo possível que, no caso dos automóveis, a abertura do nosso mercado tenha tido por móvel, efetivamente, como se apregoa, o aperfeiçoamento ou a melhoria de condições de competitividade da indústria nacional, ou seja, até mesmo, o resultado de injunções ligadas ao processo de globalização da economia a que se vinculou nosso país. O que, todavia, se afigura de todo improvável é que se tenha destinado simplesmente a propiciar o acesso da população, como um todo, à celebrada excelência do produto de origem norte-americana, japonesa ou européia, como faz crer o acórdão recorrido, única hipótese aliás, em que a vedação da entrada de automóveis usados poderia soar como discriminatória, não fosse a circustância de que a sua liberação não seria fator decisivo para que os ditos fossem postos ao alcance de toda a população, sendo que considerável parcela desta, por mais favorável que fosse o seu preço, ainda ficaria sem acesso a eles."

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.655-5 Amapá, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar para suspender, com base no princípio da isonomia tributária, a vigência de artigos de lei que concediam isenção do IPVA aos proprietários de veículos automotores destinados ao transporte escolar no Estado do Amapá. Na verdade, a razão para suspender-se tal isenção foi a circunstância estranha de vincular-se a isenção ao fato dos automóveis estarem "devidamente regularizados junto à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá". O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a afirmar em seu voto que, se não fosse a vinculação da isenção a tal "regularização" dos automóveis junto a uma determinada instituição, a norma isentiva mostrar-se-ia plenamente válida. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.655-5 Amapá, *Diário de Justiça* de 24.10.97, Relator Ministro Maurício Corrêa)

De todos os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em função do princípio da isonomia, um dos mais interessantes foi certamente o relativo à constitucionalidade do Quadro Especial dos Diplomatas (MS 21.154-7 DF, *Diário de Justiça* de 28.04.95, Relator para Acórdão o Ministro Marco Aurélio), em que se decidiu, por seis votos contra cinco, ser inconstitucional a proibição de que os integrantes do Quadro Especial exercessem missão temporária ou permanente no exterior. Neste julgamento a que já fizemos referência *supra*, vários dos Ministros realizaram um vigoroso teste de proporcionalidade em relação à mencionada norma proibitiva, em que se perscrutaram a idoneidade (primeiro cânone da proporcionalidade) da proibição para o atingimento dos fins colimados, bem como sua exigibilidade ou necessidade (segundo cânone da proporcionalidade).

Segundo o Ministro Marco Aurélio, "o discrímen estabelecido distancia-se da dignidade que a Lei da República assegura ao homem". O Ministro Sepúlveda Pertence observou: "não consigo entender como razoável que o maior tempo de permanência num determinado posto - seja ainda o mais alto, que se presume decorrer do brilho da carreira do diplomata - possa servir de base, dir-se-á, não para expulsá-lo, mas, certamente, para praticamente demiti-lo do exercício das funções institucionais de sua carreira".

O seguinte excerto do voto do Minisro Carlos Velloso constitui um claro exemplo da prática jurisdicional dos cânones da idoneidade e da necessidade, tendo em vista verificar se a lei respeitou o chamado "substantive due process of law":

> "O critério adotado para a desigualização, pois, foi o fato de o servidor ter completado um certo número de anos na classe. (...) O fato de terem permanecido, alguns deles, um certo tempo na classe, autorizaria o discrímen, autorizaria a proibição de exercerem a principal das atividades da carreira - atividades de natureza diplomática e consular, em seus aspectos específicos de representação, negociação, informação e proteção de interesses brasileiros no campo internacional? Penso que não. Acho que a lei pode estabelecer um certo espaço de tempo para o exercício de certos cargos. Isto é possível. Mas, após o decurso de um certo espaço de tempo na classe - e não num cargo - impedir que o funcionário exerça uma atividade que é a principal da carreira, isto me parece uma discriminação odiosa, que trata mal o princípio da igualdade. Não há, por outro lado, em abstrato, ao que me parece, correlação lógica entre o fator diferencial e a distinção de regime jurídico em função dele estabelecida pela norma jurídica. Ou, noutras palavras, não há adequação racional entre o elemento diferencial - ter o funcionário permanecido um certo número de anos na classe - e o regime dispensado aos incluídos na categoria diferençada, observada a natureza do fato que está subjacente - a carreia diplomática, com a possibilidade de todos que nele estão incluídos de exercerem todas as atividades que lhe são próprias."

3.4.9 Proposta de tratamento da relação entre igualdade e capacidade contributiva, à luz dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal acima citados

No RMS 21.046, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, definiu-se que "a vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*)". Propomos que, para fins de controle judicial da constitucionalidade das leis em vista do princípio da igualdade tributária, se parta de uma premissa similar, segundo a qual "o critério da capacidade econômica é, senão o corolário, pelo menos a medida geral do princípio constitucional da igualdade no campo tributário (especialmente no caso dos impostos)".

Esta *medida geral* da igualdade foi definida pelo art. 145, § 1º, da Constituição e deve atuar como um fator externo com forte normatividade no que tange ao cânone interpretativo da interdição geral do arbítrio.

Desta forma, a capacidade econômica atuaria como uma forte razão *prima facie* para indicar qual o tratamento tributário que respeita a igualdade entre os cidadãos, qual a divisão da carga tributária que toma os cidadãos como iguais. Todavia, como é claro que a capacidade contributiva não é a *medida exclusiva*

da igualdade, mas a medida geral, os desvios da capacidade contributiva operados pelo legislador devem ser avaliados exatamente segundo os critérios utilizados pelo STF nos acórdãos acima, os quais podem ser resumidos na técnica da idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e na ponderação de bens jurídicos (proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, da mesma forma em que, em alguns dos casos concretos acima mencionados, o *desvio* da proibição de diferenciação em função de fator etário não se mostrou razoável, não passou no teste de proporcionalidade, nos casos em que o legislador tributário, especialmente no campo dos impostos, tomar "outro rumo" que não o indicado pela capacidade econômica real e subjetiva do contribuinte (medida geral da igualdade tributária), os meios (presunções, tipificações, restrições na dedução de despesas, custos etc.) e as finalidades (política econômica, equilíbrio orçamentário, política redistributiva, busca da igualdade de oportunidades) deste "outro rumo" devem ser sopesados tanto em sua relação intrínseca (adequação e necessidade dos meios em relação aos fins) quanto em sua relação com os princípios e valores constitucionais (ponderação jurídica propriamente dita).

O resultado do controle da adequação e da necessidade dos meios aos fins e ainda da ponderação (balanceamento) entre os bens jurídicos envolvidos não seria aceitar-se ou não o afastamento *in casu* da igualdade tributária ou da justiça tributária em nome de outro valor constitucional, mas aceitar-se ou não que *in casu* o afastamento da medida geral da igualdade (capacidade econômica real) não implicou no afastamento da própria igualdade ou justiça tributária, pois esta, como decorrência ou especialização da igualdade e justiça constitucionais, não deve nunca ser afastada.

Como veremos no próximo item, parece ser exatamente esta a tendência atual do Tribunal Constitucional Federal alemão, após décadas de críticas da doutrina especializada aos resultados decepcionantes mostrados pela mera "interdição do arbítrio" no campo tributário.

3.5 Proibição do Arbítrio, Capacidade Contributiva e Igualdade Tributária: Evolução Doutrinária e Jurisprudencial na Alemanha

Pretendemos encerrar a presente dissertação abordando um tema que de certa forma congrega e sistematiza os três capítulos do trabalho: trata-se do acompanhamento detalhado da evolução doutrinária e principalmente jurisprudencial, na Alemanha, do relacionamento entre o princípio da igualdade, o critério da capacidade contributiva e a doutrina da proibição do arbítrio.

Tomamos a abordagem deste inter-relacionamento como apropriada a estabelecer as conclusões finais do trabalho pelos seguintes motivos:

- tal inter-relacionamento implica uma visão ética do fenômeno tributário, o qual é visto como algo que demanda fundamentação axiológica pois o tributo é "construído no espaço aberto pela autolimitação da liberdade humana"[189];
- tal inter-relacionamento demonstra a prática, pelos Tribunais, das teorias que envolvem a explicação da normatividade dos princípios jurídico-constitucionais no quadro dos Estados Democráticos de Direito, através das ponderações de bens jurídicos e aplicação do cânone da proporcionalidade; e finalmente
- tal inter-relacionamento reabilita por assim dizer o princípio da capacidade contributiva em relação à crise vivida pelo princípio até a década de 70, e fixa de forma clara sua importância e seus limites como "motor operacional do princípio da igualdade"[190] no campo tributário.

Esta última seção basear-se á na obra *Capacidad Económica y Sistema Fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán,* escrita por Pedro Manuel Herrera Molina, Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Complutense de Madrid.

3.5.1 A doutrina da proibição geral do arbítrio e a "teoria das peras e das maçãs"

No Capítulo 2, principalmente nas seções em que abordamos a teoria de Alexy, vimos como o Tribunal Constitucional Federal alemão encontrou na doutrina da proibição geral do arbítrio ("Willkürverbot") o instrumental básico para promover o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis no que tange ao princípio da igualdade.

Alexy trabalhou o princípio da igualdade partindo da norma "é proibido tratar o essencialmente igual de forma desigual", explicando que esta norma é a melhor forma de entender a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o tema.

Lembremos que o conceito de "essencialmente igual" requer duas considerações: em primeiro lugar, trata-se naturalmente de uma igualdade valorativa, que fatalmente não considerará como "essencial" toda igualdade fática parcial existente entre os indivíduos. Em segundo lugar, e aqui reside o mais importante, o conceito valorativo de "essencialmente igual" deve ser explicado com a ajuda do conceito de arbitrariedade do tratamento desigual, no sentido de que existe uma igualdade essencial se e somente se um tratamento desigual seria *arbitrário*. Assim, a fórmula acima transforma-se na versão "é proibido todo tratamento arbitrariamente desigual".

Na verdade, o fio condutor da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal quanto ao controle do respeito legislativo ao princípio da igualdade nos conduz às formulações de Leibholz e Triepel. Estes autores escreveram suas teorias na primeira metade do século XX, e argumentavam que o princípio da igualdade é violado mediante aquelas diferenciações para as quais não se possa encontrar nenhum motivo, ou pelo menos nenhum motivo que mova as pessoas que disponham a pensar de modo racional, razoável ou justo. Veja-se a seguinte decisão do referido tribunal[191]:

> "La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna outra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria."

[189] TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia...*, p. 127

[190] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso...*, p. 81

[191] ALEXY, *op. cit.*, p. 391.

Ao formularem suas teorias, Triepel e Leibholz estavam nitidamente preocupados com a questão do órgão que deve possuir a competência para formular em última instância os juízos de valor no campo da igualdade. A divisão será razoável, concluíram os autores, somente se for adotada a versão fraca da máxima da igualdade, a qual reconhece ao legislador uma ampla liberdade de configuração legislativa, cabendo ao judiciário somente observar se os limites do razoável foram respeitados. É claro que se a diferenciação se baseia em algum dos traços que a própria Constituição classifica como discriminatórios (raça, cor, sexo, religião), então a norma que erige diferenciação é inconstitucional.

A versão forte da máxima da igualdade confere aos órgãos judiciários o poder de exigir do legislador a solução mais justa e funcional, aplicando-se a igualdade valorativa em um sentido ideal. Assim, a doutrina da proibição do arbítrio agasalhava a versão fraca da máxima da igualdade, segundo a qual para a admissibilidade de um tratamento desigual há de existir uma razão pelo menos não-arbitrária, e somente quando não há tal razão o tratamento igual está ordenado. Com isso, buscava-se transferir o ônus da argumentação para o tratamento desigual, pois na ausência de uma argumentação racional que demonstre a existência de uma razão suficiente para o tratamento igualitário, ficava ordenado o tratamento igual.

Ocorre que na prática, principalmente no campo tributário, a teoria da interdição do arbítrio apresentou resultados decepcionantes. É que o Tribunal mostrava-se muito condescendente com o legislador, e sempre "dava um jeito" de encontrar algum motivo considerado "razoável" para justificar o tratamento diferenciado do legislador. Quase sempre tal tratamento diferenciado chocava-se frontalmente com o critério da capacidade contributiva, e então o Tribunal, argumentando que a capacidade contributiva era somente "um dos critérios que poderia justificar a igualdade", aceitava automaticamente a presença de outros motivos para a quebra da capacidade contributiva.

Vejamos dois exemplos. Num julgamento realizado em 1962 (BverfGE 14, 34), o Tribunal examinou as diferenças de tratamento tributário entre os indivíduos solteiros maiores de 65 anos, e os indivíduos casados maiores de 65 anos. O Tribunal rejeitou o pleito dos cidadãos casados maiores de 65 anos, que se viam em situação detrimentosa perante os solteiros, argumentando que tal diferença já existia havia várias décadas, e ainda que, nada obstante vários casados não se encaixassem na "tipificação legal" que presumia que os casados tinham muito menos custos para sua subsistência do que os solteiros, o legislador poderia validamente basear-se em casos típicos dado o caráter geral da lei. Ou seja, o desvio da capacidade contributiva foi admitido sem mais, mediante uma simples remissão à antigüidade do benefício dos solteiros, e ao caráter *iure et de iure* da tipificação legal, deixando de proceder à ponderação de bens jurídicos e ao teste de proporcionalidade.

O segundo exemplo chega às raias do ridículo. Em 1965, o Tribunal decidiu (BverfGE 19,66) uma questão relativa ao tratamento diferenciado (isenção do imposto sobre o volume de vendas) entre dois produtos: café moído e café solúvel. O Tribunal encontrou no tratamento diferenciado (somente o café moído estava isento) o seguinte fundamento razoável: no caso do café solúvel, adicionamos água quente para misturar o café na água e depois beber, ao passo que no café moído deve-se extrair a essência do café mediante água fervendo. Sendo assim, o consumo do café moído exige maior cuidado, esforço e tempo do que o consumo do café solúvel, pelo que se justifica que o primeiro esteja isento do imposto e não o segundo[192].

À medida que o Tribunal passava a admitir qualquer motivo como "razoável" para a quebra da capacidade contributiva e o conseqüentemente tratamento desigual, a doutrina alemã denunciava o engodo da doutrina da interdição do arbítrio, que foi comparada jocosamente por Friauf com a teoria das peras e das maçãs.

Tipke assim comenta a teoria das peras e das maçãs[193]:

> "Em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal se diz que o princípio de igualdade impõe que apenas os casos iguais sejam tratados igualmente. Mas, como é difícil haver dois casos que sejam completamente iguais, poderia o Tribunal deixar de aplicar o princípio da igualdade, apontando quaisquer desigualdades. Friauf chamou a isso " 'teoria das peras e das maçãs'": maçãs não são peras, e, assim, se devem tratar juridicamente as maçãs de modo diferente de como se tratam as peras. Mostra-se alguma diferença: forma, sabor, cor etc. e, sem maior exame, daí se tira a conclusão automática de que, em razão das diferenças existentes, será permitido um tratamento desigual, que de qualquer modo não parecerá arbitrário.'"

Outro teórico que, além de Friauf e Tipke, criticou a doutrina da interdição do arbítrio foi Starck, segundo o qual esta teoria pode no máximo "ilustrar" a aplicação do princípio da igualdade, mas não lhe dar um autêntico conteúdo[194]. De resto, o próprio Canotilho denuncia em seu Direito Constitucional a incapacidade da teoria da interdição do arbítrio dotar de conteúdo material o princípio da igualdade.

Diante de tantas críticas, o próprio Tribunal houve por bem buscar uma aplicação mais rígida de seu cânone, o que ficou conhecida por "nova fórmula": além de não poder ser considerado arbitrário, o motivo da diferenciação havia de ter uma categoria e um peso tais que justificassem um tratamento igual. Todavia, nem esta "nova fórmula" calou as críticas da doutrina. Para Rüfner, o Tribunal não considerou a nova fórmula como uma ruptura em relação ao cânone anterior, sendo que os resultados dos julgamentos comprovam esta ausência de ruptura: enquanto a fórmula tradicional - ainda empregada com relativa freqüência - requer somente um controle rudimentar - a "nova fórmula" requer um controle mais rígido e detalhado[195].

3.5.2 As duas etapas da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, segundo Molina

Segundo o trabalho de Pedro Molina, assistiu-se nos últimos 30 anos a uma lenta evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que pode ser resumida desta forma: num primeiro momento, a interdição do arbítrio é aplicada de forma autônoma e independente, dando-se pouco ou quase nenhum peso

192 MOLINA, *op. cit.*, p. 34.
193 TIPKE, Klaus. *Princípio de igualdade...*, p. 519.
194 C. Starck, "Artikel 3", *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin-Frankfurt a.M., 1985, vol. I, p. 11 *apud* MOLINA, *op. cit.*, p. 27.
195 MOLINA, *op. cit.*, p. 28.

específico para a capacidade contributiva, que não é vista como possuidora de um peso especial frente as outras motivações do legislador. Após uma etapa de transição, chega-se a um período em que a capacidade contributiva é posicionada como medida geral da igualdade constitucional na esfera tributária e passa a constituir um direito fundamental dos contribuintes a contribuir de acordo com a capacidade econômica, direito este que não é absoluto, mas cujas restrições devem ser examinadas à luz de um rigoroso teste de proporcionalidade, e não somente de ausência de artbitrariedade.

- Análise da primeira fase da jurisprudência

Na primeira fase da jurisprudência, contribuir de acordo com a capacidade contributiva, apesar de considerado pelo Tribunal como atuante do princípio da igualdade no campo tributário, não era visto como um direito dotado de um peso específico na Constituição, o que fazia com que o critério da capacidade contributiva cedesse automaticamente frente a outras considerações razoáveis do legislador. As duas decisões citadas acima (BverfGE 14, 34 e BverfGE 19,66) compartilham dessa visão, visão que levou parte dos teóricos alemães a uma posição de franco pessimismo.

Vejam-se os seguintes comentários de Molina sobre o posicionamento do Professor Kruse, que de uma postura otimista na sua juventude quanto à justiça tributária foi levado a um grande ceticismo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal[196]:

> "El profesor KRUSE es igualmente escéptico sobre el principio de capacidad económica. La capacidad económica puede ofrecer un criterio de igualdad el legislador, pero no tiene por qué ser así necesariamente. Esto explica que - según el BVerfG - el legislador no esté obligado a llevar a la práctica de forma pura el principio de capacidad económica. El principio de capacidad económica concurre con otros motivos de diferenciación (presupuestarios, de política financiera, macroeconómicos...) y no existen prioridades generales. Es el legislador quien debe decidir. 'El principio de imposición según la capacidad económica sólo es un postulado de la Hacienda, un argumento, pero no es un principio jurídico com fuerza normativa'. 'El principio de imposición según la capacidad económica no es un principio fundamental de la imposición. Un principio fundamental no consiente que su ámbito de aplicación se restrinja fundamentalmente y el Tribunal constitucional constriñe particularmente da exigencia fundamental de la capacidad económica al Impuesto sobre la Renta."

Nesta primeira fase, vive-se o período do apogeu da proibição do arbítrio. Nele, considerações do legislador atinentes à "tradição do direito alemão" (BVerfGE 14, 34, 38, BVerfGE 16, 302, 309, BVerfGE 27, 111, 126), considerações econômicas, de técnica tributária, praticabilidade ou política financeira (BVerfGE 21, 54, 63), podem prevalecer sem qualquer exigência de proporcionalidade frente à capacidade contributiva.

Com efeito, perpassa toda a primeira fase uma orientação segundo a qual o legislador não é obrigado a levar a ferro e fogo o princípio da capacidade contributiva, e pode por exemplo reduzir drasticamente as deduções com gastos necessários se isto gerar uma poupança de recursos públicos no que tange à fiscalização do tributo, ou quando esta medida faz parte de um programa para o atingimento de um orçamento equilibrado ou redução do déficit público (BVerfGE 27, 58, 66). Todas estas são decisões da década de 60[197].

Mas nesta primeira fase encontramos métodos interessantes de controle judicial em relação ao princípio da igualdade, que pontualmente dotam a doutrina de proibição do arbítrio de maior eficácia. Um deles é a utilização da proibição do arbítrio como mero critério auxiliar na aplicação dos direitos fundamentais.

O exemplo clássico da aplicação deste método é a decisão de 1957 que declarou inconstitucional a tributação conjunta dos cônjuges pelo imposto de renda, com incidência de alíquotas mais gravosas (por força da progressividade). Neste julgamento (BVerfGE 6,55) , prevaleceu o entendimento de que o princípio de igualdade não se esgota na interdição do arbítrio, pois o legislador também deve ater-se ao disposto nas demais normas fundamentais previstas na Constituição e que expressam juízos de valor sobre o contribuinte em diversas esferas do ordenamento jurídico e social. Ao argumento de que o maior gravame se justificava porque a lei supunha que a vida em casal gerasse a poupança de certos gastos presentes na vida de solteiro, a sentença respondeu que o sistema impositivo na Alemanha era baseado na tributação individual e se desconhecia a poupança de gastos como manifestação de capacidade contributiva.

Por outro lado, e principalmente por isso, o Tribunal enxergou nesta tributação um desincentivo inconstitucional para o trabalho da mulher fora do lar, um desincentivo da constituição do casamento, e uma medida de praticabilidade cuja finalidade poderia ser conseguida por outras formas, sem a necessidade de ferir direitos fundamentais.

Vê-se pois que nesta sentença resta bastante clara uma certa ponderação de bens jurídicos e um juízo de proporcionalidade, sobre a adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma[198].

Em outras situações que envolviam a instituição da família (medidas antielisivas direcionadas a contratos de trabalho entre os cônjuges ou entre pais e filhos) o rigor do Tribunal manteve-se maior, o que leva à conclusão de que, quando está em jogo um direito fundamental a proibição do arbítrio ganha rigidez, sendo que os motivos de praticabilidade da administração tributária (inclusive os antielisivos) não se impõem frente aos interesses maiores que protegem a não-discriminação da instituição da família.

Mas sempre que o demandante não se encontra amparado num outro direito fundamental, os interesses do fisco ou motivos um tanto quanto "fabricados" pelo Tribunal justificam a quebra da capacidade contributiva. Um caso paradigmático sobre esta primeira fase é o relativo à tributação, pelo imposto de renda, dos incrementos patrimoniais de imóveis.

À época da sentença (6.7.1969 - BVerfGE 26, 302), somente eram tributados pelo imposto de renda os incrementos no valor de imóveis que fossem objeto de exploração empresarial ou profissional. Os imóveis não afetados a atividades profissionais e empresariais não tinham sua plusvalia tributada, mas os

[196] *Idem*, p. 51.

[197] *Idem*, p. 35.

[198] *Idem*, pp. 30-31.

imóveis que ficassem no patrimônio do proprietário por um período inferior a dois anos tinham sua plusvalia tributada, ainda que não estivessem afetados à exploração empresarial ou profissional. Nestes casos, a legislação tinha os imóveis como "negócios especulativos".

Colocada a questão da justificativa desta discriminação para o Tribunal, este reconheceu que tanto os imóveis afetados quanto os não-afetados poderiam ter suas plusvalias tributadas (o que seria de acordo com a justiça tributária), mas no caso concreto "el motivo objetivamente convincente para este tratamiento desigual está en que el legislador cree que sólo puede calificar las ganancias derivadas de la enajenación de elementos patrimoniales como ingresos cuando han sido obtenidas dentro de un corto período de tiempo", sendo que em momento algum o Tribunal busca examinar em que se funda a crença ou o desejo do legislador de tributar uma categoria e não tributar outra.

É a partir destes julgamentos que entendemos as críticas de Tipke antes mencionadas. Num artigo publicado em 1998, traduzido por Luís Eduardo Schoueri, Tipke volta à carga[199]:

> "As cortes constitucionais da Alemanha, Itália e Espanha não consideram ocorrer uma ofensa ao princípio da igualdade por desvios do princípio da capacidade contributiva. Elas entendem que o princípio da igualdade somente será ferido se o parâmetro de comparação for rompido por razões arbitrárias. *Nega-se, no entanto, a ocorrência do arbítrio, se o tratamento desigual puder ser sustentado, por exemplo, por motivos político-financeiros, macroeconômicos ou de técnica tributária. Com isso, as referidas cortes constitucionais estão seguindo a teoria do arbítrio sustentada pelo doutrinador de Direito do Estado, Gerhard Leibholz. A teoria do arbítrio deveria ser abandonada.*" (destacamos)

- Análise da segunda fase da jurisprudência

A modificação da primeira para a segunda fase resume-se no seguinte: a capacidade contributiva deixa de ser um dos critérios pelos quais se pode guiar o legislador em suas disposições tributárias, e passa a ser a medida geral da igualdade no campo tributário, inclusive baseando um direito fundamental a ser tributado de acordo com a capacidade contributiva, decorrente do direito fundamental de igualdade. Esta medida geral da igualdade não é absoluta, mas se exige para seu afastamento um exame de necessidade, adequação e proporcionalidade, perfazendo-se uma rígida ponderação de bens jurídicos.

A partir de então, começa a configurar-se na prática o proposto na teoria de Moschetti, que confere à capacidade contributiva um caráter verdadeiramente central (mas não exclusivo) no âmbito da justiça tributária[200]:

> "No existe tan sólo el límite extremadamente genérico de la prohibición de lo ilógico, de lo incoherente, de lo arbitrario. Antes bién, existe el límite del principio de capacidad contributiva; éste no es un límite implícito, obvio, interno a cada norma, sino un límite externo, de sujeción a una norma superior."

Representando uma etapa de transição entre a primeira e a segunda fases, Molina traz à baila uma jurisprudência de 1976 (BVerfGE 43, 108), em que é analisada a possibilidade de supressão das deduções com gastos relativos à manutenção de filhos menores previstas na legislação do imposto de renda.

Neste caso, apesar da decisão final ter sido desfavorável ao contribuinte, o Tribunal reconheceu que "es un principio fundamental de la justicia tributaria que la tributacion debe regirse según el principio de capacidad económica. Esta consideración es especialmente válida para el Impuesto sobre la Renta (...) de él deriva que dentro de la regulamentación del Impuesto sobre la Renta hay que tomar en consideración aquellos gastos que quedan fuera del ámbito de la obtención de los ingresos y son inevitables para el contribuyente"[201].

A decisão do Tribunal foi desfavorável ao contribuinte porque o Tribunal considerou que a supressão das deduções era compensada pelo fato do Estado conceder ajudas econômicas diretamente aos pais em função do número de filhos, sem que tais ajudas fossem submetidas ao imposto de renda. Isso vem demonstrar que o Tribunal começava a tratar a capacidade contributiva como não somente um argumento a mais dentro da interdição do arbítrio, mesmo quando a capacidade contributiva não estava ligada no caso concreto a nenhum outro direito fundamental.

A decisão do Tribunal que marca a entrada em uma nova fase, constituindo um verdadeiro ponto de inflexão, foi tomada em 1982 (BVerfGE 61, 319), e definiu que "La carga económica que supone el deber de sostener a los hijos es una circunstancia especial que restringe la capacidad económica de los padres. El legislador no puede dejar de considerar esta carga ineludible sin quebrantar la justicia tributaria." Tratava-se no caso da discriminação dos indivíduos que possuíam filhos e eram separados, viúvos ou solteiros, e assim incorriam em despesas pois tinham que deixar os filhos em alguma instituição enquanto trabalhavam[202].

O Tribunal considerou que as normas impugnadas da legislação do Imposto de Renda eram incompatíveis com a Constituição, mas não as declarou inconstitucionais ou deixou de aplicá-las. Para evitar o risco de um vazio jurídico, concedeu prazo para que o legislador ditasse uma nova legislação baseada em prestações sociais ou diminuições da carga tributária.

Em outra sentença, o Tribunal afirma expressamente que está aplicando a "nova fórmula" (em detrimento da tradicional interdição do arbítrio), e dispõe categoricamente que as necessidades financeiras do Estado não justificam um

[199] TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, *in Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. SCHOUERI e ZILVETI (orgs.). São Paulo : Dialética, 1998, p. 69.

[200] MOSCHETTI, F. *La capacitá contributiva, in* AMATUCCI. *Trattato di Diritto Tributario*. Padova : Cedam, p. 230, *apud* MOLINA, *op. cit.*, p. 74.

[201] *Idem*, p. 53.

[202] "La sentencia considera que, por regla general, en caso de matrimonio, no suelen surgir gastos de custodia de hijos, pues dicha labor puede realizarla uno de los cónyuges, y en el caso de que ambos trabajen disponen de mayores ingresos para pagarlos (a excepción de que ambos se vean obligados a trabajar con un salario muy pequeno o que uno de los conyuges se encuentre impedido). Sin embargo, los padres sin pareja y com hijos - salvo que preciban ayudas de un tercero - se vem obligados a incorporarse al mundo laboral, lo que implica unos gastos de custodia de los hijos que disminuyem su capacidad económica, sin que la legislación tributaria contemple suficientemente esta disminución". *Idem*, p. 55.

imposto inconstitucional, pois mesmo que o Estado necessite reduzir o seu déficit, não pode criar injustiça na repartição da carga tributária. O importante é que esta decisão (BVerfGE 82, 60) foi proferida em um processo que não envolvia outros direitos fundamentais como a proteção especial do Estado ao matrimônio e à família (art. 6º, inc. 2 da Constuição alemã): neste caso estava em jogo tão-somente o direito de contribuir em função da capacidade contributiva[203].

3.5.3 Conclusão: modelo teórico que se pode firmar a partir da atual jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão

A partir da análise da evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vejamos como concatenar um modelo teórico que possa orientar o poder judiciário no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos frente a alegações de desrespeito à igualdade tributária.

Vimos anteriormente que, no apogeu do princípio da capacidade contributiva, este foi considerado, principalmente pelos italianos seguidores de Grizziotti, como capaz de encarnar em si, com exclusividade, o conteúdo do princípio da igualdade no campo tributário, o que implicou ou na condenação incompreensível da extrafiscalidade (Sáinz de Bujanda) ou na identificação artificial desta com a capacidade contributiva, que acaba por tornar a capacidade contributiva um "passe partout".

Depois deste apogeu (que aliás nunca teve correspondência na jurisprudência), sobreveio uma crise funesta, que de certa forma persiste até hoje nos principais Tribunais Constitucionais. Esta crise implicou que a capacidade contributiva fosse não só retirada da condição de "encarnação do princípio da igualdade", como depreciada ao ponto de tornar-se somente *um argumento a mais* dentre os vários critérios disponíveis para que o legislador operasse arranjos tributários não-arbitrários. Dentre esses critérios que concorriam em pé de igualdade com a capacidade contributiva, estavam não só as políticas redistributivas que atendem ao princípio do Estado Social, mas principalmente os interesses de equilíbrio orçamentário do Estado, os objetivos de políticas macroeconômicas gerais ou específicas, os reclamos da praticabilidade e da eficiência da administração tributária, isto sem falar em critérios "adivinhados" pelos Tribunais, que não raro vasculhavam o inconsciente do legislador e dali sacavam algo que permitia caracterizar como não arbitrária a discriminação.

Liderado principalmente pela doutrina alemã, surgiu um movimento de reabilitação da capacidade contributiva, que busca levar mais adiante o cânone da proibição do arbítrio, que se mostrou extremamente decepcionante em seus resultados práticos nos Tribunais. Este movimento de reabilitação diz algo muito simples: o critério da capacidade contributiva não é algo que decorra logicamente do poder do legislador operar distinções, mas sim algo que é externo à interdição do arbítrio e deve incidir sobre este como o critério fundamental no campo da igualdade tributária. Este caráter externo se explica a partir da norma constitucional que define a capacidade contributiva como *medida igual da repartição da carga tributária*. É certo que esta medida igual, que confere aos contribuintes um direito fundamental a concorrer aos gastos públicos mediante a consideração de sua capacidade contributiva, não é absoluta, podendo ceder ante outros critérios, os quais, todavia, devem ser examinados segundo o cânone da ponderação de bens jurídicos e proporcionalidade (adequação, necessidade).

[203] *Idem.*, p. 58.

Em nossas conclusões parciais quanto à relação entre igualdade e capacidade contributiva, escrevermos que a *justiça tributária* é a especificação, no terreno tributário, da *justiça constitucional,* e que esta, por sua vez, adquire com o Estado Democrático de Direito uma dimensão fundamental, o qual aponta para a eliminação das desigualdades fáticas ilegítimas, que impedem o livre exercício das liberdades individuais. A partir disso, concluímos também que se a justiça tributária reduzir-se exclusivamente ao critério da capacidade contributiva, o atendimento daquela dimensão de construção de igualdade substancial ficaria prejudicado, pois o que a capacidade contributiva aponta é para um critério de neutralidade, segundo o qual os indivíduos devem submeter-se a um mesmo sacrifício tributário. Finalmente, estabelecemos que a capacidade contributiva tem um lugar muito importante (inclusive com previsão expressa constitucional) enquanto subprincípio principal que especifica, em uma ampla gama de situações, o princípio da igualdade tributária (principalmente os impostos de arrecadação estranha a fins extrafiscais), mas que não deve ser vista como encarnando exclusivamente em si o próprio princípio da igualdade tributária, pois o critério da capacidade contributiva não tem condições de, no contexto de um Estado Democrático de Direito, fundamentar a totalidade do fenômeno tributário, o qual por sua vez não deve ser visto como algo isolado, mas como algo integrado nos valores que plasmam a justiça constitucional.

Neste momento cabe aduzir o seguinte: a prática universal demonstra que os principais arranhões à capacidade contributiva subjetiva ou real, e conseqüentemente ao princípio da igualdade no campo tributário, não partem de políticas redistributivas inspiradas na busca da igualdade fática, mas sim de interesses arrecadatórios menores, fruto ou da pura sanha fiscal dos governos tecnocratas, ou de favoritismos e *lobbies* parlamentares escusos e confessados, ou de medidas que canonizam a praticabilidade da administração tributária sem o menor pudor para com valores constitucionais maiores.

Diante desta realidade, cabe avançar um pouco mais e estabelecer que a capacidade contributiva é a medida geral da igualdade constitucional no campo tributário, critério que como razão *prima facie* deve presidir a repartição da carga tributária e cuja vinculação íntima com o princípio da igualdade faz nascer para o contribuinte um direito de contribuir segundo a própria capacidade econômica.

O critério da proibição do arbítrio, que por si só não garante muita coisa, deve ser dessarte informado por um fator externo dotado de forte normatividade, no campo tributário exatamente o critério da capacidade contributiva. Esta forte normatividade de um fator externo com peso qualificado pela própria ligação constitucional (explícita ou implícita) entre igualdade e capacidade contributiva, dota de maior eficácia o cânone da proibição do arbítrio.

Esta maior eficácia reside na exigência de que o critério que concorre com a capacidade contributiva seja *in casu* submetido a um teste rigoroso de proporcionalidade ou razoabilidade, em que se verifique se o desvio da capacidade contributiva é justificado por alguma regra ou princípio constitucional, se o meio utilizado é necessário e adequado para o atingimento daquele fim, e finalmente

se vence um juízo de proporcionalidade, pelo qual são ponderados os diversos bens jurídicos envolvidos, com seus respectivos pesos.

Através do cânone da adequação ou idoneidade, verificar-se-á se o tratamento diferenciado X, que representa um desvio da capacidade contributiva, realmente serve ao atingimento do fim F colimado pela legislação, o qual deve necessariamente encontrar guarida na Constituição. Avançando ainda mais, verificar-se-á se não há uma forma X' que também propicia em igual medida o atingimento de F, mas representa menores danos à capacidade contributiva, o que se dá através de um juízo de necessidade ou exigibilidade. Finalmente, sopesar-se-á (juízo de proporcionalidade em sentido estrito) o valor constitucional que fundamenta o fim F e o valor constitucional da capacidade contributiva como *medida geral da igualdade* no campo tributário, ponderando-os a fim de que se estabeleça, nas condições do caso concreto, qual dos bens jurídicos deve prevalecer[204].

Ao realizarem-se tais procedimentos, teremos uma perspectiva de decisões judiciais mais justas no que tange à legitimidade das presunções fiscais e outras tipificações relativas à base de cálculo, limites de deduções fiscais etc., ao tratamento tributário dos efeitos da inflação, principalmente nos tributos sobre a renda e o patrimônio, ao tratamento dos encargos familiares na imposição sobre a renda e outros.

Sendo assim, não se propõe em absoluto a volta da capacidade contributiva como "superprincípio" ou como encarnação da justiça tributária ou ainda como exclusiva realizadora do princípio de igualdade. O que se propõe é que seja reconhecido seu caráter de critério definido pela Constituição como o mais apropriado a constituir a *medida geral* do reparto das cargas tributárias, que poderá ceder frente a outros critérios (ponderação, proporcionalidade), principalmente frente aos reclamos da extrafiscalidade dirigida à busca da igualdade substancial no Estado Democrático de Direito. Todavia, o Poder Judiciário deve examinar com bastante rigor tal concorrência de critérios, da mesma maneira que se pede rigor no exame da proporcionalidade de uma norma que restringe um direito fundamental[205].

[204] Segundo Suzana Barros, "o problema da igualdade na lei é também solucionado pela utilização do teste da proporcionalidade, tal como é levado a efeito em se tratando de leis restritivas de direito. A verificação do respeito de uma lei ao postulado da isonomia requer seu exame intrínseco, iluminado pelos fins eleitos pelo legislador. São, portanto, passíveis de reavaliação as valorações efetuadas pelo legislador. Esta conclusão não autoriza uma outra, a de que o juiz pode substituí-las pelas suas, mas evidencia que o processo é controlável: a escolha de uma diferença D em razão de uma finalidade F tem de ser adequada, exigível e proporcionada. (...) Para a solução do que seja arbitrário no sentido antes assinalado, há o intérprete de socorrer-se do princípio da proporcionalidade". BARROS, *op. cit.*, pp. 184-189.

[205] Segundo Tipke, "o princípio da igualdade é uma decorrência do postulado da justiça. Sacrificando-se a justiça por qualquer motivo que não se considere totalmente irrelevante, então não se lhe conferirá - como se exige em um estado de direito - um valor prioritário mas secundário. Exige-se que se valorize, de um lado, a justiça tributária e, de outro o objetivo que se pretende seja justificado através da exceção à regra da justiça tributária. No meu entender, a exceção à regra da justiça somente se justifica se deste modo o bem comum se vir melhor servido que com a pura justiça tributária. Tal ponderação leva claramente a outro resultado, que não a exceção da justiça por qualquer razão que não se considere completamente imaterial". TIPKE, Klaus. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária, *in Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Brandão Machado.* SCHOUERI e ZILVETI (orgs.). São Paulo : Dialética, 1998. p. 69.

Não que consideremos que uma política fiscal de redistribuição, de renda por exemplo, esteja restringindo o direito fundamental da igualdade, o qual como já vimos não é só igualdade *de iure* e inclui em si a dimensão criadora de realidade fática, mas é que a prática demonstra que, na maioria das vezes, quem concorre com o *titã* constitucional da capacidade contributiva não é o *titã* do princípio redistributivo ínsito ao Estado Social, mas sim algo ou alguém bem mais franzino, tanto na compleição física quanto na estatura moral.

Índice Sistemático

Sumário 7

Breve Preparação ao Enfrentamento Jurídico do Tema da Igualdade 9

1. Em Busca da Justiça: o Ceticismo Kelseniano, a Teoria da Justiça de Rawls, a Teoria Discursiva de Habermas e a Concepção de Igualdade Distributiva de Dworkin 11
1.1 A Justiça para Kelsen 11
1.1.1 A análise crítica de Kelsen sobre as diversas normas de justiça 14
1.1.2 As normas de justiça do tipo metafísico: crítica de Kelsen à Idéia de Justiça em Platão 15
1.1.3 A fórmula do *suum cuique*, a regra de ouro e o imperativo categórico de Kant 15
1.1.4 Justiça e igualdade: a crítica de Kelsen dirigida à teoria da igualdade perante a lei 17
1.2 O Conceito de Justiça Formal Construído por Chaïm Perelman 18
1.2.1 As seis concepções mais correntes de justiça concreta, segundo Perelman 19
1.2.2 A noção de justiça formal (vinculada à igualdade) como o substrato comum às seis concepções de justiça 21
1.2.3 A distinção entre concepção moral e concepção jurídica da justiça ... 21
1.2.4 A arbitrariedade das normas segundo a teoria de Perelman 23
1.2.5 Os três elementos da justiça de um sistema normativo para Perelman 25
1.2.6 Conclusão de Perelman sobre o papel da razão no estabelecimento de um sistema normativo 25
1.2.7 A crítica de Kelsen ao conceito de justiça formal construído por Perelman 26
1.2.8 Conclusões sobre o pensamento de Perelman em sua relação com o de Kelsen 27
1.3 Crítica da Teoria Pura do Direito e sua Visão da Justiça e da Igualdade 30
1.3.1 A norma fundamental como o "calcanhar de Aquiles" da pureza metodológica de Kelsen 31
1.3.2 O princípio da eficácia e sua problemática inserção no quadro da teoria pura do direito 33
1.3.3 Kelsen e seu estudo sobre a democracia 37
1.4 A Teoria da Justiça de John Rawls 41
1.4.1 Síntese da teoria da justiça de John Rawls 42
1.4.2 Os dois princípios de justiça propostos pela teoria de Rawls 45
1.4.3 O primeiro princípio de justiça social 47
1.4.4 Liberdade igual 47
1.4.5 Constituição e justiça política: o direito à igual participação eqüitativa 50
1.4.6 O segundo princípio de justiça social 51
1.4.7 Igualdade eqüitativa de oportunidades 53
1.4.8 O princípio da diferença 54
1.4.9 O conceito de justiça procedimental pura 55
1.4.10 Estado de Direito ("the rule of law") e justiça formal ("justice as regularity") em A theory of justice 57
1.4.11 A seqüência dos quatro estágios de concretização dos princípios de justiça 58
1.4.12 Os três níveis em que se aplica a idéia de igualdade: o Estado de Direito (igualdade formal), os princípios de justiça (igualdade material) e a base (fundamento) da igualdade 60
1.4.13 Os dois planos em que atua a igualdade substantiva na estrutura básica da sociedade: os papéis distintos de cada princípio de justiça 61

1.5 Breve Excurso sobre a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas .. 63
1.5.1 A necessidade do direito positivo 70
1.5.2 A conciliação da autonomia privada e da autonomia pública 71
1.5.3 O sistema de direitos fundamentais 74
1.5.4 Poder comunicativo e direito 75
1.5.5 A formação discursiva da vontade política 76
1.5.6 O Estado Democrático de Direito 78
1.5.7 Os paradigmas jurídicos do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito 79
1.5.8 A relação dialética entre igualdade de fato e igualdade de direito 82
1.6 A Igualdade Distributiva para Ronald Dworkin 85
1.6.1 Igualdade de bem-estar 86
1.6.2 Crítica às teorias da igualdade de bem-estar como igualdade de sucesso individual - "success theories" 88
1.6.3 Crítica às teorias da igualdade de bem-estar como igualdade de satisfação, contentamento ("conscious state theories") 90
1.6.4 Crítica às teorias objetivas do bem-estar 91
1.6.5 Igualdade de recursos ("equality of resources") 91
1.6.6 Os tributos vistos como prêmios de seguro 96
1.6.9 A teoria da igualdade de Dworkin em comparação com a teoria da justiça de Rawls 98
1.7 Conclusão Parcial: a Viabilidade, a Funcionalidade e o Conteúdo Mínimo de uma Teoria Filosófica da Igualdade e da Justiça 101
1.7.1 Afinal, o que é a igualdade? 105

2. Princípio Constitucional da Igualdade - Aspectos Fundamentais 111
2.1 A Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos (Dworkin e Alexy) 112
2.1.1 Conceito semântico de norma e conceito de norma de direito fundamental 113
2.1.2 Princípios e regras como espécies de normas jurídicas - a teoria de Dworkin 115
2.1.3 A teorização de Alexy 118
2.1.4 Os princípios jurídicos e a máxima de proporcionalidade 122
2.1.5 As normas de direito fundamental organizadas num modelo híbrido regra/princípio 124
2.2 O Princípio da Igualdade no Modelo Normativo de Alexy 128
2.2.1 A fórmula fundamental do mandato de igualdade e o conceito de arbitrariedade 131
2.2.2 Os princípios de igualdade *de iure* e de igualdade de fato e o "paradoxo da igualdade" 133
2.3 Igualdade e Diretividade da Constituição para Canotilho 135
2.3.1 A insuficiência da doutrina da proibição do arbítrio como "conteúdo do princípio da igualdade" 138
2.4 A Doutrina de Konrad Hesse sobre a Igualdade 140
2.5 A Posição de Alguns Autores Brasileiros 142
2.6 Crítica do Modelo Normativo de Alexy 158
2.7 Proposta de Enfoque acerca do Princípio Constitucional da Igualdade 162

3. O Princípio Constitucional da Igualdade Tributária 173
3.1 Mirada Histórica sobre a Evolução das Finanças Públicas 173
3.1.1 Finanças públicas no capitalismo comercial: o surgimento dos Estados Nacionais e o mercantilismo 174
3.1.2 Finanças públicas no capitalismo industrial: o florescimento definitivo do Estado Fiscal 176
3.1.3 Do Estado Tributário ao Estado Social Fiscal: as finanças públicas no séc. XX 179
3.1.4 Conclusões parciais 182
3.2 Igualdade e Capacidade Contributiva 183

3.2.1 A capacidade contributiva como o principal cânone ou princípio da tributação defendido por Adam Smith 186
3.2.2 Fundamentações teóricas do princípio da capacidade contributiva 188
3.2.3 Conceito de capacidade contributiva e sua relação com o princípio da igualdade 191
3.2.4 Capacidade econômica, capacidade contributiva, mínimo existencial e proibição de tributo confiscatório 197
3.2.5 Capacidade contributiva absoluta e capacidade contributiva relativa 198
3.2.6 Capacidade contributiva, pessoalidade e sua aplicação às diversas espécies tributárias 201
3.2.7 Capacidade contributiva, solidariedade e contribuições especiais (previdenciárias, corporativas e interventivas) 206
3.2.8 Conclusão sobre a relação entre igualdade e capacidade contributiva: a justiça tributária e a justiça constitucional 211
3.3 Igualdade, Proporcionalidade e Progressividade 215
3.3.1 Progressividade como decorrência lógica da capacidade contributiva 219
3.4 "Judicial Review" e Igualdade Tributária: Aproximação Inicial 224
3.4.1 A doutrina de Alfredo Augusto Becker e a eficácia do princípio 224
3.4.2 Controle jurisdicional dos benefícios fiscais desarrazoados e da exclusão desarrazoada dos benefícios fiscais - exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 228
3.4.3 Jurisprudência das cortes constitucionais 234
3.4.4 Suprema Corte Norte-Americana 235
3.4.5 Jurisprudência e doutrina argentinas 236
3.4.6 Tribunal Constitucional Espanhol 238
3.4.7 Tribunal Constitucional Italiano 241
3.4.8 Supremo Tribunal Federal 242
3.4.9 Proposta de tratamento da relação entre igualdade e capacidade contributiva, à luz dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal acima citados .. 247
3.5 Proibição do Arbítrio, Capacidade Contributiva e Igualdade Tributária: Evolução Doutrinária e Jurisprudencial na Alemanha 248
3.5.1 A doutrina da proibição geral do arbítrio e a "teoria das pêras e das maçãs" 249
3.5.2 As duas etapas da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, segundo Molina 251
3.5.3 Conclusão: modelo teórico que se pode firmar a partir da atual jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão 256

Bibliografia 265

Bibliografia

AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen.* Belo Horizonte : Fac. de Direito da UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1997.

ARISTÓTELES. *A Política.* Tradução de Roberto Leal Ferreira. 1ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1992.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* São Paulo : Malheiros, 1980.

_. IOC - Imposto sobre operações de câmbio - Isenções. Isenções do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 - Interpretação Integrativa. *In Revista de Direito Tributário* (separata), vol. 44, São Paulo : RT, 1988,

_. Progressividade e capacidade contributiva. *In V Congresso Brasileiro de Direito Tributário.* São Paulo : RT, 1991.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* 7ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

_. *Uma introdução à Ciência das Finanças.* 14ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

BALERA, Wagner. A contribuição social sobre o lucro. *In Revista de Direito Tributário* nº 67, São Paulo : Malheiros, s/d.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo : Saraiva, 1989, vol. II.

BAYNES, Kenneth. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. *In The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1995.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário.* 3ª ed. São Paulo : Lejus, 1998.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise.* Brasília : UnB, 1995.
_. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política.* São Paulo : UNESP, 1995.
_. *Igualdade e liberdade.* Rio de Janeiro : Ediouro, 1996.
_. *Liberalismo e democracia.* São Paulo : Brasiliense, 1995.
_. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito.* São Paulo : Ícone, 1995.
_. *Teoria generale del diritto.* Torino : G. Giappichelli, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1992.

BORGES, José Souto Maior. A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Tributário* nº 64, São Paulo : Malheiros, s/d.
_. IOF - Isenção nas operações de Importação. *In Revista de Direito Tributário,* vol. 47, São Paulo : RT, 1989.
_. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público* nº 93, São Paulo : Malheiros, s/d.

BUJANDA, Saenz de. *Hacienda y Derecho.* Madrid, 1963, vol, III.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956, vol. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* Reimpressão, Coimbra : Coimbra, 1994.
_. *Direito Constitucional.* 5ª ed. Coimbra : Almedina, 1991.

CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade - Igualdade e capacidade contributiva.* Curitiba : Juruá, 1992.

CARRAZA, Roque. A progressividade na ordem tributária. *In Revista de Direito Tributário* nº 64, São Paulo : Malheiros, s/d.
_. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
_. Enunciados, normas e valores jurídicos tributários. *In Revista de Direito Tributário* nº 69, São Paulo : Malheiros, s/d.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário.* 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
_. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* Rio de Janeiro : Forense, 1999.

_. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.* Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.* São Paulo : Dialética, 1996.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contibutiva.* 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

DANTAS, F. C. de Santiago. Igualdade perante a lei e Due Process of Law. *In Problemas de Direito Positivo.* Rio de Janeiro : Forense, 1953.

DERZI, Misabel. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo.* São Paulo : RT, 1988.
_. Princípio da igualdade no Direito Tributário e suas manifestações. *In V Congresso Brasileiro de Direito Tributário.* São Paulo : RT, 1991.

DÓRIA, A. Roberto Sampaio. *Direito Constitucional.* São Paulo : Cia. Nacional, 1953, vol. II.
_. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law".* 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. *A matter or principle.* Cambridge : Harvard University Press, 1985.
_. *Freedom's Law - The moral reading of the American Constitution.* Cambridge : Harvard University Press, 1996.
_. *Taking rights seriously.* Cambridge : Harvard University Press, 1978.
_. What is equality? Part one: Equality of welfare. *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* pp. 185-246.
_. What is equality? Part two: Equality of resources. *In Philosophy and Public Affairs 10 (1981),* pp. 283-345.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* São Paulo : Perspectiva, 1996.

FAGUNDES, Seabra. *O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo.* São Paulo : RT nº 235/55.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 24ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

FICHERA, F. *Le agevolazioni fiscali.* Padova : Cedam, 1992.

FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero.* 2ª ed. Buenos Aires : Depalma, 1970.

FRANCO, António Luciano de Sousa. *Finanças públicas e Direito Financeiro.* 4ª ed. Coimbra : Almedina, 1997.

_. *Manual de finanças públicas e Direito Financeiro.* Lisboa : Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.

GONZALES, Luis Manuel Alonso. *Jurisprudencia constitucional tributaria.* Madrid : Marcial Pons, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms - Contributions to a discourse theory of law and democracy.* Cambridge : The MIT Press, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemenha.* Tradução da 20ª ed. alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos - O breve século XX 1914-1991.* São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico.* 7ª ed. Rio de Janeiro : Campus, 1989.

JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario.* 2ª ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1996.

KELSEN, Hans. *A democracia.* São Paulo : Martins Fontes, 1993.
_. *A ilusão da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1996.
_. *O que é justiça?.* São Paulo : Martins Fontes, 1998.
_. *O problema da justiça.* São Paulo : Martins Fontes, 1993.
_. *Teoria geral das normas.* Tradução de José Florentino Duarte. 1ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
_. *Teoria geral do Direito e do Estado.* Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
_. *Teoria pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994.

LACOMBE, Américo. *Princípios constitucionais tributários.* São Paulo : Malheiros, 1996.

LAPATZA, J. J. Ferreiro. Justicia tributaria. *In Revista de Direito Tributário* nº 46, São Paulo : RT, s/d.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes.* Buenos Aires, 1989.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988.* 3ª ed. São Paulo : RT, 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. _. (org.) *Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 14 - Capacidade contributiva.* São Paulo : Resenha Tributária, 1989.

_. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo : Saraiva, 1990, tomo I, vol. 6º.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional - O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969.* São Paulo : RT, tomo IV, 1974.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 2ª ed. Coimbra : Coimbra, 1998, tomo IV.

MOLINA, Pedro M. Herrera. *Capacidad económica y sistema fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán.* Madrid : Marcial Pons, 1998.

MOON, J. Donald. Practical discourse and communicative ethics. *In The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge : Cambridge University Press, 1995.

MOSCHETTI, Francesco. *El principio de la capacidad contributiva.* Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

MUSGRAVE, Richard A. *Teoria das finanças públicas.* São Paulo : Atlas, 1973, 1º vol.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Capacidade contributiva - Conteúdo e eficácia do princípio.* Rio de Janeiro : Renovar, 1988.

OPPENHEIM, Felix. Igualdade. In BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 4ª ed. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1992.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* São Paulo : Martins Fontes, 1996.

PETTY, William. *Coleção: Os Economistas.* São Paulo : Nova Cultural, 1988.

RAWLS, John. *A theory of justice.* Twenty-second printing. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1997.
_. *Political liberalism.* New York : Columbia University Press, 1993.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Belo Horizonte : Lê, 1990.

ROEMER, John. *Theories of distributive justice.* Cambridge : Harvard University Press, 1998.

SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de Ciência das Finanças - Uma abordagem econômico-financeira.* Rio de Janeiro : Forense, 1991.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia.* 2ª ed. São Paulo : Best-Seller, 1989.

SIDOU, Othon. *A natureza social do tributo.* 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Sistema constitucional tributário.* Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações.* São Paulo : Nova Cultural, 1988.

SPISSO, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributario.* Buenos Aires : Depalma, 1993.

TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva. *In Revista de Direito Tributário* nº 4, São Paulo : RT.

TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário. *In Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira.* São Paulo : Saraiva, 1984.

_. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. *In Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Brandão Machado.* SCHOUERI e ZILVETI (orgs.). São Paulo : Dialética, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro : Renovar, 1991.

_. *Curso de direito financeiro e tributário.* 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

_. *Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia.* Rio de Janeiro : Renovar, 1995.

_. Solidariedade e justiça fiscal. *In Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto.* Rio de Janeiro : Forense, 1998.

UCKMAR. *Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário.* Tradução de Marco Aurélio Greco. 1ª ed. São Paulo : RT, 1976.

VALCÁRCEL, Ernesto Lejeune. Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria. *In Seis Estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario.* Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1980.

VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario.* Buenos Aires : Depalma, 1994.

WHITE, Stephen K. *Reason, modernity and democracy, in The Cambridge Companion to Habermas.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_. *The recent work of Jürgen Habermas - Reason, justice and modernity.* Cambridge : Cambridge University Press, 1994.