

JUSTIÇA FISCAL E IGUALDADE TRIBUTÁRIA: A BUSCA DE UM ENFOQUE FILOSÓFICO PARA A TENSÃO ENTRE PODER DE TRIBUTAR E DIREITO DE TRIBUTAR FRENTE À MODERNIDADE TARDIA NO BRASIL¹

TAX EVASION AND TRIBUTARY EQUALITY: THE SEARCH OF A FILOSOPHICAL FOCUS TO THE TENSION BETWEEN THE POWER TO TRIBUTE AND THE RIGHT TO TRIBUTE IN FACE OF THE LATE MODERNITY IN BRAZIL

Viviane Nery Viegas²

Sumário: 1 Introdução; 2 Justiça Fiscal: Os Princípios da Isonomia e da Neutralidade Tributária Como Ideais de Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 2.1 A Constitucionalização dos Direitos; 3 A Modernidade Tardia no Brasil: Apresentando o Papel do Direito e da Justiça Frente ao Estado; 3.1 As Modernas Teorias da Justiça; 3.2 Direito, Estado e Justiça; 4 A Tensão Entre o Poder de Tributar e o Direito de Tributar; 4.1 Justiça e Igualdade Materiais: Concretização do Ideal Democrático; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

A temática desenvolve acerca da necessidade de revisitar o conceito de justiça fiscal em face da (in)evolução política do Estado brasileiro, verificando os conceitos de Direito, Estado e Justiça, em especial desta última, para estabelecer a relação entre Direito e Política, especificamente no âmbito fiscal, posto que a tributação é uma das maiores ingerências estatais sobre a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça Fiscal. Igualdade Tributária. Neutralidade da Tributação. Estado Pós-Moderno. Concretização de Direitos.

¹ Artigo recebido em: 13/09/2009; Aceito para publicação em: 20/04/2010.

² Advogada; Graduada em Direito pela PUCRS; Especialista em Direito Público; Mestranda em Direito pela Unisinos/RS. Rua Márcio Luiz Veras Vidor, 10 - sala 1067, Praia de Belas, 90050-000 - Porto Alegre, RS – Brasil. E-mail: vviegas@tj.rs.gov.br.

ABSTRACT

The topic develop about the necessity of examine the conception of fiscal justice from the policy evolution of brazilian state, verifying the conceptions of Law, State and Justice, specially the last, for fix the relation between Law and Policy, specified in fiscal ambit, because the taxation is the best state ingest from society.

KEYWORDS

Tax Justice. Equal Tax. Neutrality of Taxation. Post-Modern State. Realization of Rights.

1 INTRODUÇÃO

A temática desenvolve acerca da necessidade de revisitar o conceito de justiça fiscal em face da (in)evolução política do Estado brasileiro, verificando os conceitos de Direito, Estado e Justiça, em especial desta última, para estabelecer a relação entre Direito e Política, especificamente no âmbito fiscal, posto que a tributação é uma das maiores ingerências estatais sobre a sociedade.

De início, é apresentada a ideia de justiça fiscal, segundo os preceitos da isonomia e da neutralidade como ideais de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Pretende-se demonstrar que o primado da igualdade precisa andar junto com o ideal de justiça, para que se harmonizem as relações sociais, seja no âmbito do mercado econômico – práticas concorrenciais –, seja entre os contribuintes-cidadãos.

À vista disso, percebendo a necessidade de envolver, não só o papel da Justiça, mas também o do Estado, o presente estudo passa a preocupar-se com a investigação do caso Brasileiro, apresentando o papel do Direito e da Justiça frente ao Estado. Neste ponto, levanta-se a problemática da modernidade tardia no Brasil e, nesse passo, a dificuldade de aplicar as teorias de Justiça e de Estado experimentadas em países de primeiro mundo. Então, são apresentadas as modernas teorias da Justiça, a partir dos ideais da Antiguidade, buscando envolver os três debates centrais do estudo: Direito, Estado e Justiça.

Posto isto, retorna-se a questão da justiça fiscal, agora revisitando os conceitos de poder de tributar e direito de tributar, a fim de ampliar o espectro estatal sobre a tributação. Sendo ela, expressão da soberania estatal, deve levar em conta o aspecto social que acarreta.

Nesse sentido, questiona-se qual o verdadeiro papel da tributação. Será que, ainda, podemos entender a tributação como um poder estatal? Ou é apenas um direito do Estado, a fim de cumprir suas tarefas sociais – políticas públicas.

Frente à emergente constitucionalização dos direitos no Brasil, não há outra maneira de enfrentar o Direito Tributário, senão como um Direito Constitucional

Tributário. A inclusão e aplicação dos princípios que regem a tributação devem ser realizadas à luz dos princípios constitucionais. Todavia, a abordagem destes princípios é suficiente?

2 JUSTIÇA FISCAL: OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA COMO IDEAIS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No seio do Estado democrático de Direito, o sistema de defesa da livre concorrência e da igualdade tributária tem a isonomia como aspecto essencial para o desenvolvimento do sistema capitalista, já que a carga fiscal suportada pelos concorrentes é um dos fatores de desequilíbrio da prática concorrencial.

O conteúdo do princípio da igualdade, inserido no sistema normativo constitucional de forma generalista, também tem espaço e pertinência na seara do Direito Tributário.

Como bem aponta Mizabel Derzi³, a aplicabilidade da isonomia no Direito Tributário é questão tormentosa, já que esta deve ser formulada de maneira positiva, sendo certo que em matéria fiscal, interessa menos saber o que o legislador está proibido de distinguir e mais o que ele deve discriminar.

Nesse sentido, o dever oriundo de uma relação jurídica obrigacional de levar o dinheiro aos cofres públicos, tendo como pressuposto a repartição dos encargos financeiros do Estado pelos cidadãos, gera a postulação, pelos sujeitos à carga fiscal (contribuintes), de uma divisão igualitária daquele ônus.

A aplicação do princípio da isonomia, portanto, deve ser conjugada com o imperativo contido no princípio da capacidade contributiva e no princípio da vedação ao confisco, conformando-se a exigência estatal com os ideais de justiça inseridos na Constituição. Tudo isso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais princípios, importante frisar, estão erigidos à categoria de princípios constitucionais, caracterizando-se como direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, sendo, efetivos e voltados à concretização do Estado Democrático de Direito.

Posto isto, questiona-se: qual (quais) o (s) instrumento (s) para a efetiva aplicação do princípio da isonomia no Direito Tributário? A resposta não é singela. Com efeito, muitas vezes o legislador ordinário, face ao princípio da legalidade estrita que rege o Direito Tributário, tem dificuldade de conferir aplicação efetiva e concreta aos princípios que norteiam o primado da isonomia fiscal.

Uma das soluções que a doutrina sustenta é a aplicação do princípio da neutralidade econômica dos tributos como norma instrumental para a consagração da isonomia fiscal.

³ DERZI, Mizabel. A isonomia, a propriedade privada e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. **Revista de Direito Tributário**. ano 5. nº 15/16. jan./jun. de 1981.

Este princípio como bem esclarece Fernando Facury Scaffy⁴ deriva do Princípio da Isonomia Fiscal (artigo 150, II, CF) que veda ao Poder Público o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, o que alcança, sem menor sombra de dúvida, os aspectos concorrenciais. Ou seja, o princípio se aplica tanto para as relações concorrenciais entre empresas ou pessoas que exercem atividade econômica, como entre os contribuintes comuns, os chamados cidadãos fiscais.

É certo que qualquer medida impositiva de natureza tributária interfere na capacidade competitiva dos concorrentes, possuindo relação direta com as relações de concorrência entre empresas que forem afetadas pela tributação, de tal modo que esta favoreça ou desfavoreça umas em face de outras.

Da mesma forma, uma tributação desigual entre contribuintes–cidadãos tem o condão de afetar as relações sociais de um determinado indivíduo, ferindo, muitas vezes, sua esfera pessoal, desvalorizando o primado da dignidade da pessoa humana.

A neutralidade em matéria tributária, no entanto, não é um conceito simples de ser aferido e, por sua vez, aplicado. Seu conceito, segundo leciona Luís Roberto Barroso, advém dos conceitos de impessoalidade e da imparcialidade:

A idéia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições, isto é, o *status quo* – não são fruto do freqüentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.

Veja-se que o problema não está só na neutralidade em si, mas em qual ponto de referência do que seja neutro. O *status quo* vigente nas sociedades desiguais – e poucas não o são – certamente não pode fundar-se no *status quo* não significa que não haja lugar para ela. Idealmente, o intérprete, o aplicador do direito, o juiz, deve ser neutro.⁵

Nesse passo, a neutralidade econômica dos tributos presta-se, primeiramente, a estabelecer a necessidade de se evitar mudanças nos comportamentos dos agentes econômicos, de forma a manter-se o *status* próprio dos movimentos econômicos e sociais, sob a máxima de que a tributação não deveria intervir nas condições do mercado. Todavia, tendo em vista que nenhum tributo pode ser considerado absolutamente neutro, porque terá sempre influência sobre o processo econômico e no

⁴ “Entendo que o Princípio da Neutralidade Econômica dos Tributos pode ser encontrado em nosso sistema jurídico a partir do Princípio da Isonomia Fiscal (artigo 150, II, CF) que veda ao Poder Público o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, o que alcança, sem menor sombra de dúvida, os aspectos concorrenciais.” (SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 13, p. 141-164, 2006.).

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 257.

contexto social global, a segunda máxima que emana do referido princípio (e, inclusive, a mais adequada) denota que a neutralidade realizaria o princípio da isonomia fiscal, não admitindo tratamentos diferenciados para contribuintes equiparados (artigo 150, III da Constituição Federal).

Assim, a doutrina da neutralidade fiscal assenta-se na perspectiva liberal da tributação, defendendo a redução do papel do Estado-interventor ao papel do Estado-polícia, considerando-se neutro o sistema que não interfere na otimização da alocação de meios de produção, que não provoque distorções, conferindo segurança jurídica para o exercício das atividades empresariais, o que vai de encontro à definição de fiscalidade, a qual é forma de intervenção do Estado nas economias de mercado, caracterizando-se esta como condição para seu funcionamento.

Nesse passo, o mito da neutralidade econômica dos tributos esbarra em seu próprio eixo, já que todas as formas de tributação provocam distorções, trazendo a discussão sobre o verdadeiro papel do princípio no sistema tributário.

De um lado, sustenta-se que os tributos não devem prejudicar ou favorecer grupos específicos dentro da economia – os tributos, por isso mesmo, devem ser neutros quanto a produtos de natureza similar, processos de produção, formas de empresas, evitando influenciar de forma negativa na concorrência; de outro, a tributação deve intervir para suprimir ou atenuar as imperfeições.

No presente caso, o importante não é que se determine uma função exata para o princípio, mesmo porque isso seria demasiadamente difícil, posto que ele não é absoluto. Quer-se, sim, ventilar a discussão sobre a função da neutralidade dos tributos, buscando uma nova forma de justificá-lo e aplicá-lo, uma forma material, que se preocupe com o conteúdo da norma e as implicações sociais que ela pode trazer.

2.1 A Constitucionalização dos Direitos

A pretensão de fundamentar a justiça fiscal e a igualdade tributária pelo âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana é clara manifestação do movimento doutrinário da constitucionalização dos direitos. Quer-se imprimir um sentido ético para justificar, elaborar e aplicar leis e regulamentos tributários perante o contribuinte, remodelando a forma de intervenção do Estado enquanto ente tributante.

Como bem refere o Prof. Luís Roberto Barroso⁶, a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

A grande realização da constitucionalização dos direitos, portanto, foi condicionar a validade e o sentido de todas as normas pelo sentido das normas e princípios postos na Constituição. Todavia, este processo ainda é recente, como bem denota o Prof. Barroso:

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neonstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.⁷

A exemplo disso, o próprio Direito Civil superou o formalismo do Direito codificado, passando a formar micros sistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. Ademais, a inserção de princípios dentro do Novo Código Civil, ampliou a aplicabilidade das chamadas cláusulas gerais, afastando a ideia de um ordenamento formal completo, onde tudo o que é relevante para o Direito estaria positivado. Nesse sentido, aduz Judith Martins-Costa, ao afirmar que:

(...) no universo craquelé da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o Código total, totalizado e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos.⁸

Igualmente, ressalta Humberto Theodoro Júnior⁹, que o uso de cláusulas gerais valoriza e amplia o trabalho do juiz, tornando-o um parceiro do legislador.

E a interpretação do Direito Tributário não pode ser diferente, ou seja, merece ser passar pelo filtro constitucional, ampliando a margem valorativa e substancial da norma a ser aplicada. Assim, bem refere Barroso:

Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.¹⁰

Igualmente, denota Fernando Sainz de Bujanda:

⁷ Idem, acesso em: 14 jul. 2009.

⁸ COSTA, Judith Martins, O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 139, jul./set. 1998, p. 12.

⁹ “Reconhece-lhe o poder não só de suprir lacunas da lei, como o de resolver sempre que por está autorizado, os problemas concretos da vida, de conformidade com valores éticos”. (THEODORO JUNIOR, Humberto, **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Volume III, Tomo II. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. XIII.)

¹⁰ BARROSO, *op. cit.*, acesso em: 14 jul. 2009.

Porque, efectivamente, cuando se estudian los institutos financieros, su manejo, su desarrollo, su limpieza, se percibe que el jurista que mueve en este campo tiene una misión altísima que cumplir al servicio de la Comunidad (...) La justicia tributaria, la integración de los gastos e ingresos en los presupuestos, el volumen de los empréstitos públicos, cualquier otra de las manifestaciones de la actividad financiera tiene (...) una dimensión ética de inmenso valor y todo cultivador de esta disciplina tiene que ser consciente de esa dimensión.¹¹

3 A MODERNIDADE TARDIA NO BRASIL: APRESENTANDO O PAPEL DO DIREITO E DA JUSTIÇA FRENTE AO ESTADO

No Brasil, a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico é um processo recente, embora muito intenso. Como bem refere o Prof. Lênio Streck:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. (...), ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal.¹²

Nesse sentido, Streck propõe que se reflita sobre a função do Estado e do Direito, levando em conta a onda neoliberal que predomina no Brasil, para buscar a construção de um discurso que aborde o papel do Direito, do discurso jurídico e a justificação do poder oficial por meio do discurso jurídico, tudo em face da problemática da relação Direito-Estado-Dogmática.¹³

A grande problemática, então, se apresenta no momento em que as elites brasileiras houve o rompimento do Medieval para o Estado Moderno, e dele, mais tarde, através do liberalismo, surgiu o Estado contemporâneo (pós-moderno). Estas transformações, segundo Streck, ocorreram em função da inserção do capitalismo. Formou-se o chamado Estado Providência ou Social, ampliando as funções do Estado, com intuito de defender o acúmulo de capital e ao mesmo tempo proteger os interesses dos trabalhadores para que estes não se insurjam contra o Estado Liberal, como bem refere Boaventura Santos:

(...) esse Estado, também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.¹⁴

¹¹ “El Desarrollo actual del Derecho financiero en España”. Crónica Tributaria, num 78. 1996. p. 188. Apud TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuintes**. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Madrid. Marcial Pons, 2002, p. 9.

¹² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

¹³ Idem, p. 19.

¹⁴ Idem, p. 20

Hoje, com a manifestação do Estado Neoliberal, houve uma minimização do Estado Social, em vista da globalização pós-moderna. Tal etapa para aqueles países que efetivamente passaram pelo *welfare* teve consequências diversas do que houve no Brasil. Aqui, tendo em vista que não houve esta transição, já que o Estado Social jamais foi implantado efetivamente, a instalação da política neoliberal, trazendo a minimização do Estado anda na contramão do que pretende o Estado Democrático de Direito.

Não há como diminuir o que nunca foi suficientemente grande. A necessidade de políticas públicas no país aumenta a cada dia. Há necessidade de que sejam cumpridas as promessas da modernidade. Daí o papel do Direito, no sentido de efetivar as promessas de uma Constituição democrática.

Nessa linha, as palavras da lei não podem ser entendidas com um sentido unívoco, ou seja, a produção de um sentido para a lei depende de sua historicidade. Como afirma Luiz Alberto Warat, a lei e o saber do Direito constituem um nível de relações simbólicas de poder, ou seja, para superar esta crise faz-se necessário questionar o Direito, acrescentando a figura de um agente do Estado democrático.¹⁵

Igualmente, aponta Eros Roberto Grau que:

(...) o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. (...) Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável.¹⁶

3.1 As Modernas Teorias da Justiça

O Estado (mais especificamente seu papel político) evoluiu ao longo dos anos de forma diferente no Brasil, em comparação com os demais países da Europa.

Nesse passo, a análise dos sistemas políticos no Brasil não pode ser a mesma do cenário europeu; da mesma forma, as concepções de Justiça formuladas, desde a Grécia antiga foram desenvolvidas por um enfoque europeu, o que não impede, no entanto, que se proceda a sua análise para então buscar um novo conceito para a realidade brasileira.

Tal estudo interessa ao presente trabalho, já que se propõe a busca de um sentido material para a justiça fiscal, afastando o dogmatismo jurídico, a legalidade formal, para ampliar o conteúdo material, não só das normas tributárias, mas do sistema fiscal como um todo.

Na Grécia antiga, a toda evidência, não havia o rigor metodológico existente nos dias de hoje. Platão, portanto, reconhecendo a carência metodológica da época, buscava o conhecimento sem preocupar-se em defender uma tese, mas pretendendo enriquecer o

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1997, passim.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

debate para as gerações futuras, sendo o primeiro a consignar em seus escritos a justiça como virtude por excelência.

Em sua obra “A República”, Platão leva o leitor a considerar, sob a forma narrativa ou dramática, as figuras caracterizadas na obra com intuito de definir o que é justiça. Todavia, Platão deixa claro que suas afirmações não representam uma verdade absoluta, na medida em que acredita que a verdade está velada na razão em si que está limpa das distorções da visão humana, como bem denota o trecho abaixo:

— Mas fica a sabê-lo bem, Glauco, que, em minha opinião, com os métodos de que estamos a servir-nos agora na discussão, jamais atingiremos rigorosamente o nosso fim, pois o caminho que aí conduz é outro, mais longo e mais demorado; contudo, talvez alcancemos um que seja digno do que anteriormente se disse e se examinou.¹⁷

No livro I da obra “A República”, é colocada a questão “o que é justiça?” para debate ente Sócrates e seus interlocutores. Nesse momento, a discussão torna-se mais aguerrida quando se debate com o sofista Trasímaco, uma das figuras marcantes da narrativa platônica. O sofista introduz sua concepção do que é justiça, provocando extenso debate entre os interlocutores: “*Afirmo que a justiça não seria outra coisa senão a conveniência do mais forte*”.¹⁸

Nesse sentido, sustenta Trasímaco que é direito de quem manda ou governa estabelecer as leis e fazer cumpri-las segundo seu interesse, de modo que o justo – convencionalmente conceituado – nada mais seria do que a obediência dos mais fracos aos mais fortes. Trasímaco, portanto, invertendo os conceitos de justo e de injusto ao afirmar que os mais fracos devem agir em obediência aos mais fortes, tornando-os mais felizes, mas nunca a si mesmos, traz um modelo de tirania, onde a injustiça é capaz de proporcionar a máxima felicidade. Registre-se o que afirma o sofista:

É que aqueles que criticam a injustiça não a criticam por recearem praticá-la, mas por temerem sofrê-la. Assim, ó Sócrates, a injustiça, quando chega a um certo ponto, é mais livre e mais despótica do que a justiça, ao passo que a injustiça é qualquer coisa útil a uma pessoa, e de vantajoso.¹⁹

A tese de Trasímaco contrariava frontalmente a concepção de Sócrates, de maneira que, para refutar a exposição do sofista, o filósofo introduziu um importante fundamento de sua concepção, aduzindo que cada um possui um função específica, uma virtude própria (*arete*) que lhe permite exercer tal papel. Para ele, o homem justo é aquele que vive bem e, por isso, é feliz.

Sócrates, todavia, não se deu por satisfeito com a conclusão da conversa, pretendendo, assim, abandoná-la. Por sua vez, os dois irmãos de Platão, Gláucou e Adiamanto, impediram Sócrates de se retirar, passaram a defender a tese de Trasímaco,

¹⁷ PLATÃO. **A República**. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001, p. 190.

¹⁸ Idem, p. 23.

¹⁹ Idem, p. 33.

incitando Sócrates a defender e demonstrar os fundamentos da superioridade da justiça sobre a injustiça.

Para tanto, o filósofo transferiu sua análise sobre a justiça do indivíduo para a cidade, dando início ao livro II da obra de Platão.

Por primeiro, Sócrates estabelece o conceito de cidade perfeita; desse modo, denota que, para encontrar o conceito de justiça, é necessário uma República bem organizada, onde cada um faz a sua parte em benefício de todos.

Nesse passo, diz que se a cidade é perfeita, ela deve possuir quatro virtudes cardiais: sabedoria (*sophia*), coragem (*andreia*), temperança (*sophrosyne*) e justiça (*dikaosyne*). Definidas as três primeiras virtudes, se busca atingir a quarta. Se a primeira se encontra nos guardiões, a segunda nos guerreiros e a terceira na harmonia geral de todas as classes, conclui Sócrates que a justiça será que cada um exerça uma só função na sociedade, aquela para qual, por natureza, foi mais dotado. Como bem refere no seguinte trecho:

– Mas escuta, a ver se eu digo bem. O princípio que de entrada estabelecemos que devia observar-se em todas as circunstâncias, quando fundamos a cidade, esse princípio é, segundo me parece, ou ele ou uma das suas formas, a justiça. Ora nós estabelecemos, segundo suponho, e repetimo-lo muitas vezes, se bem te lembras, que cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para qual a sua natureza é mais adequada.²⁰

Define, assim, que a justiça é o fundamento da cidade.

Posto isto, Sócrates, conforme narra Platão nos livros III e IV, voltou-se novamente para o indivíduo, destacando que, assim como a cidade, a alma do indivíduo também tem três elementos: apetitivo, espiritual e racional. E disse:

— Não o afirmemos com toda a segurança, mas, se reconhecemos que esta concepção, passando a cada indivíduo em particular, também aí será justiça, já concordaremos — pois por que não o diremos? Caso contrário, então examinaremos qualquer outra questão. Mas agora, levemos a cabo esta investigação, da qual pensávamos que, se tentássemos contemplar a justiça num dos seus maiores possuidores, antes de a vermos aí, se tornaria mais fácil vê-la num indivíduo. E pareceu-nos que tal possuidor era a cidade, e assim fundamos uma o melhor possível, perfeitamente cientes de que a justiça estaria nela, se fosse boa. Aquilo que aí se nos revelou, vamos transferi-lo para o indivíduo, e, se se acertar, bom será. Mas se a justiça se manifestar como algo de diferente no indivíduo, regressaremos novamente à cidade, para tirar a prova, e em breve, comparando-as friccionando-as uma contra a outra, como de uma pederneira, faremos saltar a faísca da justiça. E, depois de ela se ter tornado bem visível, fixá-la-emos em nós mesmos.²¹

O princípio racional – que representa o papel dos guardiões na cidade – é o elemento impetuoso que auxilia a sabedoria, tal como os assistentes dos governantes,

²⁰ Idem, p. 185.

²¹ Idem, p. 188.

cabendo a ambos o domínio da parte apetitiva, que é a massa – o povo – que, por sua vez, deve obedecer, cabendo aos governantes e guardiões infundir no homem uma temperança total, de modo que todas as faculdades estejam em harmonia umas com as outras.

Sócrates afirma que o equilíbrio ou o desequilíbrio desses fatores conduz a justiça ou a injustiça. A justiça, portanto, é a saúde, a beleza e o bem-estar da alma; o vício é sua enfermidade, fealdade e fraqueza:

- As coisas sãs produzem a saúde, as doentias, a doença.
- Produzem.
- E as coisas justas não produzem a justiça, e as injustas, a injustiça?
- É lógico que sim.
- Ora, produzir a saúde consiste em dispor, de acordo com a natureza, os elementos da alma, para dominarem ou serem dominados uns pelos outros; a doença, em governar ou ser governado um por outro, contra a natureza.
- Consiste, sim.
- Logo, a virtude será, ao que parece, uma espécie de saúde, beleza e bem-estar da alma; a doença, uma enfermidade, fealdade e debilidade.²²

E injustiça, por sua vez, é uma intriga, uma ingerência no alheio, e uma sublevação de uma parte contra o todo, a fim de exercer nela o poder, sem lhe pertencer, gera alterações na ordem humana, de modo que estas perturbações e desvios que resultam na injustiça, e, de um modo geral, toda a maldade.

O homem feliz, portanto, é o homem justo, e para que consiga a felicidade deve renunciar aos prazeres e as riquezas e dedicar-se à prática da virtude. Desse modo, infere-se que, em Platão, os conceitos de felicidade e de justiça caminham juntos, caracterizados essencialmente como critérios internos e espirituais do indivíduo. Enfim, a justiça socrático-platônica está vinculada à harmonia da ordem interna, não sofrendo maiores interferências de fatores externos.

Superando a irracionalidade da teoria de Platão (frise-se que não se está trabalhando com uma ordem cronológica), Sérgio-Christophe Kolm, no livro “Teorias Modernas da Justiça”, introduz o problema da teoria da justiça, apresentando dois debates essenciais: (i) Uma completa introdução à teoria da Justiça e à solução de seus problemas principais; (ii) Uma apresentação e uma avaliação racionais das várias teorias, princípios, critérios particulares de justiça.

Ao presente trabalho, no entanto, interessa somente à primeira parte da obra.

Kolm afirma que a moderna teoria da justiça está ligada tanto à filosofia quanto à economia, conceituando a economia como ciência da distribuição de escassos recursos, de acordo com as necessidades e os desejos dos homens, tema que é chamado de economia normativa.

²² Idem, p. 205-206.

Desse modo, sustenta que a moderna teoria da justiça é produto desta aliança, entendendo a justiça como tema central da vida em sociedade.

Posto isto, Kolm inicia sua exposição, aduzindo que justiça é justificação, é racionalidade (no sentido normal do termo), ou seja, se dá por uma razão válida ou justificada.²³

Explica Kolm que:

A racionalidade, contudo, exclui totalmente o intuicionismo moral, o emotivismo e o esteticismo, isto é, as opiniões baseadas em pontos de vista apriorísticos da solução, em emoções como a indignação, e na satisfação propiciada pela beleza, ainda que todas possam sinalizar a existência de um problema.²⁴

E segue, firmando seu posicionamento:

O progresso ético na justiça consiste na substituição de pontos de vista irracionais por pontos de vista racionais, na substituição das racionalidades fracas pelas fortes e, em especial, do preconceito pelo julgamento, da justeza pela justificação, e da emoção e intuição pela razão.²⁵

Nesse sentido, propõe o autor o enunciado: “Os homens são livres e iguais em seus direitos”, resumindo o princípio geral da justiça como razão na sociedade. Concordando com a máxima posta por Aristóteles “justiça é igualdade”, Kolm sustenta que as liberdades (no sentido lato de direitos) são os meios que o homem possui para perseguir seus fins, afirmando que só a igualdade é capaz de evitar uma distribuição desigual e arbitrária.

Esclarece, todavia, que a igual liberdade se aplica a muitos tipos de liberdade em sentido lato, sendo impossível uma teoria responder a todas as questões de justiça mediante a aplicação de um princípio específico ou do conjunto deles. E afirma:

As afirmações universais simplistas e reducionistas configuram um dogmatismo injustificado e impossível. Às vezes o trabalho, outras vezes a necessidade, determina o que cada pessoa deve receber (no caso do trabalho, a razão é às vezes moral e não somente tem em vista o incentivo). A igualdade ideal às vezes é de liberdade de troca, outras vezes de rendas satisfatórias, outras, ainda de satisfação. A justiça, portanto, é necessariamente poliarquia moral e racional circunscrita. Somente o método de justiça como justeza e justificação é universal.²⁶

Defendida a tese de que justiça é justificação, Kolm destaca que é necessário distinguir os conceitos de *macrojustiça*, *mesojustiça* e *microjustiça*. A primeira diz

²³ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 09.

²⁴ Idem, p. 09.

²⁵ Idem, p. 10.

²⁶ Idem, p.12.

respeito aos princípios mais gerais de justiça em uma sociedade, especialmente quando se fala em justiça distributiva geral da alocação de recursos. Já a *microjustiça* cuida das questões de justiça específica de cada localidade. Da mesma forma, a *mesojustiça* se refere às questões específicas, que, no entanto, são suficientemente relevantes para terem um impacto global.

O autor revela que a *macrojustiça* é o cerne do desenvolvimento de sua obra, de modo que busca solucionar a questão da justiça distributiva global, mediante a combinação de três elementos racionais dos direitos e obrigações relativas às capacidades: a liberdade de processo, a equalização parcial de renda por meios eficientes, bem como a satisfação das necessidades básicas e o alívio do sofrimento profundo, as quais dependeram sempre do estado da sociedade. E exemplifica:

Por exemplo, nas sociedades desenvolvidas modernas, a maior parcela é para a liberdade de processo (com ressalva no que diz respeito à transmissão de herança e, particularmente, à educação para obtenção de certa “igualdade de oportunidade”, e aos “contratos sociais liberais” para deficiências de mercado); vem, então, a equalização parcial e eficiente de rendas; o atendimento público das necessidades básicas e do sofrimento profundo está em último lugar em volume de transferências, mas não na sua importância intrínseca. Nos países mais pobres, a questão das necessidades básicas deve mobilizar uma parcela maior da redistribuição por meios tradicionais ou modernos.²⁷

Assim, verificando a largueza do conteúdo da justiça, enquanto igualdade, Kolm assevera que a justiça racional depende das propriedades e dos tipos de liberdade, esclarecendo que o domínio da livre escolha dos homens pode depender ou não dos atos de outras pessoas, de modo que a proteção das não-liberdades também é importante para a existência das pessoas. Esta proteção às não-liberdades é condição para a satisfação das necessidades básicas do homem, as quais são ilimitadas, constituindo condições da dignidade humana.

Com base nas premissas acima postas, compreende-se melhor a ideia de Kolm quando introduz o conceito de justiça: “A justiça é simples, mas o mundo é complicado; por isso, a aplicação da justiça no mundo encerra algumas dificuldades”.²⁸ Para solucionar tal problema, o autor propõe que se estabeleçam estruturas básicas necessárias ao exame da justiça e de sua ética social.

Tais estruturas foram analisadas na parte 3 do Capítulo I da obra, concentrando-se nas questões mais importantes da justiça distributiva e econômica: as alocações dos benefícios decorrentes dos recursos ou das faculdades humanas, compreendendo a liberdade natural ou solidariedade, liberalismo de processo pleno (endosso de toda a alocação natural das capacidades) e a justiça prática e as desigualdades menores em consumo ou rendas; superequidade eficiente e equiparação de renda de duração fixa.

Posto isto, Kolm define justiça como:

²⁷ Idem, p. 584.

²⁸ Idem, p. 37.

(...) o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da situação para cada uma dessas entidades sociais (possivelmente do modo como é avaliada pela própria entidade, mas, a priori, não necessariamente assim), e, principalmente, quando tais correlações decorrem dos bens da sociedade.²⁹

E explica que entidade social é chamada de “justiciável”, ou seja, aquele que é suscetível à justiça – normalmente os indivíduos ou grupos deles.

O autor aduz, então, que a justiça é respeitosa – no termo por ele utilizado – quando avalia a situação do justiciável – bens, direitos, liberdades, satisfação -, julgando de acordo com as variáveis situacionais apresentadas pelos justiciáveis para encontrar a mais relevante.

O julgamento, portanto, pode representar um “mais” para um justiciável e um “menos” para outro, problema que é trazido para a justiça distributiva, onde se têm variáveis antagônicas. Um dessas aplicações é a alocação de recursos escassos, fazendo surgir desejos rivais, de que trata a justiça econômica.

Assim, a teoria da justiça de Kolm é caracterizada pela solidariedade social, na medida em que atende as necessidades básicas da sociedade, verificando-se a inter-relação entre a distribuição dos bens alocados na sociedade e as despesas públicas, buscando a concretização da justiça distributiva ou econômica.

Em que pese a teoria de Kolm fundar-se na ideia de solidariedade, ampliando a ideia de justiça destinada ao indivíduo, para estendê-la à sociedade como um todo, não há análise quanto o papel das instituições jurídicas, ou seja, o autor não se preocupa em propor funções, mas sim em totalizar a ideia.

Ao contrário de Kolm, com intuito de analisar as instituições jurídicas e propor um novo modelo de direito, onde se interpenetram justiça, razão comunicativa e modernidade, Habermas elaborou a chamada “teoria do agir comunicativo”, como bem afirma no trecho da obra: *“Por esta razão, resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta.”*³⁰

Enquanto a razão prática, até Hegel, pretendia orientar o indivíduo em seu agir, tendo o direito natural como única e correta ordem política e social, Habermas propõe que o conceito de razão seja transportado para o chama de “médium linguístico”, o qual, um pouco afastado da moral, possibilitaria a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas.

Nesse sentido, diz que a razão comunicativa se distingue da razão prática por não estar adstrita a nenhum sujeito singular, nem a um macro sujeito sociopolítico, afirmando que é através do médium linguístico que as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. E explica:

²⁹ Idem, p.38.

³⁰ HABERMAS, Juergen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigações relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso.³¹

Entretanto, em que pese tais obrigações estarem embutidas na base de validade da fala, a racionalidade comunicativa não pretende determinar o que os atores devem fazer, ou seja, ao contrário da razão clássica, ela não determina normas de agir.

A razão comunicativa, como assevera o autor, possui conteúdo normativo somente na medida em que os atores são obrigados a se apoiarem em pressupostos pragmáticos do contexto fático. Daí a tensão entre facticidade e validade.

De um lado, a razão comunicativa abrange o espectro de pretensões de validade; de outro lado ela se refere apenas a intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo.

O Direito, então, é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o Direito é validade quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários. Assim, revela o trecho da obra:

“Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Essa tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade.”³²

Para Habermas, então, o direito legítimo, nas sociedades modernas, depende do exercício constante do poder comunicativo, na medida em que este permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem, mobilizando-a para um dos grandes fardos do direito moderno: a integração social.

A teoria de Habermas, portanto, reside na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma.

³¹ Idem, p. 20.

³² Idem, p. 60-61.

Desse modo, a fundamentação do direito é definida pela razão do melhor argumento e não pela consciência natural individualmente considerada, de modo que Habermas pensa num Poder Judiciário maior, ampliando o poder dos magistrados para fins de resguardar o processo de deliberação democrática.

Assim, sendo o direito emanado da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, resta afirmada a soberania popular e o Direito pode realizar a efetivação da justiça.

Com a mesma proposta de Habermas, Otfried Höffe, na obra “Justiça Política”, inicia sua exposição propondo um redimensionamento do discurso da justiça. Afirma o autor que a crítica empreendida na expressão justiça política tem o significado de uma crítica da dominação, onde se contrapõem as formas justas e injustas de dominação.

O discurso político, como afirma Höffe, é conduzido sob o ponto de vista filosófico e, com isso, cria-se a ética filosófica do Direito e do Estado. Entretanto, tal discurso se interrompe durante o Século XIX, na medida em que os grandes filósofos passam a dedicar-se a outros ramos, deixando o discurso do Estado para os juristas. Época esta em que dominam nas ciências do Direito e do Estado o historicismo e o positivismo, ambos descrendo da perspectiva ética.

Nesse passo, Höffe afirma que: “Com a expressão de justiça política se pretende suprimir a dupla alienação e, de um lado, “reconciliar” a filosofia com a teoria do direito e do Estado e, de outro lado, “reconciliar” ambas as teorias com a ética.”³³

Pode-se dizer que a justiça política, embora não seja a única leitura possível acerca da Justiça, é a que melhor adapta o acoplamento entre Política e Direito, proporcionando uma dimensão ética a ambos, constituindo, assim, a ética da dominação.

Justiça política, portanto, seria a crítica ética das leis e das instituições políticas, propondo a ideia ética de Direito e de Estado, o que o legitima e o limita.

Para tal fim, no entanto, é necessário estruturar a ordem jurídica estatal, estabelecendo estratégias para que a justiça não fique a mercê daquele que detém o poder, e, da mesma forma, para que a justiça política, tida como uma crítica supra positiva do direito, não se torne uma utopia frente à aplicação do direito natural e do direito positivo.

Caminhando nesta direção, o autor estabelece que:

Uma filosofia política, que faça justiça a ambas as experiências políticas fundamentais, à crise radical da sociedade e à crítica radical de sua estrutura básica, deve por isso levar em consideração todos os três conceitos: direito, justiça e Estado.³⁴

³³ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03-04.

³⁴ Idem, p. 13.

Höffe sugere o que chama de tese-guia tripartite da filosofia política, onde formula a seguinte hipótese:

(...) se a convivência humana deve assumir uma figura legítima, então deve ser, primeiro, o caráter do direito e deve, em segundo lugar, o direito atingir a realidade da justiça e, em terceiro lugar, deve assumir o direito junto à proteção de uma ordem jurídica pública, por conseguinte, a figura de um Estado (justo).³⁵

A tese, então, pode ser lida na seguinte sequência: (i) o Estado está obrigado à justiça; (ii) a justiça política forma a medida normativo-crítica do Direito; e (iii) o Direito justo é a forma legítima da convivência humana, autorizando uma melhor compreensão do que seja justiça política.

Assim, pretende o autor promover um redimensionamento do discurso da justiça, reanimando a ética filosófica incidente sobre a filosofia da teoria do direito e do Estado.

Uma filosofia política fundamental, como colocado pelo autor, que compreende uma crítica ao direito e ao Estado, está sujeita às críticas de muitos cientistas e filósofos que recusam sua proximidade com o direito natural.

Com efeito, o direito natural vai de encontro às prescrições arbitrárias postas na esfera do direito válido, discutindo a ideia de obrigatoriedade da lei que não se curva à autoridade humana e que estão além de qualquer posição ou acordo. Os gregos chamam tais obrigações de “justo por natureza”, em oposição ao direito posto (direito positivo). O discurso do direito natural, portanto, é, sem dúvida, muitas vezes entregue à ética.

Disto surge o questionamento do autor:

Já que a justiça política significa exatamente, como o direito natural, uma instância de direito supra positiva, é necessário que se pergunte se o desaparecimento do pensamento do direito natural também não afeta a teoria da justiça.³⁶

O direito natural representa uma instância normativo-crítica, responsável pela esfera global de Direito e Estado. Assim, é necessário testar-se a crítica da teoria da justiça política frente ao pensamento do direito natural, já que ambos têm por finalidade a crítica supra positiva do direito e do Estado que é, de regra, rejeitada pelas diversas variantes do positivismo jurídico.

Atualmente, no entanto, utiliza-se o direito natural somente nas omissões do direito positivo, o que não esgota a busca por mais justiça e, hoje, retomou-se o estudo através da denominada Teoria da Justiça.

Nesse sentido, o pensamento jusnaturalista (crítico) consiste na tentativa de assumir uma perspectiva moral em face do direito e do Estado, opondo-se ao positivismo jurídico. Assim, refere o autor:

³⁵ Idem, p. 13.

³⁶ Idem, p. 72.

O direito natural é, além disso, criticado, porque com o direito comumente se compreendem obrigações capazes de coerção que são exatamente postas pelo Estado e ainda por ele levadas ao cumprimento. Mas todos os três elementos da definição faltam ao direito natural: 1) É uma exigência moral e não uma obrigação com caráter de coerção; 2) Mesmo que o direito natural consista de certos princípios de direito, como na modernidade os direitos humanos, estes princípios apenas fixam, quando muito, em casos particulares, o que se pode exatamente exigir dos outros ou se lhes deve; 3) Pelo fato de o caráter coercitivo desaparecer, também não precisa a “forma histórico-política” da coerção, o Estado; o direito natural é um direito sem armas: um *droit desarme*” (BOBBIO, 1959, 176).³⁷

Para o positivismo jurídico, no entanto, apenas os enunciados jurídicos, de caráter empírico ou analítico têm caráter científico; os enunciados normativos, que contém elementos de justiça, são considerados não-científicos, de modo que o elemento ético é pura opinião subjetiva. A justiça seria, portanto, fundamento da jurisprudência.

A crítica da justiça política existe tanto em relação ao positivismo jurídico como em relação ao anarquismo, já que ambos rejeitam a ideia de justiça política. O positivismo porque defende a dominação justa, exercida pelos poderes estatais, não admitindo a crítica supra positiva. O anarquismo por rejeitar toda e qualquer ordem de dominação e por defender a ideia da liberdade da dominação, negando a crítica do Direito e do Estado.

Höffe, então, busca resgatar a legitimidade do Estado de Justiça, discutindo mandatos políticos sob a perspectiva ética. Justiça esta que, no entanto, não é exigida, diferenciando-se, pois, das exigências da moral social. A justiça em Höffe, portanto, tem um significado teórico interdisciplinar, demandando a cooperação tanto da filosofia quanto das ciências particulares, e apresentam também uma dimensão prática referida nos problemas sociais e políticos de cada tempo, que requerem solução. Os discursos éticos-políticos, no entanto, não acontecem fora da história, daí o afastamento, em certa medida, de um discurso ideal, ou seja, não buscam uma verdade por si mesma, mas procuram responder as reais condições de existência das comunidades.

3.2 Direito, Estado e Justiça

O pensamento de Höffe sintetiza a ideia de que se o Direito é indissociável do poder (Estado) e do conflito, também o é da Justiça.

Quando um homem conclama a justiça, não está manifestando nada mais do que sua insatisfação com o sistema social que lhe é apresentado. A Política, por sua vez, pensada em um sentido sociológico, é a arte de administrar essas insatisfações, a fim de viabilizar a convivência em sociedade.

Uma das formas de exterminar essas insatisfações é incluir na conduta do cidadão uma determinada gama de valores (ideologia), a fim de dissipar essas insatisfações.

³⁷ Idem, p. 77.

Procura-se dissociar a insatisfação (material) da injustiça (valor) buscando-se para a justiça um fundamento menos concreto, pragmático, existencial. Consequentemente, inexistente ordem jurídica a que não corresponda à realização de alguma justiça, como inexistente ordem jurídica capaz de realizar uma justiça absoluta.

E esta justiça resulta de uma estrutura política determinada e de opções econômicas feitas pelo Estado. Sendo assim, nenhuma dúvida pode subsistir de que o social, o político e o econômico condicionam o jurídico.

Dessa maneira, para que se construa uma justiça contextualizada como pretende Höffe, reconciliando a filosofia, a política e a ética, é preciso não se prender ao dogmatismo jurídico positivista, e, tampouco, deixar o Direito ao alvedrio das disposições do direito natural.

É necessário, então, reconstruir o discurso jurídico, fundado na ideia de justiça material, onde a preocupação da norma ultrapassa a formalidade da dogmática e busca um fundamento de validade universal: a dignidade da pessoa humana.

4 A TENSÃO ENTRE O PODER DE TRIBUTAR E O DIREITO DE TRIBUTAR

No cenário mundial pós-segunda Guerra Mundial, mostrou-se clara preocupação com o valor da dignidade da pessoa humana. A preocupação do Direito Constitucional foi além dos direitos liberais, passando a proteger os direitos sociais e econômicos.

Este cuidado, no entanto, não pode atingir somente a esfera civil e política, o Direito Tributário, enquanto expressão da soberania estatal, também deve respeito ao valor da dignidade da pessoa humana.

Nas relações tributárias, o princípio se manifesta pelas limitações ao poder de tributar. Exemplo disso é aplicação do princípio da capacidade contributiva. Hoje, este primado não pode ser aplicado somente pela noção formal que passa, ou seja, respeitar o que cada um pode contribuir. O sentido moderno do princípio da capacidade contributiva diz com a garantia do mínimo existencial, do que é necessário à sobrevivência humana e que lhe garanta sua dignidade.

O conceito de poder de tributar, como expressão de soberania estatal deve ser revisto. Não se pode mais compreender este poder como absoluto; cada vez mais o Estado é convocado a garantir a justiça e igualdade fiscais, tornando o poder de tributar em direito de tributar, limitado constitucionalmente não só em sentido formal, mas em sentido material.

Estabelecida a problemática, é necessário investigar, ainda que brevemente, a ideia de justiça e igualdade materiais.

4.1 Justiça e Igualdade Materiais: Concretização do Ideal Democrático

O Direito Tributário brasileiro, deste século, como já referido, é um Direito Constitucional Tributário, e deve ser apreciado segundo a gama de princípios constitucionais que a ele se aplicam.

Frente uma moderna hermenêutica constitucional, além dos princípios materiais tributários (*capacidade contributiva, justiça tributária, intributabilidade do mínimo existencial*), desenvolve-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, quais sejam na dicção de Luis Roberto Barroso³⁸, *interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade* etc.

Há, portanto, uma abertura do campo jurídico do Direito Tributário. Assim, bem percebe Ricardo Lobo Torres:

(...) ela vai buscar fora de si, na ética e na filosofia, os seus fundamentos e a definição básica dos valores. Temas como o da justiça fiscal, da redistribuição de rendas, do federalismo financeiro, da moralidade nos gastos públicos voltam a ser examinados sob a perspectiva da Ética, da Filosofia Política e da Teoria da Justiça, que recuperam o seu prestígio nos últimos anos.³⁹

Para compor a chamada justiça fiscal, no entanto, precisa-se de uma forte regulação na distribuição de bens na estrutura básica da sociedade; e de cidadãos-contribuintes que pagam tributos e mantêm um fundo comum público, destinado a garantir a oferta de bens e de serviços impossíveis de serem assegurados com equidade a todos os cidadãos, se entregues ao mercado. Posto que a ausência da oferta destes bens à camada pobre da população redunde na perda do sentido humano, na perda da dignidade no âmbito econômico, político, social e jurídico-fiscal.

Todavia, o modelo científico pugnado pela ciência pós-moderna, no campo jurídico, quer superar a dogmática, pura e simples, redescobrando o mundo filosófico, ético e sociológico, em face da complexidade da vida pós-moderna. Exige-se, então, a interdisciplinaridade do método científico, para ir além das fronteiras da legalidade tributária, na busca de uma epistemologia tributária, agregadora, híbrida, plural, linguística, complexa, porém, acima de tudo compromissada com uma postura ética, tanto do fisco quanto do contribuinte.

É conhecida a lição de Lourival Vilanova quando diz: “*Há um abismo entre o ‘mundo do ser’ e o do ‘dever-ser’, a vontade de superar este abismo é o que caracteriza propriamente a “cultura”*”.⁴⁰ Com efeito, pretende-se despertar o pensamento que conjugue o ser com o dever-ser, unindo-os em torno do objeto cultural que é o direito, para fazer com que o direito hodierno tenha força social suficiente para enfrentar e dar respostas aos desafios da complexidade.

Há necessidade de uma nova metodologia jurídica, voltado para solucionar os conflitos complexos de uma sociedade pluralista, como sabiamente aduz o professor

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148-149.

³⁹ “Solidariedade e Justiça Fiscal”. In: **Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto**. Maria Augusta Machado de Carvalho. (Coord.). Rio de Janeiro. Forense, 1998. p. 301.

⁴⁰ In: **Sobre o conceito do direito**. Recife. 1947. p. 88.

Vicente de Paulo Barretto⁴¹, “o direito pós-moderno aparece, então, quando o lemos sob essa nova ótica, não como instrumento de conservação social, mas sim como agente da mudança social”.

Hoje, pode-se dizer que o pós-positivismo, corrente que conjuga o direito positivo com valores da esfera supra positiva, é condizente com o Direito Tributário atual, em especial na aplicação dos princípios constitucionais tributários frente a uma resolução efetiva dos casos concretos. Princípios como do justo gasto do tributo afetado, da capacidade contributiva, transparência Fiscal, moralidade tributária, solidariedade fiscal, justiça tributária, intributabilidade do mínimo existencial, cidadania fiscal unilateral e bilateral, ética fiscal pública e privada, razoabilidade, proporcionalidade, são princípios cuja materialidade tributária ganha importância decisiva e de destaque, indo além do que a interpretação formalista que se costuma fazer.

Este é o sentido material que se pretende resguardar, coloca-se a pessoa humana no centro das relações e com isso protege-se sua dignidade.

Assim, encerra-se a discussão neste estudo, apresentando o princípio da cidadania fiscal, enquanto corolário da solidariedade fiscal, ou seja, não só o Estado deve garantir os direitos fundamentais do cidadão, mas também o cidadão tem o dever de pagar os tributos, e deve exercê-lo com presteza, colaborando com a harmonia de toda a sociedade. Nessa linha, Ricardo Lobo Torres pondera:

A idéia de solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal por um motivo de extraordinária importância: o tributo é um dever fundamental. (sic) (...) Ora, se a solidariedade exhibe primordialmente a dimensão do dever segue-se que não se encontra melhor campo de aplicação que o direito tributário, que regula o dever fundamental de pagar tributo, um dos pouquíssimos deveres fundamentais do cidadão no Estado Liberal. (...) A solidariedade entre os cidadãos deve fazer com que a carga tributária recaia sobre os mais ricos, aliviando-se a incidência sobre os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência; é um valor moral juridicizável que fundamenta a capacidade contributiva e que sinaliza para a necessidade da correlação entre direito e deveres fiscais.⁴²

5 CONCLUSÃO

Para iniciar-se o debate sobre justiça fiscal, o princípio da isonomia, primado da igualdade tributária, tendo por instrumento a neutralidade fiscal, é o caminho mais lógico.

A doutrina da neutralidade fiscal assenta-se na perspectiva liberal da tributação, defendendo a redução do papel do Estado-interventor ao papel do Estado-polícia, considerando-se neutro o sistema que não interfere na otimização da alocação de meios

⁴¹ In: prefácio de Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação - Uma contribuição ao Estudo do Direito**. 2. ed., amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴² Idem, p. 303.

de produção, que não provoque distorções, conferindo segurança jurídica para o exercício das atividades empresariais, o que vai de encontro à definição de fiscalidade, a qual é forma de intervenção do Estado nas economias de mercado, caracterizando-se esta como condição para seu funcionamento.

Na verdade, não se pretende esgotar o tema, nem mesmo definir uma função exata para o princípio, mas sim denotar que o papel do Estado frente à tributação deve ser revisto; e, ventilar o problema da neutralidade dos tributos, tanto na esfera do cidadão, como para as empresas que exploram atividade econômica, buscando uma nova forma de justificá-lo e aplicá-lo, uma forma material, que se preocupe com o conteúdo da norma e as implicações sociais que ela pode trazer.

Para tanto, a pretensão do presente estudo é fundamentar a justiça fiscal e a igualdade tributária pelo âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida da manifestação do movimento doutrinário da constitucionalização dos direitos. Quer-se imprimir um sentido ético para justificar, elaborar e aplicar leis e regulamentos tributários perante o contribuinte, remodelando a forma de intervenção do Estado enquanto ente tributante.

O óbice que se apresenta, entretanto, é a modernidade tardia do Brasil, ou seja, jamais existiu um estado social, que ampliasse suficientemente seus braços para cumprir o papel social necessário. Não há como diminuir o que nunca foi suficientemente grande. A necessidade de políticas públicas no país aumenta a cada dia. Há necessidade de que sejam cumpridas as promessas da modernidade. Daí o papel do Direito, no sentido de efetivar as promessas de uma Constituição democrática.

Dentre as modernas teorias da Justiça apresentadas, a justiça política de Höffe é a teoria que mais se assenta com as necessidades do caso brasileiro. Esta teoria busca resgatar a legitimidade do Estado de Justiça, discutindo mandatos políticos sob a perspectiva ética. Justiça esta que, no entanto, não é exigida, diferenciando-se, pois, das exigências da moral social. A justiça em Höffe, portanto, tem um significado teórico interdisciplinar, demandando a cooperação tanto da filosofia quanto das ciências particulares, e apresentam também uma dimensão prática referida nos problemas sociais e políticos de cada tempo, que requerem solução. Os discursos éticos-políticos, no entanto, não acontecem fora da história, daí o afastamento, em certa medida, de um discurso ideal, ou seja, não buscam uma verdade por si mesma, mas procuram responder as reais condições de existência das comunidades.

Dessa maneira, para que se construa uma justiça contextualizada como pretende Höffe, reconciliando a filosofia, a política e a ética, é preciso não se prender ao dogmatismo jurídico positivista, e, tampouco, deixar o Direito ao alvedrio das disposições do direito natural.

É necessário, então, reconstruir o discurso jurídico, fundado na ideia de justiça material, onde a preocupação da norma ultrapassa a formalidade da dogmática e busca um fundamento de validade universal: a dignidade da pessoa humana.

Para isso, o conceito de poder de tributar, como expressão de soberania estatal deve ser revisto. Não se pode mais compreender este poder como absoluto; cada vez mais o Estado é convocado a garantir a justiça e igualdade fiscais, tornando o poder de

tributar em direito de tributar, limitado constitucionalmente não só em sentido formal, mas em sentido material.

É necessário conjugar o direito positivo com valores da esfera supra positiva. No Direito Tributário atual deve-se primar pela aplicação dos princípios constitucionais tributários frente a uma resolução efetiva dos casos concretos. Princípios como do justo gasto do tributo afetado, da capacidade contributiva, transparência Fiscal, moralidade tributária, solidariedade fiscal, justiça tributária, intributabilidade do mínimo existencial, cidadania fiscal unilateral e bilateral, ética fiscal pública e privada, razoabilidade, proporcionalidade, são princípios cuja materialidade tributária ganha importância decisiva e de destaque, indo além da interpretação formalista que se costuma fazer.

Este é o sentido material dos princípios constitucionais tributários: fazer a adequação de seus primados com os anseios sociais, flexibilizar as formas de interpretação e de aplicação destes no caso concreto e até mesmo tornar o Judiciário maior (Habermas).

A tributação do futuro almeja o chamado cidadão fiscal, cujo atributo é a solidariedade fiscal, ou seja, não só o Estado deve garantir os direitos fundamentais do cidadão, mas também o cidadão de pagar os tributos, e deve exercê-lo com presteza, colaborando com a harmonia de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARRETO, Vicente Paulo. *In*: prefácio de Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação - Uma contribuição ao Estudo do Direito**. 2. ed., amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed., atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Judith Martins. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 139, jul./set. 1998.
- DERZI, Mizabel. A isonomia, a propriedade privada e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. **Revista de Direito Tributário**. ano 5. nº 15/16. jan./jun. de 1981.
- DERZI, M. A. M. Quebras da Livre Concorrência no ICMS, IPI, e PIS COFINS: Corporativismo, Informalidade, Ampla Acumulatividade Residual e Substituição Tributária. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 4, 2005.
- El Desarrollo actual del Derecho financiero en Españã. Crónica Tributaria, num 78. 1996. p. 188. Apud Klaus TIPKE. **Moral Tributaria del Estado y de los Contribuintes**. Tradução Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Juergen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINS, James. **Princípios Fundamentais do Direito**. São Paulo: Dialética, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. **Temas de Direito Tributário II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 13, p. 141-164, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Comentários ao novo código civil**. 2. ed. Volume III, Tomo II, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e Justiça Fiscal. *In: Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Maria Augusta Machado de Carvalho. (Coord.). Rio de Janeiro. Forense, 1998.

VILANOVA, Lourival. *In: Sobre o conceito do direito*. Recife, 1947.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1997.